

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

KEYLA CRISTINA EGASHIRA MENDES DE SOUZA

A PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA
COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA

CURITIBA
2009

KEYLA CRISTINA EGASHIRA MENDES DE SOUZA

A PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA
COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Direito, pelo Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Clara Maria Roman Borges

CURITIBA
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

KEYLA CRISTINA EGASHIRA MENDES DE SOUZA

A PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do grau de Bacharel em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora:

Banca Examinadora

Orientadora:

Prof^a. Dr^a. Clara Maria Roman Borges
Professora Adjunta do Departamento de Direito
Penal e Processual Penal da Universidade
Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Carlos Roberto Bacila
Professor Adjunto do Departamento de Direito
Penal e Processual Penal da Universidade
Federal do Paraná – UFPR

Prof. MSc. Francisco de Assis do Rego Monteiro
Rocha Junior
Professor convidado – Professor do
Departamento de Direito Penal da UNIBRASIL

Curitiba, 25 de novembro de 2009.

*Dedico estes primeiros esforços acadêmicos à
minha mãe, Yassuko, meu exemplo e minha
fortaleza.*

Agradecimentos

À Katie Argüello e ao Juarez Cirino dos Santos por me apresentarem a um Direito Penal indissociável da crítica.

Ao Jacinto Nelson de Miranda Coutinho por me fazer crer, a cada fala sua que tive o prazer de assistir, que mesmo os grandes maestros são regidos – antes de tudo eles mesmos – pelas batutas da paixão pelas idéias que defendem.

À Clara Maria Roman Borges por ter me guiado por estes tortuosos caminhos, sem nunca ter deixado de corrigir cada passo meu, indicando sempre a direção certa e, por isso e por tudo, ser exemplo de docência.

Ao Carlos Roberto Bacila e ao Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Junior, por se disponibilizarem tão prontamente a compor a banca examinadora desta monografia e o fazerem com tanto zelo.

Ao Dr. Henrique Cesar Alves Cleto que, mesmo sem poder dobrar as horas do meu dia, dobrou seu trabalho a fim de permitir que a presente realização coubesse nas horas dos dias.

Às Doutoradas Aline Bilek Bahr e Aline de Oliveira Mazoni, a primeira, Doutora por dom, por amor e por profissão, a segunda, Doutora na vida.

À minha mãe, Yassuko Egashira, pelo aroma de café fresco na madrugada monográfica, pelos abraços e puxões de orelha, pela retidão de caráter, pelas lições de vida, por tudo.

Ao meu pai, Reinaldo Mendes de Souza, por entender – sempre – que somos mais parecidos em nossas reações emocionais do que eu podia supor.

Ao Felipe Augusto Campanelli, por ter ficado ao meu lado nos momentos mais difíceis que a vida me impôs e, por tal fato, seu nome ser para sempre sinônimo de amor, de amigo, de força e de razão.

À Alinne Brandalise Weber, à Aline Tiduco Hossaka Moletta Nascimento e à Nathalia Lima Barreto cuja amizade sempre me permitiu continuar.

*Me alimentaram
Me acariciaram
Me aliciaram
Me acostumaram*

*O meu mundo era o apartamento
Detefon, almofada e trato
Todo dia filé-mignon
Ou mesmo um bom filé...de gato
Me diziam, todo momento
Fique em casa, não tome vento
Mas é duro ficar na sua
Quando à luz da lua
Tantos gatos pela rua
Toda a noite vão cantando assim*

*Nós, gatos, já nascemos pobres
Porém, já nascemos livres
Senhor, senhora ou senhorio
Felino, não reconhecerás*

*De manhã eu voltei pra casa
Fui barrada na portaria
Sem filé e sem almofada
Por causa da cantoria
Mas agora o meu dia-a-dia
É no meio da gataria
Pela rua virando lata
Eu sou mais eu, mais gata
Numa louca serenata
Que de noite sai cantando assim*

*Nós, gatos, já nascemos pobres
Porém, já nascemos livres
Senhor, senhora ou senhorio
Felino, não reconhecerás*

Chico Buarque

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo tratar de forma crítica a garantia da ordem pública, circunstância legal autorizadora da decretação da prisão preventiva do imputado trazida pelo artigo 312, do Código de Processo Penal. Trata-se de instituto dotado de conceito vago e fluido, poliédrico e polissêmico a ensejar a custódia prematura, além de não apresentar os pressupostos de cautelaridade (*periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*), traido, assim, os princípios constitucionais da legalidade e da inocência e transformando-se em antecipação de pena. A partir de lições do Direito Penal, Processual Penal, Criminologia e análise jurisprudencial, o presente manuscrito objetiva desconstruir essa possibilidade de encarceramento com fins de procurar resgatar a função precípua do Processo Penal, qual seja, ser instrumento em função da concretização das garantias constitucionais asseguradas pelo Estado Democrático de Direito. Para tal, a pesquisa percorre o caminho da tentativa conceitual da expressão “ordem pública” e a noção de sociedade ordenada, para em seguida adentrar o universo da crítica, através da demonstração dos discursos repressivos e da simbologia de um Direito Penal e Processual Penal de emergência, do princípio da inocência desconfigurado em face da prisão preventiva para garantia da ordem pública e seu caráter antecipatório de pena para, por fim, chegar às garantias constitucionais que devem prevalecer como a esfera do “não decidível”, assim denominada por Luigi Ferrajoli.

Palavras-chave: Ordem pública. Prisão preventiva. Processo Penal. Garantias constitucionais. Pena.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 DA PRISÃO.....	11
1.1 MODALIDADES DE PRISÃO.....	11
2.1.1 PRISÃO-PENA.....	12
2.1.2 PRISÃO PROCESSUAL.....	13
2 DA PRISÃO PREVENTIVA.....	22
2.1 PRESSUPOSTOS.....	23
2.2 CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS.....	24
2.3 HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE.....	27
3 DA ORDEM PÚBLICA.....	29
3.1 ORDEM PÚBLICA NA DOCTRINA: TENTATIVAS CONCEITUAIS.....	29
3.2 A SOCIEDADE EM DESORDEM	31
3.3 ORDEM PÚBLICA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO.....	35
3.4 ORDEM PÚBLICA NA JURISPRUDÊNCIA: BREVE ANÁLISE CRÍTICA DA DESORDEM DOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ANO DE 2009	38
4 DO ENCARCERAMENTO PREMATURO DO INDIVÍDUO A TÍTULO DE PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA: APONTAMENTOS CRÍTICOS.....	51
4.1 VIOLÊNCIA URBANA, MÍDIA E A LEGITIMAÇÃO DOS DISCURSOS REPRESSIVOS.....	51
4.2 A PRISÃO COMO MELHOR INSTRUMENTO A SERVIÇO DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO..	58
4.3 PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA	64
4.3.1 UMA QUESTÃO TERMINOLÓGICA.....	65
4.3.2 ASPECTOS CONCEITUAIS.....	67
4.3.3 RELAÇÃO ENTRE PRINCÍPIO DE INOCÊNCIA E PRISÃO CAUTELAR NA DOCTRINA: A SUBVERSÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA NA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	70
4.4. NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: DE MEDIDA CAUTELAR À PENA ANTECIPADA	73
4.4.1 PENA ANTECIPADA POR RAZÕES DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL: A REGRA DA DETRAÇÃO.....	74
4.4.2 VIÉS CRIMINOLÓGICO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA UMA VEZ QUE É ANTECIPAÇÃO DE PENA: FUNÇÃO DE RETRIBUIÇÃO E PREVENÇÃO....	79
5 DA PROCURA INCESSANTE POR UMA SOLUÇÃO.....	85
5.1 GARANTISMO PENAL.....	85
5.1.1. PROCESSO PENAL E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS: <i>NULLA POENA ET NULLA CULPA SINE IUDICIO</i>	89
CONCLUSÕES.....	96
REFERÊNCIAS.....	98

INTRODUÇÃO

O presente manuscrito tem o condão de trazer à tona a discussão sobre a ordem pública¹, circunstância legal que autoriza, em conjunto com os pressupostos (*periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*) e as hipóteses autorizadoras do artigo 313, do Código de Processo Penal, a decretação da prisão preventiva do indiciado em inquérito policial ou do acusado em processo criminal, antes de sentença condenatória transitada em julgado.

A idéia de pesquisar sobre o tema nasceu em sala de aula, cursando o quarto ano no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, no ano de 2008, quando o destino do debate proposto naquela ocasião tornou-se o mais distante que se possa cogitar das garantias constitucionais. A partir daquele momento a crítica passou a ferver, como água em incessante estado de ebulição.

Tomando como ponto de partida pesquisas sobre o assunto nas esferas do Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, bem como análise de jurisprudência, o que se pretende demonstrar é a fluidez de um conceito jurídico que, justamente por sê-lo, encontra-se, na prática, à mercê do aplicador do Direito, podendo este servir-se do instituto tanto para encarcerar quanto para preservar a liberdade do indivíduo.

Nesse sentido, surge a presente monografia não como o encontro de uma pacífica solução, mas como uma *denúncia* que perpassa críticas consideradas essenciais à primeira figura do artigo 312, do Código de Processo Penal, mormente quanto à sua constitucionalidade, que engloba o princípio da inocência e o da legalidade e a existência ou não dos pressupostos de cautelaridade, alcançando a discussão sobre a real função desta espécie de prisão preventiva.

Para que se possa chegar ao âmago das discussões aqui propostas, os dois primeiros capítulos pontuam brevemente questões sobre as modalidades de prisões existentes no ordenamento jurídico pátrio, chegando especificamente à prisão preventiva, seus pressupostos, circunstâncias legais e hipóteses de admissibilidade.

O terceiro capítulo dedica-se exclusivamente à ordem pública e à procura por seu significado. Divide-se em quatro momentos. No *primeiro momento* traz algumas tentativas conceituais que pressupõem a noção de sociedade ordenada e estável;

¹ A garantia da ordem pública está prevista no artigo 312, do Código de Processo Penal.

no *segundo*, busca reflexões acerca da noção de ordem: ela existe ou não?; no *terceiro*, abre espaço para discussões acerca da real dificuldade em atribuir um conceito à ordem pública, expressão poliédrica e polissêmica, vaga e fluida e a sua (in)suficiência para a decretação da custódia prematura do imputado; no *quarto* e último momento desse capítulo são colacionados alguns dos julgados do Supremo Tribunal Federal no ano de 2009, cuja escolha restritiva se justifica na infinidade de entendimentos encontráveis nas diversas instâncias de julgamento sobre o tema e por ser aquele o Tribunal que tem a função precípua de ser o guardião da Constituição Federal.

O quarto capítulo dedica-se aos apontamentos críticos a partir das conclusões obtidas sobre o significado da expressão “garantia da ordem pública”, assim trazida no texto legal. Primeiramente, situa-se a crítica na simbologia do Direito Penal e Processual Penal, eivados de discursos repressivos e emergenciais afastados das garantias constitucionais. Na sequência, inclui-se o cárcere como o instrumento punitivo a serviço de tais discursos. Passa-se, então, ao princípio da inocência e sua relação com a prisão cautelar e, especificamente, com a prisão preventiva para garantia da ordem pública. Posto isso, é possível descortinar o real papel exercido por esta espécie de prisão através de reflexões sobre sua cautelaridade e sua função como antecipação de pena.

Tem-se, por derradeiro, o quinto capítulo que, não obstante não tenha a intenção de apresentar uma resposta, em especial considerada a atual formatação do Direito Penal e Processual Penal, pontua a crença indissociável nas garantias constitucionais, introduzindo algumas questões significativas do garantismo penal sem, contudo, fazê-lo de forma muito extensa, vez que não é o foco central desta pesquisa.

O coração da presente monografia é, portanto, o (re)pensamento do Processo Penal como um instrumento a serviço de uma efetiva concretização das garantias constitucionais dos indivíduos num Estado Democrático de Direito.

1. DA PRISÃO

O vocábulo *prisão* tem origem latina, no termo *prehensio* (de *prehendere*) que, conforme elucida Roberto DELMANTO JR., significa “o ato de prender ou o ato de agarrar uma coisa. Exprime o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro e fechado de onde não poderá sair”².

Na definição de Fernando da Costa TOURINHO FILHO, prisão é “a supressão da liberdade individual mediante clausura”³, enquanto na acepção de Guilherme de Souza NUCCI, é “a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”⁴.

Na visão da Criminologia Crítica e Radical, definida por Juarez Cirino dos SANTOS, a prisão é “o aparelho disciplinar exaustivo da sociedade capitalista, constituído para exercício do poder de punir mediante privação de liberdade em que o *tempo* exprime a relação crime/punição”⁵ (itálico original).

Assim, por ora, tem-se que a prisão é a supressão da liberdade de locomoção do indivíduo – sendo esta uma liberdade individual assim garantida constitucionalmente – mediante clausura em estabelecimento prisional provisório ou definitivo, determinada em ordem judicial ou por flagrante delito, através da qual o Estado exerce poder, acautelando o seio social e garantindo a efetividade do processo (prisão cautelar) ou punindo efetivamente (prisão-pena), hipótese em que o tempo é a medida da punição equivalente à gravidade do delito e à culpabilidade do sujeito.

1.1. As modalidades de prisão

Dentro do sistema processual penal brasileiro há diferentes modalidades de prisão a que podem ser submetidos os sujeitos, igualmente, em distintos momentos

² DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 78.

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3º Volume. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 391.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 548.

⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. p. 491.

processuais, podendo ser as principais delas assim denominadas: *prisão-pena* e *prisão processual* (ou prisão sem pena).

TOURINHO FILHO distingue ambas as modalidades de prisão da seguinte forma:

[...] a prisão como pena, ou prisão-sanção, isto é, a decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível, utilizada como meio de repressão aos crimes e contravenções, e a prisão sem o caráter de pena, também conhecida sob a denominação genérica de prisão sem pena.⁶

Além destas duas modalidades principais, o ordenamento jurídico brasileiro admite também a prisão civil do devedor de alimentos e a prisão especial⁷, as quais não guardam relação com o presente manuscrito e, portanto, a tarefa quanto a elas se resume, nesta oportunidade, a apenas indicá-las.

1.1.1. Prisão-pena

A prisão-pena, também conhecida como prisão penal, prisão definitiva ou, ainda, prisão *ad poenam* é aquela, nas palavras de Julio Fabbrini MIRABETE, cuja “finalidade manifesta é repressiva, é a que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória em que se impôs pena privativa de liberdade”⁸ (grifo nosso).

Ou seja, é a prisão determinada por decisão judicial irrecorrível, após completa instrução probatória⁹, capaz de formar o juízo de culpabilidade, tendo o fato praticado se amoldado a tipo penal apenado com pena restritiva de liberdade e num caso concreto ao qual não seja aplicável nenhum substitutivo penal. É a sanção efetivamente aplicada pelo Estado ao condenado pelo cometimento de um delito, ou, nos termos de TOURINHO FILHO, “o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de uma infração penal. É imposta àquele que for

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3º Volume. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 392.

⁷ A prisão especial é tratada em OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 394-396.

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 713

⁹ Com respeito ao contraditório, ampla defesa e o devido processo legal.

reconhecidamente culpado de haver cometido uma infração penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada”¹⁰.

1.1.2. Prisão processual

A prisão processual ou prisão provisória¹¹ é também denominada prisão sem pena, pois *não tem natureza jurídica de pena* e seu momento processual é sempre anterior à sentença condenatória passada em julgado, ou seja, ocorre durante o inquérito ou o processo criminal, à exceção da prisão em flagrante delito, que tem características bastante *sui generis* em relação às demais.

Genericamente, a prisão processual é definida por NUCCI como aquela “destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória”¹².

As prisões provisórias são também denominadas *prisões cautelares*, em razão de apresentarem as mesmas *características* ou *elementos* de todas as medidas cautelares, quais sejam, nos termos de DELMANTO JR. citando Eladio Escusol BARRA (itálicos originais):

a) são medidas *judiciais* uma vez que, mesmo nas hipóteses de flagrante delito, logo são submetidas ao crivo do magistrado; b) são medidas *instrumentais*, ou seja, são adotadas em função do processo, para assegurar o seu processamento, julgamento e eficácia da sentença proferida; e c) são medidas *provisórias*, isto é, só podem subsistir enquanto subsistam os motivos que as determinaram.¹³

Ainda, quanto à cautelaridade destas prisões, a doutrina majoritária afirma que dependem do preenchimento dos *requisitos* inerentes a todas as medidas cautelares, quais sejam o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3º Volume. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 392. Nesta definição de TOURINHO FILHO já é possível perceber a noção de retribuição equivalente, uma das funções declaradas do discurso oficial da teoria da pena e também a noção de preservação da ordem pública.

¹¹ A denominação prisão provisória pode ser explicada porque possui “somente *efeitos provisórios*, não obstante lide com o direito à liberdade, que é um direito material, ao contrário do que pode se verificar com algumas medidas cautelares reais, que acabam tendo efeitos permanentes”(itálico original). (DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 82.)

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 548.

¹³ BARRA, Eladio Escusol apud DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 84.

Não obstante defendida por respeitáveis doutrinadores, a exemplo de Fernando da Costa TOURINHO FILHO, Afrânio Silva JARDIM, José Frederico MARQUES, dentre outros, a acepção mais acertada é a de que a “fumaça do bom direito” e o “perigo da demora”, conceitos típicos do Processo Civil, não guardam paralelismo imediato com o Processo Penal e não podem ser, senão de forma *mediata* - feitas as devidas adaptações - aplicados a esta seara. Isso porque, conforme lição de Aury LOPES JR., quanto ao *objeto* das medidas cautelares de natureza processual penal, tem-se que (marcações originais):

[...] **buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e a eficaz aplicação do poder de penar** ao, por exemplo, possibilitar a prisão do acusado para garantia de sua presença na instrução ou determinar a prestação de fiança (*fianza* - garantia do pagamento das custas do processo). O que se pretende é possibilitar o pleno exercício do direito de acusação garantindo também a eficácia do direito de punir externado na provável pena a ser imposta.

Delimitado o objeto das medidas cautelares, é importante frisar nossa discordância em relação à doutrina tradicional que, ao analisar o requisito e o fundamento das medidas cautelares, identifica-os com o *fumus boni iuris e o periculum in mora* [...].¹⁴

Como consequente necessário, remete-se, nesta oportunidade, ao texto de DELMANTO JR., quem defende que ao invés de se falar em *fumus boni iuris e periculum in mora*, é preferível “utilizar dos termos ***fumus commissi delicti e periculum libertatis***”¹⁵, sendo, na classificação de LOPES JR.¹⁶, o primeiro, o *requisito* e o segundo, o *fundamento*, das medidas cautelares de caráter processual penal.

Em outras palavras, *fumus commissi delicti*, traduzido por LOPES JR. como a “fumaça da existência de um delito”, importa na prova da existência do fato, típico, antijurídico e culpável – por muitos denominado de materialidade delitiva – e indícios suficientes de autoria¹⁷ que, apesar de não suficientes a prejudicar o sujeito e

¹⁴ LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares: fumus boni iuris e periculum in mora? Conceitos Impróprios para o Processo Penal*. Disponível em <http://www.aurylopes.com.br/art0003.html>. Consultado em 12 de setembro de 2009.

¹⁵ DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 84.

¹⁶ LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares: fumus boni iuris e periculum in mora? Conceitos Impróprios para o Processo Penal*. Disponível em: <http://www.aurylopes.com.br/art0003.html>. Acesso em: 12 de setembro de 2009.

¹⁷ O texto do artigo 312, do Código de Processo Penal traz a expressão “indícios suficientes de autoria”, enquanto o artigo 126, do mesmo diploma, traz “indícios veementes”, neste caso dispondo sobre o arresto prévio de bens. Ora, a interpretação não pode ser senão *in bonam partem*, no sentido de que os indícios a ensejar o encarceramento prematuro só serão suficientes se graves, fortes, veementes, vez que uma medida pessoal que atenta contra a liberdade do sujeito não pode exigir

constatar culpabilidade, devem bastar para que se vislumbre a “provável existência dos três elementos que integram a culpabilidade penal: imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa”¹⁸.

Atendido o requisito, será então analisado o fundamento, qual seja, “uma situação de perigo ao normal desenvolvimento do processo, representada na maioria dos casos pelo *periculum libertatis*”¹⁹, ou numa melhor análise, a criteriosa e concreta averiguação se a “liberdade [do indivíduo] *realmente* representa *ameaça* ao tranqüilo desenvolvimento e julgamento da ação penal que lhe é movida, ou à futura e eventual execução”²⁰, como aponta DELMANTO JR., que ainda prossegue (marcações originais):

No que toca ao requisito do *periculum libertatis*, a decisão judicial que decreta ou mantém o encarceramento provisório deverá sempre demonstrar, com base em dados concretos, em que consiste o perigo que a liberdade do imputado acarreta à instrução ou à aplicação de eventual pena.

Em resumo, deverá o magistrado, ao avaliar o *periculum libertatis*, especificar a **necessidade instrumental** (para o processo) **ou final** (com vistas à eficácia de eventual condenação) da custódia cautelar.

Porém, é justamente na verificação dessa *necessidade instrumental ou final* que se constata que algumas das prisões provisórias previstas em nosso ordenamento *não têm conotação cautelar*.²¹

Por fim, em relação à aplicabilidade e manutenção da restrição da liberdade a título de prisão processual, é de se considerar sempre a necessidade, a excepcionalidade, a proporcionalidade²², a jurisdicionalidade, a provisionalidade e a provisoriedade de tal medida²³.

prova menos veemente do que uma medida de cunho patrimonial. Considerações com base em DELMANTO JR. (*As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.).

¹⁸ LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares: fumus boni iuris e periculum in mora? Conceitos Impróprios para o Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.aurylopes.com.br/art0003.html>>. Acesso em: 12 de setembro de 2009.

¹⁹ LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares: fumus boni iuris e periculum in mora? Conceitos Impróprios para o Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.aurylopes.com.br/art0003.html>>. Acesso em: 12 de setembro de 2009.

²⁰ DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 84.

²¹ DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 86-87.

²² Ver artigo 313, do Código de Processo Penal.

²³ Com base nos ensinamentos de Aury LOPES JR., *jurisdicionalidade* implica que toda e qualquer prisão cautelar só pode ser decretada por ordem judicial fundamentada. Para o autor a prisão em flagrante é medida pré-cautelar, razão pela qual a afirmação retro não resta comprometida. Este fato está consubstanciado no artigo 5º, LXI, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de crime militar; *provisionalidade* remete ao fato de serem as prisões cautelares

Quanto à *forma*, cumpre destacar dois aspectos de maior relevância. *Primeiro*, quando da análise da cautelaridade das prisões provisórias, nos termos de DELMANTO JR., “desde logo se faz necessário esclarecer que não existe *processo penal cautelar*. O que temos, na realidade, são *medidas* ou *providências* cautelares ínsitas ao processo de conhecimento ou, inclusive, ao de execução”²⁴ (itálicos originais). Por esta razão, não obstante certas medidas assecuratórias, que não importam restrição da liberdade do indivíduo e, conseqüentemente, invadem menos a esfera privada do réu (busca e apreensão, interceptação telefônica, entre outras), tramitem em autos apartados, assim não é com as prisões processuais. De acordo com TOURINHO FILHO, “sem embargo do caráter cautelar que essas prisões apresentam, não há, no nosso Direito Processual Penal, um processo cautelar distinto do processo principal, tal como existente no Processo Civil”²⁵.

Segundo, todas formas de prisão processual dependem de ordem judicial devidamente fundamentada sob pena de inconstitucionalidade²⁶, à exceção apenas da prisão em flagrante, na qual a decisão é tomada administrativamente, pela

medidas situacionais, pois tutelam uma situação fática, razão pela qual devem cessar assim que desaparecido o suporte fático e os pressupostos (*periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*). Caso contrário, a prisão será ilegal. A provisionalidade decorre do artigo 316, do Código de Processo Penal, o qual prevê que a prisão preventiva (ou outra cautelar) seja revogada a qualquer tempo, desaparecidos os motivos que a legitimam; *provisoriedade* relaciona-se com o tempo, de modo que toda prisão cautelar deve ser temporária, de breve duração. A crítica reside no fato de ser essa brevidade indeterminada por lei; *excepcionalidade* em conjunto com o princípio da inocência constituem princípio fundamental de civilidade, opção garantista no sentido de tutelar a imunidade dos inocentes, ainda que o preço a se pagar seja a impunidade de algum culpado. Por tal razão as medidas cautelares são a *ultima ratio* do sistema; *proporcionalidade*, principal sustentáculo das prisões cautelares, posto que a questão se encontra entre o respeito à liberdade e a eficácia na repressão aos delitos. Nestes casos a responsabilidade é do juiz em ponderar a densidade dos pressupostos de cautelaridade (*fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*) e a gravidade da estigmatização que sofrerá o imputado com a prisão, de modo que nunca a custódia cautelar poderá representar antecipação de pena. (LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 207-212).

²⁴ DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 77.

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3º Volume. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 402.

²⁶ O artigo 5º, da Carta Constitucional trata do tema em seu inciso LXI, *verbis* (grifo nosso):

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

[...].”

Autoridade Policial e só posteriormente submetida ao controle judicial, conforme explica TOURINHO FILHO:

[...] ao presidir à lavratura do auto de prisão em flagrante está exercendo excepcionais funções próprias do Juiz, porquanto lhe cabe apreciar a lide cautelar, formada entre a vontade do Estado, no sentido de recolher à cadeia aquele surpreendido em flagrante, para assegurar o cumprimento de pena a ser-lhe imposta, e o direito de liberdade do indiciado.²⁷

Apesar de ter suas funções ampliadas, a ação da Autoridade Policial na prisão em flagrante não elide a jurisdicionalidade necessária à qualquer prisão processual, já que o Juiz não deixa de ter o dever de apreciar a legalidade e a validade formal do auto de prisão em flagrante e homologá-lo.

Quanto ao *conteúdo*, podemos resumir as prisões processuais da seguinte forma:

a) prisão em flagrante: está regulada entre artigos 301 a 310, do Código de Processo Penal. Para que seja configurada existência de flagrante delito, é necessário que haja, nos termos de Eugênio Pacelli de OLIVEIRA, “a relação de *imediatez* entre o fato ou o evento e sua captação ou conhecimento”²⁸ (itálico original). Esta situação é preconizada pelo artigo 302, do mesmo diploma legal, que traz a seguinte redação:

Art. 302: Considera-se em flagrante delito quem:
 I – está cometendo a infração penal;
 II – acaba de cometê-la;
 III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que se faça presumir ser autor da infração;
 IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Trata-se dos casos de flagrante próprio (incisos I e II), impróprio (inciso III) ou presumido (inciso IV). Ainda é possível falar em flagrante compulsório ou facultativo, preparado, esperado e ação controlada²⁹;

b) prisão preventiva: prevista nos artigos 311 a 316, do CPP, esta modalidade de prisão provisória será especificamente tratada no capítulo seguinte. Por ora, tem-

²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3º Volume. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 402.

²⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 396.

²⁹ Ver CHOUKR, Fauzi Hassan. *Curso de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 481-506.

se que a prisão preventiva, em sentido estrito, é medida cautelar, constituída da privação de liberdade do acusado ou do indiciado e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, diante da existência dos pressupostos, circunstâncias legais e hipóteses de admissibilidade, antes de sentença condenatória transitada em julgado³⁰.

c) prisão temporária: regulada pela Lei nº. 7.960/89³¹, esta modalidade de prisão pode ser decretada nas seguintes situações:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

Esta modalidade de prisão, que tem prazo definido em Lei³², dirige-se, conforme explica Eugênio Pacelli de OLIVEIRA, “exclusivamente à tutela das investigações policiais, daí porque não se pode pensar na sua aplicação quando já instaurada a ação penal”³³, ou seja, o momento processual para sua decretação é o

³⁰ Definição construída com base em MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 790 e em NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 586.

³¹ E também pela Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), artigo 2º, §4º, no que tange à sua duração.

³² Artigo 2º, da Lei 7.960/89 e artigo 2º, § 3º, da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos). São cinco dias prorrogáveis uma única vez por igual período, ou trinta dias, se o crime for hediondo, também prorrogável por mais trinta.

³³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 418.

inquérito policial. Findo o prazo legal, o indivíduo deve ser imediatamente posto em liberdade, a menos que lhe tenha sido decretada sua prisão preventiva.

d) prisão decorrente de pronúncia e de sentença condenatória recorrível: são formas de prisão provisória, pois não decorrem de sentença condenatória transitada em julgado, mas, ao contrário das demais, são posteriores a uma decisão de mérito. Anteriormente às reformas legislativas no âmbito do Processo Penal brasileiro, ocorridas no segundo semestre de 2008, tais formas de prisão tinham sua cautelaridade e, quiçá, sua constitucionalidade, bastante discutidas pela doutrina. Atualmente, porém, submetem-se às mesmas exigências das demais medidas cautelares, devendo verificar-se seu requisito (*fumus comissi delicti*) e seu fundamento (*periculum libertatis*) não sendo mais, portanto, de aplicação imediata, além do que, “passou-se a entender que havia a necessidade de análise dos requisitos da prisão preventiva elencados no art. 312 do CPP também para fixar as prisões decorrentes de sentença condenatória recorrível e de sentença de pronúncia”³⁴.

A decisão de pronúncia, como explica Eugênio Pacelli de OLIVEIRA, “tem como conseqüência a submissão do acusado à competência do Tribunal do Júri”³⁵ e está regulada no § 3º, do artigo 413, do Código de Processo Penal (após alteração do CPP trazida pela Lei 11.719/08), *verbis*:

Art. 413:

[...]

§ 3º: O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

A decisão decorrente de sentença condenatória recorrível, por sua vez, obedece ao disposto nos artigos 393, inciso I, do Código de Processo Penal e 2º, § 3º, da Lei nº. 8.072/90 (com a redação dada pela Lei nº. 11.464/07), a seguir:

Art. 393: São efeitos da sentença condenatória recorrível:

³⁴ PEREIRA, Viviane de Freitas; MEZZALIRA, Ana Carolina. *A prisão preventiva a partir da reforma do Código de Processo Penal. Alargamento das hipóteses de incidência e ausência de fixação de um prazo razoável*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2098, 30 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12553>>. Acesso em: 13 de setembro de 2009.

³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 422.

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;
[...]

Art. 2º:

[...]

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

[...]

Em relação à decretação desta modalidade de prisão (decorrente de sentença condenatória recorrível) e à possibilidade de execução provisória da sentença, é preciso ter em mente a decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 84.078/MG, em 05 de fevereiro de 2009, com a relatoria do Ministro Eros Grau e publicada no Informativo nº. 534 daquele órgão, com a seguinte previsão (grifos nossos):

Ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP. [...] Em seguida, afirmou-se que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar. Enfatizou-se que a ampla defesa englobaria todas as fases processuais, razão por que a execução da sentença após o julgamento da apelação implicaria, também, restrição do direito de defesa, com desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.³⁶

³⁶ Informativo nº. 534. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo534.htm#Pris%C3%A3o%20Preventiva:%20Pend%C3%ancia%20de%20Recurso%20sem%20Efeito%20Suspensivo%20e%20Execu%C3%A7%C3%A3o%20Provis%C3%B3ria%20-%205>>. Acesso em: 13 de setembro de 2009. No mesmo sentido Luiz Flavio Gomes que assim explica o posicionamento do Supremo Tribunal Federal: o STF, sob a perspectiva constitucional, vem afirmando constante e repetidamente (HC 71.644-MG, rel. Min. Celso de Mello; RTJ 195/603, rel. Min. Gilmar Mendes; HC 84.434-SP, rel. Min. Gilmar Mendes; HC 86.164-RO, rel. Min. Carlos Britto; RTJ 193/936) a imprescindibilidade de se demonstrar, em cada caso concreto, a necessidade de prisão cautelar, que possui caráter excepcional (RTJ 180/262-264, rel. Min. Celso de Mello).

De acordo com o entendimento constitucionalista do STF, a prisão, fundada exclusivamente "na lei" (que não confere efeito suspensivo ao RE ou ao REsp), que desrespeita os princípios assegurados no Estado constitucional e democrático de Direito, viola manifestamente a presunção de inocência, o que significa um retrocesso, implicando na execução provisória indevida da pena.

A prisão do réu em liberdade, mesmo que estabelecida com base em sentença penal recorrível, somente se justifica caso ocorra a incidência de umas das hipóteses referidas no art. 312 do Código de Processo Penal - garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal. Excluídas essas possibilidades, tal prisão se tornaria uma verdadeira antecipação da pena, confrontando diretamente com o princípio da presunção de inocência, emanado do art. 8º da CADH assim como do art. 5º, inc. LVII, da CF, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Não obstante, o Ministro Celso de Mello deixou claro que esse posicionamento do STF não elimina a possibilidade da prisão cautelar processual, mas sim, estabelece que ela ocorra apenas quando fundamentada nos pressupostos do art. 312 do CPP (supracitado). (GOMES, Luiz Flávio; CHRISTOFARO, Danilo F. *Execução penal provisória contra o réu: impossibilidade. Direito de recorrer em liberdade*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 04 de maio de 2009).

Assim, conclui-se que estas últimas espécies de prisão provisória, são sim cautelares e aproximam-se da prisão preventiva, vez que devem perfazer alguma das circunstâncias legais previstas no artigo 312, do Código de Processo Penal para sua decretação.

2. DA PRISÃO PREVENTIVA

Não obstante qualquer prisão processual seja preventiva, por necessária distinção terminológica, primeiramente importa esclarecer que a denominação *prisão preventiva* será usada, nas próximas incursões, sempre para tratar da prisão preventiva em sentido estrito, ou seja, aquela prevista no Código de Processo Penal dentre os artigos 311 a 316.

Posto isso, passa-se a uma breve análise desta, que é, como afirma DELMANTO JR., “a principal modalidade de prisão cautelar de nosso ordenamento”³⁷. Em outras palavras, emprestando metáfora de Paulo RANGEL: “no ‘universo’ da prisão cautelar de natureza processual, a prisão preventiva seria o sol e as demais prisões [...] seriam os planetas que o cercam e buscam nele sua fonte de luz, de energia, de sustento de vida”³⁸ (itálico original). Isso porque “toda privação de liberdade, no curso de uma ação penal, haverá de encontrar a sua justificação na mesma motivação necessária para a decretação da prisão preventiva”³⁹.

Como já aduzido anteriormente, a prisão preventiva é medida cautelar, que se constitui na privação de liberdade do acusado ou do indiciado, decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, diante da existência dos pressupostos, circunstâncias legais e hipóteses de admissibilidade, antes de sentença condenatória transitada em julgado⁴⁰.

Está regulada no artigo 311, do Código de Processo Penal, *verbis*: “Art. 311: Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”.

Do breve conceito em conjunto com o texto legal é possível inferir, de plano, que, em respeito à jurisdicionalidade e ao dever de motivação das decisões judiciais, a prisão preventiva só pode ser decretada pelo Juiz em ordem judicial devidamente fundamentada.

³⁷ DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 161.

³⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 614.

³⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 407.

⁴⁰ Ver nota de rodapé nº 30, supra.

Ainda, que o momento processual em que é cabível sua decretação é amplo, desde o inquérito policial até o fim da instrução, ou seja, a fase de alegações finais⁴¹.

Por fim, que pode ser decretada de ofício pelo Juiz, a requerimento do Ministério Público ou por representação da Autoridade Policial, sendo o rol taxativo. Neste caso, em consonância com o entendimento de Paulo RANGEL, entende-se que, “de ofício, somente no curso do processo e não do inquérito policial, pois, face ao sistema acusatório vigente na ordem jurídica, o juiz [...] foi afastado da fase pré-processual, deixando a investigação a cargo apenas do Ministério Público e da autoridade policial”⁴². Assim, durante o inquérito policial é exigido requerimento do *Parquet* ou representação do presidente dos autos de investigação preliminar.

Da decisão que entender por bem não decretar a prisão preventiva, quando esta for requerida pelo Ministério Público, cabe recurso em sentido estrito. Quando caso de representação da Autoridade Policial, entretanto, na linha do mesmo autor, entende-se que “representação é uma exposição articulada dos fatos feita pelo delegado de polícia, mostrando a necessidade de decretação da medida. Não é pedido, pois o delegado não pede prisão preventiva, mas, sim, representa pela mesma”⁴³. Assim, quando denegada, não cabe recurso.

A possibilidade de decretação da prisão preventiva, por ordem judicial fundamentada, de ofício, a requerimento ou mediante representação, está adstrita à existência dos *pressupostos* inerentes às prisões cautelares e ao preenchimento das condições previstas em lei, quais sejam, os requisitos legais e os motivos autorizadores, aqui denominados, de *circunstâncias legais e hipóteses de admissibilidade*.

2.1. Pressupostos

Antes da análise das condições especificamente desenhadas pelo legislador a possibilitar a decretação da prisão preventiva pelo Juiz, este deve atentar-se para o devido preenchimento dos pressupostos inerentes às custódias cautelares, aqui

⁴¹ Não obstante não seja pacífico o entendimento que a instrução se encerra na fase de alegações finais, adota-se a tese de Paulo RANGEL quando afirma que até o último momento as partes tentam convencer o Juiz de suas teses, podendo, inclusive juntar documentos novos na fase de alegações finais. (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 614-615.)

⁴² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 615.

⁴³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 615.

definidos com base em Aury LOPES JR.⁴⁴: a real necessidade deste encarceramento prévio ao trânsito em julgado com base no perigo gerado pela liberdade do indiciado/acusado (*periculum libertatis*) e a prova da existência do fato somada a indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*), ou seja, respectivamente, o *fundamento* e o *requisito* da tutela cautelar.

Em respeito ao princípio da inocência, entretanto, exige-se que o termo “indícios suficientes de autoria”, utilizado na segunda parte do artigo 312, do Código de Processo Penal, seja interpretado *in bonam partem* para o réu/indiciado, como significando indícios *graves* de autoria.

Quanto ao fato, deve haver certeza da sua existência e de que seja comprovadamente típico, antijurídico e culpável, não bastando, para tal, indícios, ainda que graves. A prova da existência do fato deve ser cabal.

2.2. Circunstâncias legais

Presentes os pressupostos, o Código Processual Penal prevê no artigo 312, primeira parte, um rol taxativo de circunstâncias que autorizam a decretação da custódia cautelar em análise, *verbis*: “Art. 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal [,,]” (grifo nosso).

Por *conveniência da instrução criminal* entende-se a preservação dos princípios do contraditório e do devido processo legal através do encarceramento cautelar do indivíduo, a título de prisão preventiva, com fins de impedir, conforme elucidada NUCCI⁴⁵, abalos provocados pela atuação do acusado, que visem à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral. Para o autor, configuram condutas inaceitáveis a ameaça a testemunhas, a investida contra provas buscando desaparecer com evidências, ameaças ao órgão acusatório, à vítima ou ao juiz do feito, não fornecer sua qualificação, dentre outras.

Em casos como esses, explica Paulo RANGEL, “a custódia cautelar justifica-se com o escopo de se garantir um processo justo, livre de contaminação probatória

⁴⁴ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 199-201.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 594.

e seguro para que o juiz forme, honesta e lealmente, sua convicção (cf. item VII da Exposição de Motivos do CPP)⁴⁶.

Ressalte-se, por oportuno, apenas que “atitudes contrárias aos interesses da instrução’ jamais podem se caracterizar pela negativa do acusado em colaborar, em função dos seus direitos ao silêncio e à ampla defesa”⁴⁷, como bem lembra DELMANTO JR..

Quanto à *garantia de aplicação da lei penal*, tem-se a preocupação com a evasão do réu/indiciado ou com a dilapidação de seu patrimônio, em ambos os casos, comprometendo a execução da pena.

Assim, pode ser decretada a prisão preventiva, com fins de garantir a aplicação da lei penal, nas hipóteses trazidas por RANGEL:

[...] quando houver provas seguras de que o acusado [ou indiciado], em liberdade, irá se desfazer (ou está se desfazendo) de seus bens de raiz, ou seja, tentando livrar-se de seu patrimônio com escopo de evitar o ressarcimento dos prejuízos causados pela prática do crime. Ou ainda, se há comprovação de que se encontra em lugar incerto e não sabido com a intenção de se subtrair à aplicação da lei, pois, uma vez em fuga, não se submeterá ao império da Justiça.⁴⁸

Tal possibilidade de fuga, entretanto, ensina Aury LOPES JR.⁴⁹, é completamente inconcebível em qualquer hipótese de presunção de fuga, por ser inconstitucional frente ao princípio da inocência. Para o autor, toda decisão que determine a prisão do imputado deve basear-se em um fundado temor, jamais fruto de ilações. Deve haver fato claro que justifique o receio de fuga do indivíduo.

Nesse sentido, elucida RANGEL que “não pode ser presunção judicial, mas sim fruto de elementos nos autos do processo que demonstrem, cabalmente, que o acusado [ou indiciado] deseja se subtrair à ação da justiça. O simples poder econômico do réu não pode autorizar o juiz a decretar sua prisão preventiva”⁵⁰, bem como não o pode, seu desemprego.

No que tange à dilapidação do patrimônio, esclarece RANGEL que:

⁴⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 617.

⁴⁷ DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 173.

⁴⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 617.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 222.

⁵⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 617.

[...] a prisão preventiva deverá ser decretada quando houver provas seguras de que o acusado [ou indiciado], em liberdade, irá se desfazer (ou está se desfazendo) de seus bens de raiz, ou seja, tentando livrar-se de seu patrimônio com escopo de evitar o ressarcimento dos prejuízos causados pela prática do crime.⁵¹

A *garantia da ordem econômica* é circunstância acrescida pela Lei 8.884/94, que alterou a redação do artigo 312, do Código de Processo Penal e visa a “permitir a prisão do autor do fato-crime que perturbasse o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico, visando a dominação dos mercados, a eliminação de concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”⁵², como aduz RANGEL. Tem especial relevância, lembra DELMANTO JR., para os “crimes que envolvessem grandes golpes no mercado financeiro, abalando-o, os quais geralmente se perpetram sem o uso de violência física, mas com a inteligência e o engodo”⁵³. São crimes, diz o autor, que aparentemente não ameaçam “tão diretamente o cidadão, quanto o ameaça a delinqüência violenta, que lhe está mais próxima”⁵⁴, porém, as “conseqüências desse tipo de criminalidade, muitas vezes, envolvem um número enorme de pessoas e são tão prejudiciais à sociedade quanto o é a criminalidade violenta”⁵⁵.

Por fim, a *garantia da ordem pública*, talvez a circunstância legal mais difícil de ser definida, por muitos sustentada como a prevenção à reincidência delitiva por parte do réu/indiciado⁵⁶. Por ora, opta-se pela definição de RANGEL quando afirma que fere a ordem pública “qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou o acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais”⁵⁷. O tema será tratado especificamente nos próximos capítulos.

⁵¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 617.

⁵² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 617.

⁵³ DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 191.

⁵⁴ DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 191.

⁵⁵ DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 192.

⁵⁶ Nesse sentido, ver RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 616.

⁵⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 616.

2.3. Hipóteses de admissibilidade

Somente será admitida a decretação da prisão preventiva, quando o caso em concreto estiver previsto nas hipóteses de admissibilidade arroladas no artigo 313, do Código de Processo Penal, cujo texto ora se transcreve:

Art. 313: Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I - punidos com reclusão;

II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no Art. 64, I do Código Penal - reforma penal 1984.

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

A presença de uma das situações acima já legitima a decretação da prisão preventiva, quando em conjunto com os pressupostos e uma das circunstâncias legais.

Depreende-se do texto legal, que o Juiz está autorizado a decretar a custódia cautelar apenas nos crimes dolosos punidos com reclusão (inciso I), excepcionados os casos de reincidência (inciso III), ou seja, o quinquênio posterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória e os punidos com detenção se o réu for vadio (inciso II).

Neste segundo caso, em especial, verifica-se que a previsão da Lei Processual Penal está obsoleta, como destaca RANGEL: “o inciso II do art. 313 do CPP não encontra harmonia com o princípio da razoabilidade e com a necessária homogeneidade de toda e qualquer medida cautelar”⁵⁸.

Isso porque, prossegue o autor⁵⁹, vedar a prisão preventiva em crimes punidos com detenção está de acordo com a característica da homogeneidade, não se podendo admitir seja decretada a prisão pelo motivo de ser o réu vadio ou não identificado. Não cabe ao Estado dizer quem é ou não vadio, inclusive em razão da grande massa de reserva que formam os desempregados num país como o Brasil.

⁵⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 620.

⁵⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 620.

O inciso IV foi recentemente incluído pela Lei 11.340/06 (Lei de Violência Doméstica e Familiar) e propugna sejam devidamente cumpridas as medidas protetivas de urgência previstas por tal Lei e determinadas pelo Juízo. Assim, em caso de descumprimento pelo agressor, pode ser-lhe decretada sua prisão preventiva.

Este caso, especificamente, se aproxima mais das circunstâncias legais do que das hipóteses de admissibilidade, pois o legislador insere neste dispositivo legal condição fática, ou seja, um caso concreto para a decretação da prisão preventiva. Este, por sua vez, deve estar amparado pelas hipóteses de admissibilidade previstas no artigo 313, do Código de Processo Penal.

3. DA ORDEM PÚBLICA

A preservação da ordem pública é uma das circunstâncias legais que, presente, em conjunto com os pressupostos (*periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*) e as hipóteses autorizadoras (art. 313, do CPP) possibilitam a decretação da prisão preventiva, capitulada no artigo 312, primeira figura, do Código de Processo Penal, o qual traz a seguinte redação: “Art. 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (grifo nosso).

Para que se possa passar à análise deste instituto e suas implicações na sociedade e no Processo Penal, são necessárias algumas considerações acerca do conceito de ordem pública.

3.1. Ordem pública na doutrina: tentativas conceituais

Árdua é a tarefa dos estudiosos do Direito quando se põem a tentar elucidar o conceito e o significado de *ordem pública*.

Por tal razão, num primeiro esboço descomprometido com a crítica, opta-se pelas breves palavras assinadas por Norberto BOBBIO, Nicola MATTEUCCI e Gianfranco PASQUINO em seu Dicionário de Política (itálicos originais):

A Ordem pública é concebida ao mesmo tempo como uma *circunstância de fato* e como um *fim* do ordenamento político e estatal e nesse sentido o encontramos na legislação administrativa, policial e penal como *sinônimo de convivência ordenada*, segura, pacífica e equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que disciplinam a dinâmica de um ordenamento. Nessa hipótese, Ordem pública constitui objeto de regulamentação pública para fins de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva, enquanto que a jurisprudência tende a ampliar o conceito 'material' de Ordem pública até fazer incluir nele a execução normal das funções públicas ou o normal funcionamento das instituições como a propriedade, de importância publicitária (*ordem legal constituída*).⁶⁰

⁶⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale... [et. al.]. Coordenação da tradução João Ferreira. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000. p. 851.

Tais autores ressaltam que a noção de ordem pública varia em conformidade com o contexto histórico e social, adequando-se a cada ordenamento e sobre o tema, prosseguem:

Por conseguinte, com a variação da inspiração ideológica e dos princípios orientadores (democráticos ou autocráticos, por exemplo), cada ordenamento dará uma disciplina própria (ampla ou restrita) das hipóteses de intervenção normativa e de administração direta tendentes a salvaguardar a Ordem pública.

Além do aspecto objetivo da tranquilidade social, política e econômica ligada à convivência 'ordenada', a temática da Ordem pública é importante sob o perfil das possíveis repercussões consequentes sobre a esfera jurídica dos vários sujeitos de um ordenamento.⁶¹

Por atuar na esfera jurídica dos sujeitos e servir-se a limitar o exercício de direitos, a ordem pública se manifesta, também, na limitação dos direitos fundamentais, sobre o que referidos autores questionam se:

[...] quando se trata de determinar as limitações aplicáveis aos direitos fundamentais, há de identificar-se [a ordem pública] com a simples realidade material, isto é, com a situação de normalidade já lembrada, ou ter presente também uma hipotética realidade ideal, ou seja, um conjunto de finalidades que deveriam caracterizar idealmente as relações sociais.⁶²

Assim, vislumbra-se que para que a noção de ordem pública seja limitadora ao exercício dos direitos fundamentais, deve representar a manutenção da realidade material de normalidade, o que os autores identificam nos regimes democrático-liberais, enquanto nos regimes "ideologicamente muito marcados" a exemplo dos Estados monopartidários, identificam a representação de uma realidade social hipotética, e não material. Desse modo, nestas formatações de Estado, vislumbra-se tendência a elastecer a noção de ordem pública a fim de restringir mais os direitos fundamentais e a liberdade.

Isto posto, conclui-se das idéias colacionadas ao Dicionário de Política, que, para que se possa falar em ordem pública, em manutenção da ordem pública, em ordem pública enquanto limitação ao exercício de direitos, é imperioso que se tenha em mente que a sociedade é, quando em estado de normalidade, ordenada. É

⁶¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale... [et. al.]. Coordenação da tradução João Ferreira. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000. p. 851.

⁶² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale... [et. al.]. Coordenação da tradução João Ferreira. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000. p. 851.

somente em razão de tal crença que atitudes desviantes ou criminosas ferem a tranqüilidade social, ou seja, este estado de normalidade, podem e devem, portanto, ser reprimidas (dentro do próprio seio social por seus semelhantes ou pelo poder punitivo do Estado) a fim de preservar a ordem pública.

A pretensão, nas próximas linhas, é desconstruir a noção de “ordem publica”, enquanto conceito poliédrico e polissêmico, a serviço de um Direito Penal material e processual simbólico.

3.2. A sociedade em desordem

Como visto, a noção de ordem pública carrega-se de conceitos como tranqüilidade social, estado de normalidade e convivência ordenada e está expressa no texto legal do artigo 312, do Código de Processo Penal como “*garantia da ordem pública*”. Infere-se do entendimento do legislador o sentido de preservação, manutenção de uma situação preexistente. Ora, só se pretende seja *garantido* pela ordem legal vigente, o que *existe materialmente e é tomado por normal, por comportamento padrão*, no sentido de que a ordem é o padrão e a desordem, o que extrapola e contraria este padrão, devendo ser contido, a fim de que a ordem seja devidamente restaurada e, assim, garantida.

Desta forma, o legislador faz sua opção pelo *continuum*, explicado por BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, como a concepção daqueles que “vêm qualquer grupo social, qualquer sociedade e qualquer organização como algo de harmônico e equilibrado: harmonia e equilíbrio constituiriam o *estado normal*”⁶³ (itálico original).

Zygmunt BAUMAN⁶⁴ explica que a noção de *ordem* remete à de pureza, à de estarem as coisas nos lugares “justos” e “convenientes” e, na seqüência, cita o exemplo: “uma omelete, obra de arte culinária que dá água na boca quando no prato do jantar, torna-se uma mancha nojenta quando derramada sobre o travesseiro”⁶⁵.

⁶³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale... [et. al.]. Coordenação da tradução João Ferreira. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000. p. 226. Esta visão de sociedade ordenada enquanto seu estado normal é a visão defendida por autores como Comte, Spencer, Durkheim, Parsons, dentre outros.

⁶⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Trad. Mauro Gama e Claudia M. Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 14.

⁶⁵ BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Trad. Mauro Gama e Claudia M. Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 14.

Aplicável ao contexto de qualquer grande cidade brasileira, comenta referido exemplo LOPES JR. da seguinte forma (itálicos e negrito originais):

O exemplo é bastante ilustrativo, principalmente num país como o nosso, em que vira notícia no *Jornal Nacional* o fato de um grupo de favelados terem ‘descido o morro’ e ‘invadido’ um *shopping center* no Rio de Janeiro. Ou seja, enquanto estiverem no seu devido lugar, as coisas estão em ordem. Mas, ao descerem o morro e invadirem o espaço da burguesia, esta posta a (nojenta) omelete no travesseiro. Está feita a desordem, a **quebra da organização do ambiente**.⁶⁶

Assim, elucidam BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO:

Todo o Conflito é considerado uma perturbação; mas não é somente isso; já que o equilíbrio e uma relação harmônica entre os vários componentes da sociedade constituem o estado normal, as causas do Conflito são meta-sociais, isto é, devem ser encontradas fora da própria sociedade, e o Conflito é um mal que deve ser reprimido e eliminado. O Conflito é uma patologia social.⁶⁷

A *contrario sensu* está a idéia de conflito intrínseca a qualquer organização social. Para os adeptos desta corrente, com os quais ora se faz coro, qualquer grupo ou sistema social são “constantemente marcados por Conflitos porque em nenhuma sociedade a harmonia ou o equilíbrio foram normais. Antes, são exatamente a desarmonia e o desequilíbrio que constituem a norma e isto é um bem para a sociedade”⁶⁸, conforme elucidam os sobreditos autores em seu Dicionário de Política. Ainda prosseguem esclarecendo que “através dos conflitos surgem as mudanças e se realizam os melhoramentos. Conflito é vitalidade”⁶⁹. Assim, o conflito não é identificado fora da sociedade, senão em seu próprio seio.

⁶⁶ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 12.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale... [et. al.]. Coordenação da tradução João Ferreira. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000. p. 226.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale... [et. al.]. Coordenação da tradução João Ferreira. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000. p. 226.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale... [et. al.]. Coordenação da tradução João Ferreira. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000. p. 226. Com esta teoria estão Marx, John Stuart Mill, Dahrendorf e Touraine, dentre outros. Especificamente quanto à Marx, cumpre destacar que sua noção de conflito direciona-se à luta de classes, de modo que sua busca é pelo fim do conflito, que ele acredita ser possível quando não houver mais desigualdade entre as classes sociais.

Ora, se o conflito é considerado uma perturbação da ordem e se ordem significa colocar as coisas no seu justo e *conveniente* lugar, trazendo, inclusa, uma noção de algo estático – pois que se em movimento está feita novamente a desordem -, então as organizações sociais serão sempre *sociedades de conflito*, se mostrando fictícia, portanto, qualquer busca de “plena pacificação social”.

Nem tanto ao céu, nem tanto à terra, a conclusão não se apresenta eivada de radicalismos, de modo que o que se pretende afirmar é que a sociedade é conflituosa por não ser pacífica, mas sem, com isso, fazer apologia a um anarquismo de regras. Ou seja, não se objetiva negar a necessidade de alguma forma de controle exercido pelo Estado, mas sempre o Direito Penal como *ultima ratio*⁷⁰, ou seja:

[...] como última opção de controle, tendo em vista o fracasso dos outros meios formais de controle social em relação à proteção dos bens da vida relevantes.

Isso significa que, em sendo possível coibir determinadas condutas e conseqüentemente proteger certos bens da vida importantes por meio de outros ramos do direito (civil, administrativo, trabalhista), o Estado está proibido de lançar mão do Direito Penal para tal.⁷¹

Em outras palavras, primeiramente é *mister* aceitar que a sociedade é, em última análise, conflituosa, que esta é uma característica intrínseca a ela. Principalmente no modelo econômico atual. No capitalismo sempre haverá luta pelo poder, sempre haverá alguém - ou muitas pessoas – excluídas da sociedade do consumo e estas pessoas sempre vão desejar o inatingível, e por tal razão, serão vistas por aqueles que integram o sistema, como um *risco*.

Esses, portanto, que não aderem ao contrato social, que não se moldam a determinados valores sociais pretendidos por este contrato como consenso, estão excluídos e são tidos como inimigos, sujeiras a serem eliminadas do tapete do sistema capitalista ou empurradas ainda mais para baixo dele, a fim de não serem vistos, de não descerem os morros ou de serem encarcerados, mediante verdadeira profilaxia social⁷².

⁷⁰ Sobre o tema, ver BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. pp. 84-90. O autor trata do “princípio da intervenção mínima”.

⁷¹ ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Direito Penal como ultima ratio*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 08 de abril de 2009.

⁷² “Em suma, o processo de globalização neoliberal comum às sociedades ocidentais capitalistas foi responsável pela privatização das funções do Estado, pela abertura dos mercados, pelo desencadeamento dos movimentos internacionais de capitais, pela dissolução do Estado social e

A desordem está nos comportamentos dos excluídos e principalmente nos comportamentos excludentes. A fome, o desemprego, a miséria são formas mais graves de violência do que a violência urbana que tanto se teme.

Ocorre que, não é possível vislumbrar, senão no “mundo das idéias”, uma formatação social muito distinta da que ora se vivencia e, mesmo que fosse, num outro modelo que não o capitalista, ainda assim os indivíduos encontrariam novas razões para conflitar e estaria posta, novamente, a desordem. Isso porque “cada esquema de pureza gera sua própria sujeira e cada ordem gera seus próprios estranhos”⁷³.

Políticas sociais inclusivas, portanto, são a necessidade real. Não para assegurar ou proporcionar a *ordem* pública, pois esta é inatingível, mas para reduzir o conflito econômico gerado pelo modo de produção capitalista. Esta é, contudo, solução onerosa e demorada.

É por esta razão que, na prática, o Direito Penal tem trilhado o caminho inverso ao que lhe é devido, passando de *ultima ratio* à *prima ratio*, enquanto medida paliativa “super-utilizada”, menos onerosa, mais aparente, com discurso convincente (em especial considerando sua função simbólica) e transformada em critério de elegibilidade política.

pelo deslocamento das funções de planejamento econômico do âmbito estatal para o âmbito das empresas transnacionais, que desde então travam o que se pode chamar de verdadeira guerra econômica, que tem o mercado como seu campo de batalha, a competitividade como seu valor último e a eficiência como sua principal arma. Aos vitoriosos desse embate, restam as vantagens mercadológicas e o estabelecimento das regras da globalização, e aos perdedores, a irremediável exclusão das relações de consumo, o que na perspectiva do novo projeto econômico de mercado total, transformador de todas as relações humanas em relações de consumo, significa a completa exclusão.

Evidentemente, esses excluídos não aceitam inertes todo este processo que não se restringe a marginalizá-los – no sentido de levá-los à margem – mas que os empurra ao abismo da dolorosa invisibilidade e sua reação é sempre violenta, isto é, dirigida a subjugar fisicamente o grupo dos incluídos. Não por outro motivo, este Estado mínimo no setor de políticas sociais se vê premido a avançar e crescer no que se refere às medidas destinadas à gestão desta incômoda miséria que começa a bater na porta dos mais abastados e, neste momento, a prisão surge como sua grande arma.

Então, é possível compreender porque a maioria dos países ocidentais assiste ao estrondoso crescimento dos índices de encarceramento e comodamente se contenta com a explicação de que a prisão é a única alternativa para conter os excluídos e por esta razão é compatível com os valores constitucionais, devendo ser inclusive concretizada ainda durante o processo.” (BORGES, Clara Maria Roman. *A Prisão Cautelar e a Garantia Fundamental da Presunção de Inocência*. Palestra proferida no CONGRESSO POLÔNIA-BRASIL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, promovido pela Pós-Graduação em Direito da UNIBRASIL, em 05 de setembro de 2008, às 09h00min).

⁷³ BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia M. Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 23.

O Direito Penal aparece como o mártir do “império da ordem”⁷⁴, na expressão utilizada por LOPES JR., conquanto, é claro, permaneça exercendo sua função simbólica. Nada mais é, portanto, do que um Direito Penal falacioso legitimando um discurso falacioso.

Assim se expressa LOPES JR. quando trata do “império da ordem” (itálico original):

Ora, um tal ‘império da ordem’ só pode ser fruto do autismo jurídico e de uma boa dose de má-fé. A falácia do discurso salta aos olhos, pois uma tal *ordem*, [...] só pode decorrer do completo afastamento do direito da realidade e/ou da imensa má-fé por parte de quem o prega. Não sem razão, foi argumento largamente utilizado por programas políticos totalitários, como o nazismo (pureza de raça) ou mesmo o comunismo (pureza de classe).⁷⁵

Não para a preservação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo num Estado Democrático de Direito, mas para a supressão deles em relação à *alguns* indivíduos num Estado de Polícia⁷⁶, presta-se o discurso da ordem. Assim o Direito Penal vai cumprindo sua função simbólica (de caráter “psicológico-tranquilizador”) e o Processo Penal sua função emergencial (como pena em si mesmo) pinçando alguns indivíduos excluídos, estranhos à sociedade do consumo, a sujeira do sistema capitalista e os custodiando provisoriamente sob o argumento de “preservação da ordem pública”.

3.3. Ordem pública: conceito jurídico indeterminado

Não bastassem as questões sociais, há ainda uma questão semântica a ser pontuada.

⁷⁴ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 12.

⁷⁵ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 13.

⁷⁶ De acordo com definição fornecida por Juarez Cirino dos SANTOS quando trata da teoria negativa/agnóstica da pena criminal: “a) o modelo ideal de *estado de polícia* se caracteriza pelo exercício de poder *vertical* e *autoritário* e pela distribuição de justiça *substancialista* de grupos ou classes sociais, expressiva de direitos meta-humanos *paternalistas*, que suprime os *conflitos humanos* mediante as funções manifestas positivas de *retribuição* e de *prevenção* da pena criminal, conforme a vontade hegemônica do grupo ou classe social no poder; b) o modelo ideal de *estado de direito* se caracteriza pelo exercício de poder *horizontal/democrático* e pela distribuição de justiça *procedimental* da maioria, expressiva de direitos humanos *fraternalistas*, que resolve os *conflitos humanos* conforme regras democráticas estabelecidas, com *redução* ou *limitação* do poder punitivo do *estado de polícia*.” (itálicos originais) (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. p. 467).

Na seara do Direito Penal e Processual Penal a gravidade de expressões descorporificadas, desprovidas de um pacífico significado e que, por tal, geram instabilidade se torna mais evidente, pois é onde se lida, constantemente, com o bem jurídico mais caro aos homens depois da vida: a *liberdade*.

Deve-se primar pela estabilidade do Direito. Por óbvio que não até seus ulteriores termos, pois não se pretenderia, sob qualquer hipótese, suprimir a função interpretativa da doutrina e da jurisprudência, pois é justamente esta função que permite que um texto legal passado tenha atualidade e se relacione com os conflitos hodiernos.

Para que a função interpretativa dos aplicadores e cientistas do Direito não exacerbe a necessária atualização do entendimento a ser dado às leis e se torne instrumento a serviço de interesses políticos ou pessoais (como o clamor público, o interesse comercial da mídia ou eleitoral de um governante, dentre outros), em especial na matéria Penal, onde o risco dessas interpretações é mais gravoso, deve o ordenamento jurídico estar adstrito a alguns muros. Assim, será possível que o Direito seja mais concretamente estabilizador da Justiça e que as interpretações não transponham certas barreiras. O Direito Penal e, conseqüentemente o Direito Processual Penal, estão murados pelo *princípio da legalidade*⁷⁷.

Este princípio é a “regra principal da teoria da *validade da lei penal no tempo*”⁷⁸ (itálico original), conhecido pela fórmula latina *Nullum crimen, nulla poena sine lege*⁷⁹.

O princípio da legalidade é, num breve resumo de Juarez Cirino dos SANTOS (itálicos originais):

[...] o mais importante instrumento constitucional⁸⁰ de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito, porque proíbe (a) a *retroatividade*

⁷⁷ “O que não está previsto na lei, do ponto de vista penal, não é nada.” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Função do Direito Penal é Limitar o Poder Punitivo*. Conjur, Rio de Janeiro, 05 de julho de 2009. Entrevista concedida a Marina Ito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>>. Acesso em: 10 de outubro de 2009.)

⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. p. 20.

⁷⁹ Esta fórmula foi inaugurada por Feuerbach, mas ao revés do que se pensa, surgiu nele em outros termos, quando realizou uma “articulação das formulas ‘nulla poena sine lege’, ‘nullum crimen sine poena legali’ e ‘nulla poena (legalis) sine crimine’”. BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 66.

⁸⁰ “Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, (b) o *costume* como fundamento ou agravação de crimes e penas, (c) a *analogia* como método de criminalização ou punição de condutas e (d) a *indeterminação* dos tipos legais e das sanções penais.⁸¹

Em outras palavras, as funções desse princípio se resumem no brocardo: *Nullum crimen nulla poena sine lege praevia scripta stricta et certa*, livremente traduzida como “não há crime ou pena sem lei prévia, escrita, estrita e certa”.

Especificamente sobre a *certeza da lei penal*, tem-se que é proibida sua indeterminação ou obscuridade, a fim de garantir “a proteção do cidadão contra o arbítrio”⁸² de interpretações judiciais sujeitas ao bel-prazer de seu intérprete e que acabem por lesar o princípio da culpabilidade. Relaciona-se, portanto, com o princípio da taxatividade, não sendo relativizável.

Assim, devem traduzir claramente as expectativas e a intenção do legislador, reduzindo a possibilidade interpretativa e impedindo dúbia interpretação que coloque em risco o objetivo principal, que é o caminho da Justiça.

Especificamente quanto à noção de “ordem pública”, percebe-se que este é um conceito jurídico indeterminado, instável, polissêmico, incerto e que, por assim o ser, desrespeita o princípio da legalidade em sua intrínseca exigência de certeza da lei penal.

A prisão preventiva para preservação da ordem pública presta-se, na prática dos Tribunais, para legitimar o discurso defendido pelo aplicador do Direito dependendo da posição que ocupa na relação processual (acusação ou réu/indiciado) e coloca o Juiz frente a um conceito que é vazio de significado, vez que entendível de tantas e inúmeras formas distintas – e muitas vezes opostas – que é impossível a ele analisar os argumentos apresentados pelas partes sem se deixar influenciar por seus próprios juízos de valor acerca de qual acepção lhe é mais razoável ou parece mais razoável no caso concreto. Molda-se, portanto, o mesmo argumento, para encarcerar e para pôr em liberdade os sujeitos mantidos sob a égide do processo penal ou do inquérito policial.

XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

[...].”

⁸¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. p. 20.

⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. p. 23.

A prisão preventiva com fins de garantir a ordem pública é falaciosa, portanto, em ambos os seus sentidos: no de “preservar” uma ordem que é fictícia, como já exposto, e no aspecto semântico, no seu significado, pois é entendida em sua acepção menos gravosa como prevenção à reincidência (como se possível fosse realizar uma medição a partir de concretos referenciais sobre a possibilidade de reincidência e o grau de periculosidade apresentado por um sujeito) e na mais gravosa, como preservação da credibilidade das instituições públicas, como efetividade da prestação jurisdicional, pautada na gravidade delitiva e no clamor público.

3.4. Ordem pública na jurisprudência: breve análise crítica da desordem dos julgados do Supremo Tribunal Federal no ano de 2009

Diante de um caso concreto em que esteja em discussão a segregação prematura de um indivíduo a título de prisão preventiva para garantia da ordem pública, o papel do julgador é de suma importância, uma vez que a legislação é omissa quanto ao real significado de “ordem pública”. Trata-se, como aludido anteriormente, de norma aberta e genérica, conceito vago, indeterminado, instável, polissêmico e incerto, que se presta aos interesses da acusação e da defesa e, dependendo de lucidez do Juiz no momento de sua decisão, pode ensejar a decretação da prisão preventiva irrestritamente.

Na esteira do pensamento de Aury LOPES JR. (grifos nossos):

[...] trata-se de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta à Alemanha na década de 30, período em que o nazi-fascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para render. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão ‘bem’ sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.⁸³

Justamente por prestar-se a diferentes senhores e moldar-se, conseqüentemente, aos opostos interesses que estão em jogo no processo criminal, ainda mais importante é a atuação do Juiz nos casos que envolvem a discussão da

⁸³ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 216.

ordem pública. Este, por sua vez, não fica adstrito a concretos referenciais semânticos que o permitam embasar sua decisão.

Assim, a jurisprudência nesse sentido é verdadeira “colcha de retalhos”, não sendo possível identificar, nem mesmo nos Tribunais Superiores, uma unificação nas decisões quanto à manutenção ou não da custódia fundamentada nesse espécime de prisão preventiva.

Se as decisões do Supremo Tribunal Federal, o “Tribunal Constitucional”, devem servir de norte às decisões dos juízes das instâncias inferiores, possibilitando maior unificação na jurisprudência, a estes últimos será necessário entregar uma bússola e um mapa, tantos são os entendimentos dados por aquele órgão quando da análise da constitucionalidade das prisões preventivas decretadas para garantia da ordem pública.

Devido à amplitude de decisões encontradas nesta seara, opta-se no presente manuscrito, por trazer apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal nos *Habeas Corpus* por eles julgados no ano de 2009, as quais são tão atuais quanto discrepantes.

Numa primeira incursão pelas decisões publicadas no sítio oficial do STF, são perceptíveis, de plano, os seguintes entendimentos que justificam a prisão preventiva para preservação da ordem pública: possibilidade de reiteração criminosa; acautelamento do meio social; credibilidade das instituições públicas; gravidade do delito imputado ao agente; *modus operandi* do delito e periculosidade do agente.

A título introdutório é oportuno citar a decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em HC nº 83.868, no qual foi Relator o Ministro Marco Aurélio, através da qual é possível vislumbrar quase todos os entendimentos dado por aquele órgão à noção de ordem pública (grifos nossos):

HABEAS CORPUS. ART. 3º DA LEI 9.613/98. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR. PRISÃO DECRETADA PARA EVITAR A REPETIÇÃO DA AÇÃO CRIMINOSA. RÉU COM PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ART. 312 DO CPP. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES NÃO OBSTAM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. MEDIDA CAUTELAR REVOGADA. 1. Entendo não ser caso de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.613/98, mas, sim, de interpretação conforme à Constituição, para, se interpretar que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá, ou não, apelar em liberdade, verificando se estão presentes, ou não, os requisitos da prisão cautelar 2. A prisão teve como

outro fundamento - além do art. 3º, da Lei nº 9.613/98 - a necessidade de garantia da ordem pública, não só diante da gravidade dos delitos praticados, mas também em razão da personalidade do paciente voltada para o crime. 3. A Magistrada, no momento da prolação da sentença, fundamentou suficientemente a necessidade de decretação da prisão do paciente, não só diante da gravidade dos crimes praticados e da repercussão destes, mas, igualmente, para evitar a repetição da ação criminosa. 4. Tais fundamentos encontram amparo no art. 312 do Código de Processo Penal, que autoriza a prisão cautelar para garantia da ordem pública. 5. Há justa causa no decreto de prisão preventiva para garantia da ordem pública, quando o agente se revela propenso a prática delituosa, demonstrando menosprezo pelas normas penais. Nesse caso, a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do Poder Judiciário.⁸⁴

O primeiro entendimento que apresenta tanto a doutrina, a exemplo de Fernando CAPEZ, quanto os Tribunais, é o de *evitar que o indivíduo solto volte a delinquir*, tratado pelo Supremo Tribunal Federal como “possibilidade de reiteração criminosa”⁸⁵ ou como personalidade do agente voltada para a prática de crimes, esta observável na ementa acima transcrita.

Tal entendimento não pode prosperar. Ensina Aury LOPES JR. que “quando se mantém uma pessoa presa em nome da ordem pública, diante da reiteração de delitos e o risco de novas práticas, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado”⁸⁶.

Nesta hipótese resta evidenciada a presunção de culpabilidade do sujeito e a função do custodiamento preventivo que, em sua totalidade, se distancia dos objetivos das medidas cautelares, pois se baseia, como leciona DELMANTO JR., em “**dupla presunção**: a primeira de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado”⁸⁷ (marcação original). Trata-se, como aduz LOPES JR., “de (absurdo) exercício de vidência por parte dos julgadores, que até onde temos conhecimento ainda não possuem um

⁸⁴ STF – HC nº 83.868 / AM – Amazonas – Rel. Min. Marco Aurélio – Tribunal Pleno – DJ 17.04.2009.

⁸⁵ “A decretação da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública está devidamente fundamentada em fatos concretos a justificar a segregação cautelar, em especial diante da possibilidade de reiteração criminosa, a qual revela a necessidade da constrição.” (STF – HC nº 96.977 / PA – Pará – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – 1ª T – DJ 01.07.2009) (grifo nosso).

⁸⁶ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 214.

⁸⁷ DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 179.

periculosômetro (diria ZAFFARONI) à disposição”⁸⁸. Desse modo, é crassa a violação do princípio da culpabilidade e do princípio da inocência.

Do exposto é possível perceber que intrinsecamente ligada à presunção de reiteração criminosa está a *periculosidade* do agente, figurando conjuntamente na maior parte das decisões⁸⁹. Esta (a periculosidade), tão impossível de ser diagnosticada com concretude quanto a anterior⁹⁰. E justamente por sê-lo, o Supremo Tribunal Federal está se utilizando de mecanismos nada ortodoxos para presumi-la. Assim, a simples ocupação do agente ou o envolvimento dele com determinados grupos sociais excluídos faz dele um inimigo, aquele que deve permanecer encarcerado porque representa um perigo, afirmando que resta evidenciado o *periculum libertatis*.

É o caso do julgado que mantém a prisão preventiva de pessoa pertencente à organização Primeiro Comando da Capital – PCC, considerada por isso perigosa e, por tal razão, merecedora do cárcere⁹¹. Este é um caso ao qual foi aplicado verdadeiro direito penal do autor, em que o indivíduo é punido por ser quem é, pelas suas interações sociais, por pertencer a uma organização criminosa que, em certas circunstâncias, é a única “comunidade” que pode integrar a fim de preservar sua vida, sua integridade física e a de seus familiares. O paciente que teve sua liberdade negada neste *Habeas Corpus* não continuou preso por questões ligadas ao bom

⁸⁸ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 214.

⁸⁹ “Como já decidiu esta Corte, ‘a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos’ (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005), além de se caracterizar ‘pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação’ (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2007)” (STF – HC nº 94.515 / BA – Bahia – Rel. Min. Ellen Gracie – 2ª T – DJ 29.05.2009) (grifos nossos).

⁹⁰ “De toda forma, é configurado um sistema penal cautelar diferente do sistema penal de condenação, no qual operam como pautas a *seriedade da suspeita* de cometimento de um delito (o direito penal entra apenas como critério para a qualificação cautelar) e considerações de periculosidade e dano, provenientes do positivismo do século XIX, o seja, da individualização ôntica do inimigo.

Essa periculosidade, própria do sistema penal cautelar, não se enquadra na velha classificação positivista, posto que não é *pré-delitual* (porque suspeita-se da comissão de um delito) nem *pós-delitual* (porque a periculosidade não pode ser avaliada até que o delito tenha sido comprovado), configurando-se antes como uma terceira categoria alheia às duas tradicionais do positivismo, que é a *periculosidade da suspeita*.” (ZAFFARONI. Eugenio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 110).

⁹¹ “Prisão preventiva visando à garantia da ordem pública. Decisão que, apesar de sucinta, demonstra o *periculum libertatis* evidenciado na circunstância de a paciente integrar a organização criminosa ‘PCC’. Homicídio de policial, motivado pela prisão de membro da facção criminosa, a expressar a periculosidade da paciente” (STF – HC nº 97.260 / SP – São Paulo – Rel. Min. Eros Grau – 2ª T – DJ 24.04.2009).

andamento do processo e à execução da pena e nem mesmo por fatores ligados ao delito do qual está sendo acusado. Ficou preso por ser quem é.

Em se tratando da periculosidade, portanto, “a prisão para garantia da ordem pública atende a uma dupla natureza: pena antecipada e medida de segurança, já que pretende isolar um sujeito supostamente perigoso”⁹².

A *gravidade do delito* e o modo como ele é praticado (*modus operandi*), indicam, igualmente, nos julgados analisados, a periculosidade do agente e são suficientes à manutenção da custódia preventiva⁹³.

Especificamente quanto à prática de delitos considerados graves, tem-se encaminhado o entendimento do STF no sentido de que, isoladamente, não podem manter a prisão⁹⁴. Quando a favor da manutenção do encarceramento, na fundamentação da decisão sempre figuram conjuntamente outros argumentos, como a idéia de periculosidade de quem pratica delito grave ou alguma outra circunstância legal do artigo 312, do Código de Processo Penal⁹⁵.

⁹² LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 217.

⁹³ “EMENTA Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. A presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente não obsta a segregação cautelar. Alegação de ausência de fundamentos concretos que justifiquem a decretação da prisão cautelar do paciente. Não ocorrência. Fundamentação idônea (art. 312 do CPP). Precedentes. 1. A presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente não obsta a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente. 2. O decreto de prisão preventiva, no caso, está devidamente fundamentado, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, sendo certo que não cabe, na via estreita do habeas corpus, adentrar no mérito da ação penal para analisar questões controvertidas sobre a possível inocência do paciente nos fatos a ele imputados. 3. Como bem destacado no voto do eminente Ministro Felix Fisher, Relator do habeas no Superior Tribunal de Justiça, a ‘decretação de prisão preventiva demonstra que a liberdade do paciente acarreta risco à ordem pública. Isto porque, segundo o que consta dos autos, a periculosidade daquele resta evidenciada, não somente em razão da gravidade do crime, mas principalmente em virtude do modus operandi pelo qual a conduta, em tese delituosa, foi praticada, que extrapola o convencional. O paciente é acusado de integrar uma organização criminosa, de grande vulto, responsável pelo tráfico internacional de substâncias entorpecentes, notadamente tendo como destino principal a África do Sul’ (fl. 140). 4. Habeas corpus denegado.” (STF – HC nº 94.465 / SP – São Paulo – Rel. Min. Menezes Direito – 1ª T – DJ 15.05.2009) (grifo nosso).

⁹⁴ “Prisão preventiva para garantia da ordem pública, decretada com fundamento na gravidade abstrata do crime. Fundamentação inidônea. Precedentes.” (STF – HC nº 97.522 / SP – São Paulo – Rel. Min. Eros Grau – 2ª T – DJ 14.08.2009).

⁹⁵ “EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. MOTIVAÇÃO CONCRETA. 1. É legítima a prisão preventiva, para garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal, justificada na circunstância de que o paciente é o principal articulador de organização criminosa voltada ao tráfico local e interestadual de entorpecentes, além de ter encomendado a morte de eventual testemunha da imputação que lhe é atribuída. 2. A segregação cautelar encontra justificativa ainda na circunstância de o paciente ter fugido para outro Estado da Federação, lá permanecendo por longo tempo. Não se tem aí situação em que o acusado foge para impugnar prisão preventiva considerada injusta, mas evidente intenção de furtar-se à aplicação da lei penal. Ordem denegada.” (STF – HC nº 98.371 / RS – Rio Grande do Sul – Rel. Min. Eros Grau – 2ª T – DJ 28.08.2009) (grifos nossos). Neste caso, ao lado da prática de crime grave

O *modus operandi*, igualmente relacionado à periculosidade, não se traduz pela gravidade do delito estipulada pela pena a ele cominada e pelo tratamento dado a ele pelo Código Penal e Leis Extravagantes, a exemplo dos crimes considerados hediondos pela própria legislação, mas se refere à forma como foram realizados os atos de execução do crime (com muita violência, por exemplo). Para o Supremo Tribunal Federal, esse modo através do qual é executada a infração gradua o agente como mais ou menos perigoso à sociedade⁹⁶ e justifica sua segregação.

Não obstante os argumentos expostos sejam insuficientes para encarcerar um indivíduo e tenham sua constitucionalidade bastante questionável, é com suor e lágrimas que se apresentam os mais nefastos entendimentos dados à prisão

(tráfico de entorpecentes), figuram as circunstâncias da conveniência da instrução criminal (morte da testemunha) e da garantia da aplicação da lei penal (fuga para outro Estado da Federação). “EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. EXAME QUE IMPLICA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DECISÃO LASTREADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEMONSTRAÇÃO. IMPETRAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA. ORDEM DENEGADA NESSA EXTENSÃO. I - O pleito quanto à falta de provas para a condenação não pode ser conhecido, uma vez que sequer foi submetido à apreciação pela Corte a quo, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal. II - Presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, em especial o da garantia da ordem pública, existindo sólidas evidências da periculosidade do paciente, supostamente envolvido em gravíssimo delito de tráfico internacional de drogas, ao qual se irroga, ainda, a reiteração das condutas criminosas. III - A atual jurisprudência desta Casa, ademais, é firme no sentido da proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, que ela decorre da inafiançabilidade imposta pelo art. 5º, XLIII, da CF e da vedação legal imposta pelo art. 44 da Lei 11.343/06. IV - Impetração parcialmente conhecida, denegando-se a ordem nessa extensão.” (STF – HC nº 95.169 / SP – São Paulo – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – 1ª T – DJ 19.06.2009) (grifo nosso). Desta feita, o STF conjugou a gravidade delitiva à periculosidade do agente e à reiteração delitiva.

⁹⁶ Nos julgados a seguir STF manteve a prisão preventiva apenas com base no *modus operandi* do crime, o qual origina presunção de periculosidade: “A decretação da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública está devidamente fundamentada em fatos concretos a justificar a segregação cautelar, em especial diante do modus operandi da prática delituosa, o qual revela a periculosidade do agente”. (STF – HC nº 94.121 / DF – Distrito Federal – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – 1ª T – DJ 12.06.2009) (grifo nosso). “EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E RESISTÊNCIA. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DE FATO INCONTROVERSO. POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA: PRESUNÇÃO DE AMEAÇA A TESTEMUNHAS. INIDONEIDADE. PERICULOSIDADE DO AGENTE EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS IRRELEVÂNCIA. 1. Apesar de o rito do habeas corpus não comportar reexame de fatos e provas, é possível operar-se, nessa via, a qualificação jurídica de fatos incontroversos. Precedentes. 2. Prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. Presunção de ameaça a testemunhas. Inidoneidade. 3. Prisão cautelar para garantia da ordem pública. Periculosidade do réu evidenciada pelo modus operandi na prática do crime. Idoneidade. Precedentes. 4. Primariedade, bons antecedentes, residência e trabalho fixos não impedem a prisão preventiva quando presentes os requisitos do artigo 312 do CPP. Precedentes. Ordem denegada.” (STF – HC nº 98.197 / SP – São Paulo – Rel. Min. Eros Grau – 2ª T – DJ 01.07.2009) (grifo nosso). “A periculosidade do agente, aferida pelo modus operandi na prática do crime, consubstancia situação concreta a autorizar a prisão preventiva para garantia da ordem pública”. (STF – HC nº 98.061 / Go – Goiás – Rel. Min. Eros Grau – 2ª T – DJ 21.08.2009)

preventiva para garantia da ordem pública: a *credibilidade das instituições públicas* e o *acautelamento do meio social*, argumentos intrinsecamente vinculados à opinião pública e sujeitos à manipulação pelos *mass media*.

Por *acautelamento do meio social* entende-se uma noção de defesa social, “no sentido de imediata reação ao delito que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade”⁹⁷. Em verdade, acautelar o meio social liga-se diretamente à idéia de satisfação da opinião pública e de pressão da sociedade por uma resposta rápida a um delito que cause repulsa. Em derradeira análise é o clamor público sob outra roupagem, apenas vestindo outra terminologia.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que o clamor público - assim denominado - não enseja a prisão preventiva e não é sinônimo de garantia da ordem pública, razão pela qual tem-se utilizado de eufemismos para fazer referência a ele em suas decisões. O Tribunal o trata por nomes diversos: acautelar o meio social, intranqüilidade no meio social, repercussão social, dentre outros.

A “concreta necessidade de acautelamento do meio social” é um dos entendimentos mais frequentes dado pelo Supremo Tribunal Federal à garantia da ordem pública, isoladamente⁹⁸ ou em conjunto com outros fatores⁹⁹. Este

⁹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 67.

⁹⁸ “Na concreta situação dos autos, o juiz identificou as categorias da ordem pública e do acautelamento do meio social. Identificação, essa, suficiente para preencher a teleologia do art. 312 do Código de Processo Penal, no ponto em que autoriza a prisão preventiva para a preservação da ordem pública; ou seja, a invocação da concreta necessidade de acautelamento do meio social opera como um dos mais expressivos elementos conceituais da preservação da ordem pública enquanto causa da prisão preventiva.” (STF - HC nº 97.049 / PR – Paraná – Rel. Min. Carlos Britto – 1ª T – DJ 07.08.2009) (grifos nossos).

⁹⁹ “1. O fundamento da garantia da ordem pública é suficiente, no caso, para sustentar o decreto de prisão preventiva do paciente. Decreto, afinal, mantido pela sentença condenatória recorrida, com o reconhecimento de que permanecem incólumes os fundamentos da preventiva. Não há como refugar a aplicabilidade do conceito de ordem pública se a concreta situação dos autos evidencia a necessidade de acautelamento do meio social. 2. Quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública. 3. Não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, se este embasa a custódia cautelar a partir do contexto empírico da causa. Contexto, esse, revelador da gravidade concreta da conduta (de violência incomum, aliada ao motivo fútil) e da periculosidade do paciente; sem contar a notícia de fuga do acusado e a dificuldade da respectiva citação.” (STF – HC nº 92.459 / CE – Ceará – Rel. Min. Carlos Britto – 1ª T – DJ 17.04.2009) (grifo nosso). Neste julgado, observa-se que o STF considera a necessidade de acautelar o meio social, mas fundamenta sua decisão também na periculosidade do agente, no *modus operandi* do delito e na gravidade do crime. “A decretação da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública está devidamente fundamentada em fatos concretos a justificar a segregação cautelar, em especial diante da gravidade do delito e da repercussão social.” (STF – HC nº 96.693 / SP – São Paulo – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – 1ª T – DJ 24.04.2009) (grifo nosso). “DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Possível constrangimento ilegal sofrido pelo paciente devido à ausência dos requisitos

entendimento, entretanto, não é pacífico nem mesmo no seio do próprio Tribunal, subsistindo concomitantemente decisões que, apesar de emanadas num prazo de menos de três meses de diferença, se contradizem plenamente.

Ao passo que no HC nº 97.049¹⁰⁰, de relatoria do Ministro Carlos Britto, julgado em 16 de junho de 2009, considerou o acautelamento do meio social razão suficiente para a manutenção da prisão, o elegendo inclusive como “um dos mais expressivos elementos conceituais da preservação da ordem pública enquanto causa da prisão preventiva”, o HC nº 93.477¹⁰¹, cujo Relator foi o Ministro Cezar Peluso, julgado em 10 de março de 2009 o havia recém considerado motivo de constrangimento ilegal.

Quando relacionado com a gravidade do delito as discrepantes decisões também aparecem. Como visto, o acautelamento do seio social nem sempre figura como único argumento a ensejar a custódia preventiva. Muitas vezes se apresenta conjuntamente com outros fatores. Os HCs nº 96.424 (Rel. Min. Ellen Gracie) e nº 96.693 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski)¹⁰², julgados em 10 de março de 2009 e 31 de março de 2009, respectivamente, não concederam o pedido de liberdade aos seus respectivos pacientes fundamentando-se na gravidade delitiva e no acautelamento do seio social.

Ocorre que, como já mencionado, o Supremo Tribunal Federal tem caminhado no sentido de não autorizar a prisão somente com supedâneo na gravidade do crime. No mesmo sentido quanto ao clamor público, de modo que

autorizadores para a decretação de sua prisão preventiva e pela falta de fundamentação idônea da decisão que a decretou. 2. Decreto de prisão preventiva baseado em fatos concretos analisados pelo juiz de direito na instrução processual, podendo se extrair que os fatos imputados aos pacientes são de extrema gravidade e geram intranquilidade para a sociedade e cujos malefícios coletivos são indiscutíveis. Houve fundamentação idônea à decretação da prisão cautelar do paciente. 3. Há justa causa para o decreto de prisão quando se aponta, de maneira concreta e individualizada, fatos concretos que induzem à conclusão quanto à necessidade de se assegurar a ordem pública. 4. A circunstância de o paciente ser primário, ter bons antecedentes, trabalho e residência fixa, à evidência, não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312, do CPP. Precedentes. 5. Habeas corpus denegado.” (STF – HC nº 96.424 / MS – Mato Grosso do Sul – Rel. Min. Ellen Gracie – 2ª T – DJ 3.4.2009) (grifo nosso). Nestes últimos julgados os Ministros consideraram conjuntamente apenas a gravidade do delito e a repercussão social (ou o clamor público).

¹⁰⁰ Ver nota de rodapé nº 94, supra.

¹⁰¹ “EMENTA: AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de acautelar o meio social, a título de garantia da ordem pública. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado na necessidade de aplacar a intranquilidade no meio social, a título de garantia da ordem pública.” (STF – HC nº 93.477 / RJ – Rio de Janeiro – Rel. Min. Cezar Peluso – 2ª T – DJ 15.05.2009) (grifos nossos).

¹⁰² Ver nota de rodapé nº 95, supra.

decisões fundamentadas em ambos os argumentos como as supra mencionadas são duplamente inconstitucionais. Talvez por tal razão o mesmo órgão tenha, num momento de lucidez, julgado o HC nº 95.362¹⁰³, em 10 de março de 2009¹⁰⁴, com relatoria – curiosamente – também do Ministro Cezar Peluso, em sentido completamente oposto. De acordo com a ementa desta decisão, a repercussão social e o clamor público causados pela gravidade do delito são “razões que não autorizam a prisão cautelar”.

Pergunta-se: e a segurança jurídica?

Em boa hora cumpre esclarecer que o clamor público se origina a partir de um grave abalo social, de modo que “havendo certeza da existência do crime e sérios indícios de autoria, sem probabilidade de erro, a prisão preventiva poderia ser decretada para preservar a ordem pública, *naqueles casos em que as peculiaridades sejam repugnantes*”¹⁰⁵, como aduz DELMANTO JR. (itálico original), o qual prossegue:

Evidentemente, não há dúvida que o seio social se sente abalado, perturbado, ao tomar conhecimento destes fatos. Por outro lado, é inegável que a manutenção em liberdade daquele contra o qual pesa sérios indícios de autoria desses crimes ocasiona forte insegurança.¹⁰⁶

São postos em cheque, portanto, o sentimento de insegurança e medo que assolam o meio social e o fazem clamar pela imediata resposta do Estado, de um lado, e do outro, esta resposta, que não pode pautar-se, declaradamente, nesse clamor, mas acaba se utilizando de subterfúgios oferecidos pela linguagem para fazê-lo – ou não – na prática, a cargo do julgador, se transformando, assim, em causa de grave insegurança jurídica.

A única conclusão possível a este impasse, na esteira do pensamento de DELMANTO JR., é a seguinte (marcações originais):

¹⁰³ “EMENTA: AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública e na conveniência da instrução. Exigência da repercussão social e do clamor público causados pela gravidade do delito. Inadmissibilidade. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva que, a título de garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, se baseia na repercussão social e no clamor público causados pela gravidade do fato.” (STF – HC nº 95.362 / SP – São Paulo – Rel. Min. Cezar Peluso – 2ª T – DJ 08.05.2009)

¹⁰⁴ No mesmo dia do julgamento do HC nº 96.424 e pela mesma Turma!

¹⁰⁵ DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 182.

¹⁰⁶ DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 182 -183.

É de se esclarecer, porém, ser **indisfarçável** que, **nesses termos** [clamor público], a 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 **inaceitável instrumento de justiça sumária**.

Não há como negar, com efeito, que ao se aceitar a prisão provisória de alguém, para que a sociedade não se sinta perturbada, amedrontada, desprotegida etc., estar-se-á *presumindo a culpabilidade* do acusado [...].¹⁰⁷

Assim, opta-se pelos *Habeas Corpus* nº 93.477 e nº 95.362, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso, acima declinados, como a corporificação do melhor entendimento.

Destarte, considerando os laços formados entre a gravidade do delito, o *modus operandi* através do qual se deu sua consecução e o conseqüente clamor público por ele gerado, esta conclusão se faz necessária para que não seja respeitado o princípio da inocência apenas quando se estiver diante de infração de natureza leve ou praticada sem violência.

Ora, crimes contra a Ordem Econômica e Tributária e os malfadados crimes de colarinho branco são tão ou mais graves do que aqueles resultantes da violência urbana e atingem um número maior de vítimas.

Observa Carlos Roberto BACILA¹⁰⁸ que não é a classe social que define uma tendência ao crime, ou a uma espécie de crime, mas por razões evidentes, para o desfavorecido economicamente é mais provável praticar um furto de bicicleta, enquanto um indivíduo com condição financeira muito superior terá oportunidade de praticar crimes como corrupção passiva, peculato, estelionato e fraudes contra o sistema financeiro. Estes, no entanto, estão excluídos do rol das infrações que ocasionam clamor público e, em geral, não ensejam o encarceramento prematuro de seus prováveis autores em razão de apresentarem o que referido autor denomina de “maior distância sentimental”¹⁰⁹.

Sobre a repercussão dos crimes, assim se manifesta André Luiz NICOLITT:

¹⁰⁷ DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 183.

¹⁰⁸ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas – Um Estudo Sobre os Preconceitos*. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008. p. 135.

¹⁰⁹ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas – Um Estudo Sobre os Preconceitos*. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008. p. 135. Ainda sobre o tema, ver BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2002. p. 103.

Para estes cultores, a presunção de inocência¹¹⁰ só existe para os delitos de menor gravidade, uma vez que, nos que causam repercussão [e os crimes cometidos sem violência não causam], a presunção é afastada para dar uma resposta ao clamor público, e nem mesmo os bons antecedentes, a primariedade e o domicílio certo podem socorrer nesta hora. Tudo pela preservação da ordem pública, que mal sabemos o que significa.¹¹¹

Por fim, preocupado com a confiança que os cidadãos depositam na prestação jurisdicional justa, célere e efetiva – preocupação esta curiosamente não demonstrada quando das discrepantes decisões acerca do acautelamento do meio social como garantia da ordem pública que geram forte insegurança jurídica – a garantia da ordem pública é também entendida pelo Supremo Tribunal Federal como *credibilidade das instituições públicas*¹¹².

Numa linha cronológica pode-se dizer que a credibilidade do judiciário vem antes do clamor público, pois visa justamente a evitá-lo. Antes que a sociedade possa desacreditar nas instituições públicas e na “Justiça”, encarcera-se o suposto autor do delito, com exemplaridade, para que imediatamente seja fornecida ao seio social uma resposta do Estado.

Ocorre que as instituições públicas devem merecer credibilidade na medida em que atuem na preservação dos direitos constitucionais, mediante utilização de aparato judicial capaz e competente para realizar o princípio da duração razoável do

¹¹⁰ Quanto à expressão “presunção de inocência”, ver item 4.3.

¹¹¹ NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p.121.

¹¹² “DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. 1. Possível constrangimento ilegal sofrido pelo paciente devido à ausência dos requisitos autorizadores para a decretação de sua prisão preventiva. 2. Diante do conjunto probatório dos autos da ação penal, a manutenção da custódia cautelar se justifica para a garantia da ordem pública e para conveniência da instrução criminal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 3. Como já decidiu esta Corte, “a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos” (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005), além de se caracterizar “pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação” (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2007). Outrossim, “a garantia da ordem pública é representada pelo imperativo de se impedir a reiteração das práticas criminosas, como se verifica no caso sob julgamento. A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal” (HC 98.143, de minha relatoria, DJ 27-06-2008). 4. O pressuposto de garantir a instrução criminal se concretizou devido à constatação do fundado temor que a vítima apresenta caso o paciente venha a ser colocado em liberdade, recordando-se que a hipótese é de competência do tribunal do júri, caso em que poderá haver produção de prova oral durante a sessão de julgamento. 5. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. 6. Agravo regimental prejudicado.” (STF – HC nº 97.449 / RJ – Rio de Janeiro. Rel. Min. Ellen Gracie – 2ª T – DJ 26.06.2009) (grifo nosso).

processo sem acarretar responsabilização do réu por um Processo Penal ineficaz, presumindo a culpabilidade e antecipando a pena.

Outrossim, importa ressaltar que o Supremo Tribunal Federal conseguiu tornar ainda mais gravoso o entendimento da credibilidade das instituições públicas, aliada à possibilidade de reiteração criminosa, como fundamentos à segregação preventiva do indivíduo, quando, novamente aplicou verdadeiro direito penal do autor, denegando pedido de liberdade em razão da ocupação profissional (lícita) ocupada pelo agente (HC nº 96.272 e HC nº 97.300).

No primeiro caso, por serem os réus Policiais Civis argumentou-se que “a existência de quadrilha formada por membros de instituição pública voltada à garantia da segurança da sociedade, configura grave ameaça à ordem pública e à paz social, haja vista a insegurança incutida no meio social, que passa a desacreditar nas estruturas sociais formais de combate à criminalidade”¹¹³. No segundo, era paciente um indivíduo dono de meios de comunicação de massa, com fortes influências políticas¹¹⁴.

¹¹³ “HABEAS CORPUS. CRIME DE QUADRILHA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX DA CF. QUADRILHA INTEGRADA POR POLICIAIS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. A PRIMARIEDADE DOS PACIENTES NÃO É OBSTÁCULO AO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. RÉUS QUE PERMANECERAM PRESOS DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. JURISPRUDÊNCIA DO STF. ORDEM DENEGADA. 1. A denúncia preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, eis que descreve, ainda que de forma sucinta, os delitos imputados aos pacientes, assim como o local e o período em que ocorreram, permitindo, assim, o pleno exercício do direito de defesa. 2. Houve fundamentação idônea à manutenção da prisão processual dos pacientes, não tendo o magistrado se valido de “fatos genéricos”, como alega o impetrante. Não houve, portanto, violação ao art. 93, IX, da Constituição da República. 3. Observo que os pacientes são policiais civis e, como ressaltou o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, “a existência de quadrilha formada por membros de instituição pública voltada à garantia da segurança da sociedade, configura grave ameaça à ordem pública e à paz social, haja vista a insegurança incutida no meio social, que passa a desacreditar nas estruturas sociais formais de combate à criminalidade”. 4. A circunstância dos pacientes serem primários, possuírem emprego e residência fixa, à evidência, não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312, do CPP (HC 83.148/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 02.09.2005). 5. Por fim, “é pacífica a jurisprudência desta Suprema Corte de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar” (HC 89.824/MS, rel. Min. Carlos Britto, DJ 28-08-08). 6. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.” (STF – HC nº 96.272 / SE – Sergipe – Rel. Min. Ellen Gracie – 2ª T – DJ 03.04.2009) (grifo nosso).

¹¹⁴ “EMENTA: AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decretação para garantia da ordem pública. Paciente dotado de prestígio político oriundo de relações pessoais e familiares, bem como dos veículos de comunicação de que é proprietário. Intermediação em negociações ilícitas e tráfico de influência. Arts. 288 e 332 do CP. Organização criminosa em condições de continuar atuando. Causa legal caracterizada. Constrangimento ilegal inexistente. HC denegado. Aplicação do art. 312 do CPP. Precedentes. É legal, a título de garantia da ordem pública, o decreto de prisão preventiva de acusado que, proprietário de veículos de comunicação e de elevado prestígio político, integraria organização criminosa em condições de continuar operando mediante sua influência.” (STF – HC nº

Em ambos os casos a supressão do direito fundamental à liberdade se mostra totalmente desnecessário. Bastaria que fossem os réus afastados de seus locais de trabalho e impedidos de exercerem suas funções até o advento da sentença.

Analisados alguns dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal no corrente ano acerca da concessão ou não de ordem de *Habeas Corpus* a pacientes presos preventivamente com fundamento na garantia da ordem pública, a conclusão mais acertada não é outra senão a de Odoné SANGUINÉ:

[...] quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito, etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada¹¹⁵ incompatíveis com sua natureza.¹¹⁶

Isto posto, uma vez retirado o véu que encobre a decretação da prisão preventiva com fulcro na preservação da ordem pública, são revelados não os motivos ensejadores da supressão cautelar da liberdade de um indivíduo, mas a ficta noção de ordem, de reordenar o ambiente, colocando os excluídos em seu devido lugar de exclusão (ou seja, fora do convívio social dos “cidadãos de bem”), pautada no clamor público por uma resposta estatal, a qual – se não for dada – pode comprometer a credibilidade das instituições públicas, na periculosidade do agente averiguada a partir da gravidade delitiva, do *modus operandi* do crime e da presunção de reiteração, não no perigo de dano irreparável (traduzido para o Processo Penal pela melhor doutrina como *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*), necessário à decretação das medidas cautelares.

97.300 / ES – Espírito Santo – Rel. Min. Cezar Peluso – 2ª T – DJ 08.05.2009) (grifos nossos). Este julgado adequa-se melhor à *reiteração criminosa*, mas optou-se por mencioná-lo nesta oportunidade em virtude de se assemelhar muito com a decisão anterior e, igualmente à noção de credibilidade das instituições públicas que visam evitar o surgimento de clamor público, neste caso concreto o STF quis impedir, justamente, que em liberdade o agente influenciasse a opinião pública, por se tratar de indivíduo bem relacionado politicamente e dono de meios de comunicação.

¹¹⁵ Ver item 4.4.2.

¹¹⁶ SANGUINÉ, Odone. A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva. In: Revista de Estudos Criminais, nº 10. Porto Alegre: Nota Dez, 2003. p. 114.

4. DO ENCARCERAMENTO PREMATURO DO INDIVÍDUO A TÍTULO DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: APONTAMENTOS CRÍTICOS

Para que seja possível discorrer sobre a abusiva aplicação do instituto da prisão cautelar e o papel da prisão preventiva para garantia da ordem pública como efetiva medida de segurança pública e de antecipação de pena, num processo penal de emergência, parte-se de alguns conceitos que defendem e projetam um sistema de *garantias individuais máximas e Direito Penal mínimo*, a seguir.

4.1. Violência urbana, mídia e a legitimação dos discursos repressivos

Como primeira análise, é imperiosa a distinção entre qualquer forma de violência e a noção específica de “violência urbana”.

Considerando violência o “uso da força em contrariedade ao direito”¹¹⁷, então o conceito de violência em sentido lato aqui utilizado não engloba qualquer conduta desviante que seja assim entendida por questões meramente éticas ou morais, mas apenas aquelas que ferem o ordenamento jurídico.

Isso porque, de acordo com NICOLITT, a violência em contrariedade ao direito ou *violência criminalizada* é aquela “que exercerá maior pressão, contribuindo sobremaneira para as distorções no processo penal”¹¹⁸, e portanto, sobre a qual interessa tratar.

Nesse sentido, violência não tem sujeito ativo ou passivo pré-definido. Atos de força contrários ao Direito não são cometidos por indivíduos específicos, nem mesmo precisam ter como autores ou vítimas pessoas determinadas (ou determináveis). Basta pensar, por exemplo, numa Lei contrária à Constituição, que é, por si só violenta contra todos os cidadãos a ela sujeitos.

A violência urbana, por sua vez, ainda na esteira do raciocínio de NICOLITT, “ao contrário de outros tipos de violência, atinge uma camada da sociedade que tem poder de pressão, que grita e clama por soluções”¹¹⁹. Diferentemente de outras manifestações de violência, a exemplo das que se dão no âmbito rural ou no interior

¹¹⁷ NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 13.

¹¹⁸ NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 14.

¹¹⁹ NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 31.

de uma penitenciária e que, conseqüentemente, ficam adstritas à vítimas que são excluídas do convívio social urbano e, portanto, não exercem poder de pressão sobre a mídia e as instituições públicas. Para fazê-lo, os “incluídos”, vitimizados pela violência urbana (em especial a classe média e alta), exercem ingerência sobre e, conseqüentemente, contam com o apoio de importantes instrumentos de disseminação de ideologia, por exemplo, os meios de comunicação e a política¹²⁰.

Outrossim, é na cidade que reside a maior parte da população brasileira¹²¹, de modo que é incontável o número de vítimas potenciais desta modalidade de violência.

Dentro das cidades, não obstante o clamor de uns seja mais audível do que o de outros, não só as classes média e alta, porém todos os cidadãos estão sujeitos à violência, diferentemente das outras questões sociais que – como supra mencionado – só atingem aqueles que não têm pleno acesso aos bens e serviços oferecidos e que circulam naquela urbe (moradia, saneamento, saúde, etc.) e de outras formas de violência como a rural (escravidão, por exemplo) que, apesar da gravidade, quase não são socialmente percebidas, por uma razão qualitativa acerca das vítimas que atingem.

A violência urbana, portanto, no mesmo sentido da conceituação *lato sensu* de violência acima defendida, trabalha com a noção de atos de força cometidos em contrariedade ao ordenamento jurídico, porém, com as especificidades da área urbana. Ou seja, corroborando com NICOLITT, a violência urbana criminalizada é:

[...] o resultado dos atos de força contrários ao direito que ocorrem geralmente nos centros urbanos em razão das peculiaridades deste espaço, refletindo também sobre a construção e a organização do espaço e dos comportamentos no espaço urbano, ou seja, ligados a questões como relações de trabalho desenvolvidas nas cidades, transporte, zoneamento urbano, equipamentos e mobiliários urbanos, exclusão social no contexto urbano, serviços públicos e privados disponíveis, contradições econômicas e culturais existentes na cidades.

¹²⁰ Em verdade, são as classes média e alta, uma parcela das vítimas da violência urbana, que tem maior poder de pressão, que criam e disseminam ideologias, de modo que não somente influenciam as decisões políticas dos representantes já eleitos, como determinam a elegibilidade efetiva do candidato. Ou seja, combater violência com políticas de segurança pública e não raras das vezes através da defesa de discursos repressivos e supressores das garantias individuais (tolerância zero, lei e ordem, p.ex.), se tornou quase um pré-requisito necessário à eleição de qualquer indivíduo a qualquer cargo público.

¹²¹ Conforme dados revelados em mapa referente ao ano de 2005, consultado no sítio <www.ibge.gov.br>, em data de 19 de agosto de 2009, a porcentagem da população que reside em área urbana no Brasil é superior a 80%.

Em termos claros e práticos¹²², a violência urbana que se quer analisar corporifica-se, v.g., nos roubos nos sinais de trânsito, sequestros-relâmpago para utilização de bancos eletrônicos (Caixa Rápido), furtos de telefones celulares, roubos a ônibus, fechamento de vias e escolas em razão da ação de traficantes, conflitos de grupos armados nas favelas e fora delas, o constrangimento ilegal de moradores da favela que, por vezes, são obrigados a guardar armas, drogas, esconder traficantes e obedecer a toques de recolher; a ação policial abusiva contra comunidades carentes; o extermínio de crianças e adolescentes; a exploração infantil, a corrupção de menores, ou seja, tudo que consta nos noticiários diariamente.¹²³

Esta é, portanto, a modalidade de violência que atrai maior atenção dos *mass media* e que invade os olhos e os ouvidos do espectador, do leitor e do ouvinte não somente nos noticiários, mas não seria arriscado afirmar que em todos os instrumentos de comunicação capazes de transmitir idéias, do que não escapam novelas, cujos autores, muitas vezes sem conhecer o Direito fazem afirmações tecnicamente erradas, porém dotadas de cunho explicitamente repressivo, no sentido da proteção máxima dos direitos constitucionais individuais do “mocinho” em detrimento total dos do “bandido”, num diálogo entre uma ficta plenitude do *bem* de um lado e do *mal* de outro; os programas de auditório e os que se intitulam “jornalismo policial”, bastante penetráveis principalmente nas classes mais baixas; os programas políticos; além de toda mídia não-televisada.

Violência vende. E o que vende, na sociedade do lucro, pode ser manipulado, aumentado, distorcido. Assim, argumentos como a impunidade, a insegurança, o medo são disseminados sem qualquer critério.

Sobre o tema, NICOLITT:

[...] através dos instrumentos midiáticos acabamos por formar falsas idéias sobre a violência, cultivamos falsas causas, falsos efeitos, sujeitos soluções vilões. Às vezes, de forma irresponsável, comprometem instituições e conquistas sociais, utilizando-se de argumentos deletérios para a própria sociedade, como a impunidade e o aumento da violência.¹²⁴

Pelo poder de persuasão que lhes é ínsito, não a violência urbana efetivamente atuante na sociedade - a qual não se pretende negar -, mas a violência

¹²² E exemplificativos, conforme é possível se extrair da nota de rodapé explicativa nº 51, na obra NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 22.

¹²³ NICOLITT, André Luiz. NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. pp. 21-22.

¹²⁴ NICOLITT, André Luiz. NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 37.

que é veiculada pelos meios de comunicação de massa e da forma que é por eles exposta, gera uma atmosfera de histeria e medo generalizados.

Num país que contempla tamanha miséria social, desemprego, falta de saúde e educação, a maior preocupação do brasileiro ultrapassa as desigualdades sociais para se unificar num só problema: a segurança.

Em especial a segurança que ameaça o sentimento de comunidade, questão tratada com propriedade por Zygmunt BAUMAN. O autor demonstra que a unidade e a paz com que se sonha não se recupera mais nas organizações sociais contemporâneas, nem o farão nas futuras. Atualmente, toda unidade e todo consenso é construído forçosamente¹²⁵. Para ele:

A comunidade de entendimento comum, mesmo se alcançada, permanecerá portanto frágil e vulnerável, precisando para sempre de vigilância, reforço e defesa. Pessoas que sonham com a comunidade na esperança de encontrar a segurança de longo prazo que tão dolorosamente falta lhes faz em suas atividades cotidianas, e de libertar-se da enfadonha tarefa de escolhas sempre novas e arriscadas, serão desapontadas. [...] a comunidade *realmente existente* se parece com uma fortaleza sitiada, continuamente bombardeada por inimigos (muitas vezes invisíveis) de fora e frequentemente assolada pela discórdia interna; trincheiras e baluartes são os lugares onde os que procuram o aconchego, a simplicidade e a tranquilidade comunitárias terão que passar a maior parte de seu tempo.¹²⁶

A liberdade, em tal formatação social, não casa com segurança, em especial se analisada sob o ponto de vista “dos muitos que se encontram na situação de compartilhar o destino dos escravos hebreus no Egito, a quem o faraó dizia que deviam continuar a produzir tijolos enquanto lhes negava a palha de que precisavam para que os fizessem”¹²⁷.

Sob o ponto de vista daqueles que não precisam da prestação do Estado, pois têm condições de pagar pela sensação de segurança e pela falsa liberdade, BAUMAN aduz:

As ‘comunidades cercadas’ pesadamente guardadas e eletronicamente controladas que eles compram no momento em que têm dinheiro ou crédito suficiente para manter distância da ‘confusa intimidade’ da vida comum da cidade são ‘comunidades’ só no nome. O que seus moradores estão

¹²⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 19.

¹²⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 19

¹²⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 26.

dispostos a comprar ao preço de um braço ou uma perna é o direito de manter-se à distância e viver livre dos intrusos. ‘Intrusos’ são todas as outras pessoas, culpadas de ter suas próprias agendas e viver suas vidas do modo como querem. A proximidade de outras agendas e de modos de vida alternativos solapa o conforto de ‘acabar rapidamente e começar do começo’, e por isso os ‘intrusos’ são objetos de ressentimento porque visíveis e embaraçosos. ‘Desocupados’ e pessoas ‘à espreita’ são os objetos do temor e ódio dos Don Giovannis de hoje, e é a distância em relação a estes tipos, prometida pela guarda fortemente armada em constante ronda e pela densa rede de câmeras espiãs que torna as ‘comunidades cercadas’ tão atraentes e procuradas e acaba por ser o ponto mais destacado pelos agentes imobiliários, acima de qualquer outro traço, em seus anúncios.¹²⁸

A noção de falta de segurança, portanto, é ficta na mesma medida em que é ficta a noção de “paz social”, porém mais aceitável e com mais elevado valor venal do que a verdade de uma sociedade de conflito¹²⁹, vez que se a paz é a ordem, a inércia, e o movimento é a desordem, o conflito, ainda que em alguns aspectos pacífica, a organização social não deixará de ser senão conflituosa em sua última análise.

Não bastasse o medo, são vendidas pelos mesmos meios de comunicação, soluções aparentemente milagrosas e imediatas, com discursos convincentes que fazem parecer que o combate à violência urbana pode ser fácil. Defendem de modo irresponsável o aumento de penas, o recrudescimento das leis penais e processuais penais, a redução da maioria penal, a construção de novas penitenciárias, a execução da pena após sentença condenatória, porém antes do trânsito em julgado e, por óbvio, o encarceramento prematuro de indivíduos a título de prisão cautelar.

Assim, prepara-se o terreno perfeito ao advento de políticas institucionalizadas de “lei e ordem”, como explica Aury LOPES JR. (itálicos originais):

[...]. O discurso da lei e da ordem conduz a que aqueles que não possuem capacidade para *estar no jogo* sejam detidos e neutralizados, preferencialmente com o menor custo possível. Na lógica da eficiência, vence o *Estado Penitência*, pois é mais barato excluir e encarcerar do que restabelecer o *status* de consumidor, através de políticas públicas de inserção social. Trata-se de uma consequência (penal) do afastamento do Estado do setor social, onde um menos Estado-providência necessita de um Estado (mais) penal para conter a decorrente marginalização social.¹³⁰

¹²⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. pp. 52-53.

¹²⁹ Ver Capítulo 3.

¹³⁰ LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 13.

Constrói-se, portanto, uma sociedade que estigmatiza e rotula alguns inimigos, a quem se deve aplicar tolerância zero.

Nesse sentido, a atmosfera de alarme social que identifica esses inimigos gera também um sentimento de solidariedade entre os integrantes da sociedade, da forma que leciona Alessandro BARATTA (itálicos originais):

Na opinião pública, enfim, se realizam, mediante o efeito dos *mass media* e a imagem da criminalidade que estes transmitem, processos de indução de *alarme social* que, em certos momentos de crise do sistema de poder, são diretamente manipulados pelas forças políticas interessadas, no curso das assim chamadas campanhas de 'lei e ordem'¹³¹, mas que, mesmo independentemente destas campanhas, limitadas no tempo, desenvolvem uma ação permanente para a conservação do sistema de poder, obscurecendo a consciência de classe e produzindo a falsa representação de solidariedade que unifica todos os cidadãos na luta contra um "inimigo interno" comum.

O resultado prático imediato dos discursos repressivos veiculados na mídia e de políticas de segurança pública como a "lei e ordem" na opinião pública é a cobrança do Estado por uma *resposta*. Os representantes populares junto ao Poder Legislativo as dão, através da diuturna *fúria legiferante*, criando novas leis penais de caráter extravagante aos Códigos e coerentes com o discurso repressivo emanado, como exemplo primeiro a Lei de Crimes Hediondos e outras como a Lei Seca e a Lei Maria da Penha¹³².

Esquecem-se tais representantes, entretanto, que a resposta aos crimes é dada pelo Estado e não por seus indivíduos, justamente para oferecer a resposta justa. E justiça não como sinônimo de severa punição – como costumam irresponsavelmente utilizar os meios de comunicação com o intuito de inflar a opinião pública – mas como sinônimo de *respeito às garantias constitucionais*: verdadeira realização do devido processo legal, obediência ao estado de inocência e à dignidade da pessoa humana.

¹³¹ As quais são tratadas abaixo, neste mesmo capítulo.

¹³² "O *law and order* é pura propaganda enganosa, que nos fará mergulhar numa situação ainda mais caótica. É mais fácil seguir no caminho do Direito Penal simbólico, com leis absurdas, penas desproporcionais e presídios superlotados, do que realmente combater a criminalidade [aqui, sem qualquer ilusão de pleno combate ao crime – uma vez considerada a sociedade de conflito em que a maioria dos indivíduos têm atitudes socialmente desviantes e, muitas vezes, delitivas]. Legislar é fácil e a diarréia legislativa brasileira é prova inequívoca disso." (LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 18.)

Nesse sentido, NICOLITT:

Criou-se uma falsa idéia de que os problemas sociais se resolvem através de leis [...]. Surgindo um problema social, logo uma lei para solucioná-lo, como se esta fosse uma panacéia. A norma, abstrata e genérica, vem ganhando concretude em seu nascedouro, na medida em que, muitas vezes, fatos concretos e episódicos acabam sendo a razão direta da atividade legislativa.¹³³

Assim, “a intervenção penal não objetiva mais tutelar com eficácia os bens jurídicos considerados essenciais para a convivência em sociedade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e a opinião pública”¹³⁴, realizando, dessa forma, não um Direito Penal eficaz, justo e acima de tudo constitucional, mas um Direito Penal *simbólico*, de efeito meramente psicológico, criando nos cidadãos a falsa impressão de tranquilidade e nos legisladores e aplicadores do Direito a sensação de “missão cumprida”.

Como conseqüente necessário de um Direito Penal material simbólico, apresenta-se um Direito Processual Penal emergencial, fundado na mesma simbologia acima exposta, através do qual o próprio processo seria a resposta e não um instrumento assegurador das garantias constitucionais. É o que NICOLITT chama de “processo penal de satisfação imediata”¹³⁵.

Cria-se, portanto, uma fantasia – aparentemente convincente – de que a opinião pública está tendo seus anseios atendidos e, assim, *reproduz e perpetua* a ideologia da repressão, legitimada pelas práticas típicas de um verdadeiro Estado Policial construído à sombra de um Estado formalmente Democrático de Direito¹³⁶.

¹³³ NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 55.

¹³⁴ PIERANGELLI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: RT, 1996. p. 10.

¹³⁵ NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 03.

¹³⁶ Nesse sentido LÖIC WACQUANT quando trata do Direito Penal de emergência que se instaurou nos Estados Unidos: “As estruturas sociais e econômicas desaparecem para dar lugar a um raciocínio de tipo marginalista, que situa as causas coletivas no patamar das ‘desculpas’, a fim de melhor justificar sanções individuais. Implementadas sem exercer nenhuma pressão durável sobre os mecanismos geradores da conduta delinvente, essas sanções não podem ter outra função senão a de sublinhar, no plano simbólico, a autoridade do Estado (com vistas aos dividendos eleitorais) e de reforçar, no plano material, seu setor penal em detrimento do seu setor social.” (WACQUANT, LÖIC. *Punir os Pobres: A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos [A Onda Punitiva]*. Trad. Sergio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro; Revan, 2007. p. 36).

4.2. A prisão como melhor instrumento a serviço do direito penal simbólico

O cárcere é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo não liberal, desigual, atípica, ao menos em parte extra-legal e extra-judicial, lesiva à dignidade da pessoa, penosa e inutilmente aflitiva. Nascido do projeto iluminista de mitigação e racionalização das penas, não parece mais idôneo – porque não pertinente ou não necessário – para satisfazer a nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal: a prevenção do delito, dado o caráter criminógeno do cárcere, destinado a sempre funcionar como escola de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada; a prevenção da vingança privada e da punição informal, satisfeita, na atual sociedade da mídia, muito mais pela publicidade do processo e pelo caráter simbólico e estigmatizante da condenação.¹³⁷

Zygmunt BAUMAN quando fala da difícil coexistência entre segurança e liberdade¹³⁸, menciona os escritos de FREUD em “O mal-estar” e em “O futuro da ilusão”, oportunidade em que é possível entender o pensamento deste autor sobre o controle social.

BAUMAN aduz que:

[...] era unânime em sua convicção de que, embora alguns espécimes seletos da humanidade pudessem dominar a arte do autocontrole, todos os demais, e isso quer dizer a vasta maioria, precisavam da coerção para continuar vivos e permitir que os outros vivessem.¹³⁹

Isso porque para FREUD as massas “naturalmente preguiçosas e surdas à voz da razão”¹⁴⁰, não afetam ao trabalho mas sim às paixões, precisavam ser controladas, não havendo possibilidade de existir a qualquer tempo uma civilização que não necessitasse desse tipo de coerção.

Por esta razão, esclarece BAUMAN¹⁴¹, a rebelião das massas é, para FREUD, caso para a lei e a ordem, caso para a polícia.

Infere-se dos comentários do referido autor acerca do pensamento Freudiano, portanto, que há dois pesos, duas faces: um para as massas, outro para os seletos

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *A Pena em uma Sociedade Democrática*. In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, ano 01, nº 01. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Relume Dumará, 1996. p. 36.

¹³⁸ Na obra BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

¹³⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 28.

¹⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 29.

¹⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 29.

espécimes da humanidade capazes de se autocontrolarem. Assim, igualmente o “moderno arranjo – capitalista – do convívio humano tinha uma forma de Jano: uma face era emancipatória, a outra coercitiva, cada uma voltada para um setor diferente da sociedade”¹⁴².

Não obstante tais reflexões remetam à Europa pré-Revolução Industrial, não há o que se olvidar quanto à atualidade das mesmas.

Inclinando o olhar sobre a sociedade brasileira contemporânea, o que não escapará à visão do observador será um Estado igualmente bi-facetado, ou seja, organizado econômica, política e socialmente em duas faces: uma emancipatória direcionada aos atores do mercado, aqueles que realizam o contrato social e uma coercitiva, voltada aos inimigos desse mesmo mercado, aos excluídos.

Tal organização precisa ser mantida, preservada e reproduzida e para isso se vale do Direito Penal e Processual Penal, que efetivamente realizam a face coercitiva desse Estado e se voltam para as massas - aquelas incapazes de se autocontrolarem - para impor-lhes limites às suas paixões e ensinarem-lhes o valor do trabalho.

A serviço deste Direito Penal e Processual Penal está o seu melhor instrumento: o *cárcere*.

A prisão é o aparelho disciplinar exaustivo da sociedade capitalista que tem como objetivo precípuo o de gerar transformações nos indivíduos¹⁴³, em torná-los corpos dóceis e úteis, através de três esquemas: a *cela*, a *oficina* e o *hospital*, assim explicados por Michel FOUCAULT (grifos nossos):

[...] se pede à prisão que seja ‘útil’, no fato de que a privação de liberdade – essa retirada jurídica sobre um bem ideal – teve, desde o início, que exercer um papel técnico positivo, realizar transformações nos indivíduos. E para esta operação o aparelho carcerário recorreu a três grandes esquemas: o esquema político-moral do isolamento individual e da hierarquia; o modelo

¹⁴² BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 29.

¹⁴³ Não obstante as críticas a este papel do cárcere de disciplinador dos corpos defendida por Michel FOUCAULT, a exemplo das feitas por Alessandro de GIORGI, quando defende a idéia de multidão que precisa ser vigiada num sistema pós-fordista ou pós-disciplinar, em que o controle não é mais exercido sobre o corpo (o corpo nem seria mais facilmente localizável), mas sobre a multidão, opta-se, ainda assim, pela visão Foucaultiana. Ora, GIORGI traz as novas formas de controle como uma tendência, a qual ainda não pode ser observada no Brasil. A idéia de disciplinar, docilizar e tornar útil o indivíduo é mais evidente, pois há necessidade e utilidade na hierarquia, em que existam aqueles que ocupem posições subalternas e prestem serviços aos seus superiores. Que empresário não precisa daquele que passe seu café e lustre seus sapatos, e o faça nos horários determinados e sem reclamar? Sobre a questão ver GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

econômico da força aplicada a um trabalho obrigatório; o modelo técnico-médico da cura e da normalização. A cela, a oficina e o hospital.¹⁴⁴

Primeiramente, quanto ao isolamento dos indivíduos nas *celas*, cumpre destacar que é falacioso no sentido de que representa a realização da igualdade formal, uma vez que a liberdade é, nas palavras de FOUCAULT, “um bem que pertence a todos da mesma maneira”¹⁴⁵, de modo que a “sua perda tem, portanto, o mesmo valor para todos; melhor que a multa, ela é o ‘castigo igualitário’.”¹⁴⁶

Esta visão exerce o papel de mistificar o Direito Penal, encobrindo-o com uma aura de igualdade que, na realidade, se distancia completamente da sua função simbólica a favor do modo capitalista de produção. Isso porque um sistema punitivo que se embasa em tipos penais e mecanismos de controle social construídos de modo desigual, em obediência ao interesses das elites políticas e econômicas, jamais poderá ser igualitário no seu âmbito de aplicação prática, pois, ainda que a liberdade seja cara a todos os indivíduos, independente de sua classe social, a punição só irá incidir sobre alguns indivíduos – aqueles sujeitos estigmatizados(áveis)¹⁴⁷.

¹⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 208.

¹⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 196.

¹⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 196.

¹⁴⁷ Destaque para a crítica de Juevez Cirino dos SANTOS (itálicos originais): “O salto qualitativo da Criminologia Radical é representado pela superação do paradigma *etiológico* tradicional e pelo estudo do sistema punitivo como *sistema dinâmico de funções* do modo capitalista de produção, negando o mito do direito penal igualitário: a crítica ao sistema punitivo concentra-se no processo de criminalização, destacando os mecanismos de produção e aplicação de normas penais e de execução das penas criminais. A produção de normas penais promove uma simultânea *seleção* de tipos legais e de indivíduos estigmatizáveis: a estrutura de interesses protegidos (elites de poder econômico e político) e as condutas ofensivas desses interesses pré-selecionam os sujeitos estigmatizáveis. Assim, o caráter ‘fragmentário’ do direito penal, definido pela idoneidade técnica de certas matérias (e não outras) para a incriminação, oculta a proteção de interesses das classes e grupos sociais de poder econômico e político (e a imunização processual de sujeitos dessas classes, ou ligados, funcionalmente, à acumulação do capital) e a criminalização de comportamentos típicos das classes e grupos sociais subalternos, especialmente os marginalizados do mercado de trabalho. Esse mecanismo não se limita à seleção de tipos legais de comportamentos proibidos, mas inclui variações na natureza e intensidade da punição: máximo rigor para comportamentos característicos das massas marginalizadas do mercado de trabalho e de consumo (especialmente em ações contrárias às relações de produção) e ausência de rigor para comportamentos característicos das elites de poder econômico e político (especialmente em ações ligadas funcionalmente à estrutura das relações de produção), como a criminalidade econômica ou financeira, por exemplo (Baratta, 1978, p. 9-11).

A pesquisa histórica mostra que a aplicação das normas criminais depende da posição de classe do acusado, uma *variável independente* que minimiza ou cancela princípios de hermenêutica ou de dogmática jurídica, instituindo um autêntico *direito penal do autor*: indivíduos pertencentes aos grupos marginalizados do mercado de trabalho reúnem as maiores possibilidades de criminalização;

A despeito de ser instrumento a serviço de tal desigualdade e de ter sua clientela fruto da seletividade do Direito Penal, característica que repercute em toda a sociedade, especificamente nos indivíduos encarcerados, o isolamento proporcionado pelo cárcere objetiva suscitar nestes a reflexão e o remorso, possibilitando a submissão total¹⁴⁸.

Em segundo lugar, destaca-se o aspecto econômico (a *oficina*), a ser analisado sob duas vertentes.

Inicialmente, ele se materializa no trabalho penal, “que deve ser concebido como sendo por si mesmo uma maquinaria que transforma o prisioneiro violento, agitado, irrefletido em uma peça que desempenha seu papel com perfeita regularidade”¹⁴⁹. Assim, o cárcere fabrica “indivíduos-máquinas”, na expressão de FOUCAULT, mas também proletários, de modo que “impõe ao detento a forma

por outro lado, a posição precária no mercado de trabalho (subocupação, mão-de-obra desqualificada etc.) ou defeitos de socialização ou de escolarização, constituem variáveis intervenientes no processo de criminalização (Baratta, 1978, p. 11-12).” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. pp. 44-46).

Alessandro BARATTA, por seu turno, também realiza esta crítica relacionando o caráter fragmentário e seletivo do Direito Penal e os mecanismos de criminalização primário e secundário (itálicos originais): “No que se refere à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o ‘caráter fragmentário’ do direito penal perde a ingênua justificação baseada sobre a natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias, e não de outras, para ser objeto de controle penal. Estas justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder.

Os mecanismos da criminalização secundária acentuam ainda mais o caráter seletivo do direito penal. No que se refere à seleção dos indivíduos, o paradigma mais eficaz para a sistematização dos dados da observação é o que assume como variável independente a posição ocupada pelos indivíduos na escala social.

As maiores *chances* de ser selecionado para fazer parte da ‘população criminosa’ aparecem, se fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia *liberal* contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o *status* de criminoso é atribuído.” (BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2002. p. 165).

¹⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. Raquel Ramalheite. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 199-200.

¹⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. Raquel Ramalheite. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 203.

‘moral’ do salário como condição de sua existência. O salário faz com que se adquira ‘amor e hábito’ ao trabalho; dá a esses malfeitores que ignoram a diferença entre o meu e o teu o sentido da propriedade”¹⁵⁰.

Faz-se, assim, a docilização dos inimigos, com base na ficção de que, desse modo, poderão retornar às fábricas como indivíduos úteis ao mercado lícito. A utilidade real do trabalho penal, entretanto, não é, como ensina FOUCAULT, nem o lucro, “nem mesmo a formação de uma habilidade útil; mas a constituição de uma relação de poder, de uma forma econômica vazia, de um esquema da submissão individual e de seu ajustamento a um aparelho de produção”¹⁵¹.

Isso porque se está diante de uma economia incapaz de abarcar toda a mão-de-obra, que gera um exército de reserva excluído do mercado lícito.

Juarez Cirino dos SANTOS, quando menciona os trabalhos de RUSCHE, afirma que “o mercado de trabalho é o determinante fundamental do sistema de justiça criminal e, portanto, a categoria principal para explicar o sistema penal”, desdobrado na seguinte dicotomia (itálicos originais):

a) se a força de trabalho é *insuficiente* para as necessidades do mercado, a punição assume a forma de trabalho forçado, com finalidades produtivas e preservativas da mão-de-obra; b) se a força de trabalho é *excedente* das necessidades de mercado, a punição assume a forma de penas corporais, com destruição ou extermínio da mão-de-obra: a abundância torna desnecessária a preservação.¹⁵²

Assim, quanto maior o excedente de mão-de-obra, maior a prisão. Por outro lado, quando insuficiente a mão-de-obra a que existe deve ser reservada, então menor a prisão, culminando nas hipóteses de Ivan JANKOVIC trazidas na obra “A Criminologia Radical” (itálicos originais):

a) se existe *relação inversa* entre condições do mercado e prisão: se as condições do mercado deterioram, a prisão aumenta; se as condições do mercado melhoram, a prisão diminui; b) existe *relação de convergência* entre forma de punição e situação do mercado: se a força de trabalho é

¹⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 204.

¹⁵¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 204.

¹⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. pp. 61-62.

insuficiente, a economia e a punição a preservam; se a força de trabalho é abundante, a economia e a punição a destroem.¹⁵³

Ainda no aspecto econômico, a privação de liberdade, como indica FOUCAULT, “permite quantificar exatamente a pena segundo a variável do tempo”, ou seja,

[...] retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a idéia de que a infração lesou, mais além da vítima, a sociedade inteira. Obviedade econômico-moral de uma penalidade que contabiliza os castigos em dias, em meses, em anos e estabelece equivalências quantitativas delito-duração. Daí a expressão tão freqüente, e que está tão de acordo com o funcionamento das punições, se bem que contrária à teoria estrita do direito penal, de que a pessoa está na prisão para ‘pagar sua dívida’. A prisão é ‘natural’ como é ‘natural’ na nossa sociedade o uso do tempo para medir as trocas.¹⁵⁴

Isso porque de acordo com o conceito burguês de tempo, ele é “medida geral e abstrata do valor da mercadoria”¹⁵⁵. O tempo está para a economia para determinar o valor do trabalho, ao passo que está para o Direito como critério de estabelecimento da retribuição equivalente do delito através da privação de liberdade. O tempo é o “valor de troca” da mercadoria, a “forma salário” da prisão no modelo Capitalista¹⁵⁶.

Nesse sentido, na prisão preventiva para garantia da ordem pública, que não apresenta as características de prisão cautelar e não tem natureza jurídica de pena, o tempo é precioso demais para ser desperdiçado. Ademais, não há como se pensar em tempo de retribuição proporcional ao delito quando se inflige ao sujeito castigo antecipado previamente à cominação da pena definitiva por sentença condenatória passada em julgado.

Por derradeiro, o cárcere apresenta a função de cura e de normalização do indivíduo (o *hospital*). De acordo com as lições de Michel FOUCAULT, o tempo de privação de liberdade “deve se ajustar à transformação ‘útil’ do detento no decorrer

¹⁵³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. p. 70.

¹⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 196.

¹⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. p. 67.

¹⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. pp. 87-88.

de sua condenação”¹⁵⁷, sendo avaliada gradativamente sua “cura”. Esta não é uma relação proporcionalmente direta à gravidade do delito, mas ao “desenvolvimento” do comportamento do agente à medida em que permanece encarcerado, a fim de que, quando em liberdade, esteja novamente disciplinado, requalificado como sujeito de direito, docilizado e seja útil.

Infere-se do exposto, portanto, que o sistema carcerário apresenta:

[...] função de dupla reprodução: reprodução das desigualdades das relações sociais capitalistas (pela garantia da separação trabalhador/meios de produção) e reprodução de um setor de estigmatizados sociais, recrutado do exército industrial de reserva, qualificado negativamente em dois sentidos: pela posição estrutural de marginalizado social (fora do mercado de trabalho) e pela imposição superestrutural de sanções estigmatizantes (dentro do sistema penal). A reprodução das desigualdades é realizada pela disciplina dos processos de trabalho (relações de produção) e pelo controle político da força de trabalho (separação trabalhador/ meios de produção). A reprodução de estigmatizados sociais favorece a superexploração do trabalho de condenados e de ex-condenados, o emprego do egresso na circulação ilegal do capital (como o tráfico de drogas, por exemplo) [...] ¹⁵⁸

Assim, o cárcere mostra sua face mais gravosa quando a privação de liberdade é gratuita: nos casos em que é decretada na forma de prévio juízo de culpabilidade, não se embasando em sentença condenatória e sequer em necessidade cautelar (para garantir a aplicação da pena ou o andamento do processo). Em tais circunstâncias, fica evidente a *serviço de quem e contra quem* esta instituição trabalha.

4.3. Princípio da inocência

Presunção de inocência, presunção de não-culpabilidade, estado de inocência, numa primeira e descomprometida análise, todas as expressões aparentam traduzir o mesmo significado: *que nenhum indivíduo pode ser considerado culpado pelo cometimento de um delito até o trânsito em julgado de sentença condenatória, devendo, portanto, ser tratado como inocente.*

¹⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 205.

¹⁵⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. p. 46.

Ademais, por estar arrolado dentre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo na Carta Magna¹⁵⁹, pode parecer matéria incontroversa.

Num contexto em que a “presunção de culpabilidade de outras eras parece ganhar força”¹⁶⁰ é *mister* voltar os olhos a este princípio constitucional e esclarecer seus limites e sua força dentro de um processo penal voltado a assegurar os direitos e garantias individuais.

4.3.1. Uma questão terminológica

É oportuno, primeiramente, a realização de uma rápida discussão terminológica. A expressão “Princípio da Inocência”, em sentido amplo, pode designar presunção de inocência, presunção de não-culpabilidade ou estado/situação jurídica de inocência.

De acordo com Ricardo Alves BENTO, a Constituição Federal não presumiu a inocência, declarou que até o trânsito em julgado da sentença condenatória o réu é *efetivamente inocente*, 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”¹⁶¹ (grifo nosso). Ou seja, o réu encontra-se em *estado* ou apresenta *situação jurídica de inocência* até que possa, eventualmente, passar ao estado de culpado com a condenação definitiva .

A partir desta linha de pensamento, adotada também por Eugênio Pacelli de OLIVEIRA¹⁶², a qual se pensa mais acertada, não existe para o réu estado em que é concomitantemente “meio-inocente” e “meio-culpado”, oportunidade em que não se encontraria em verdadeiro estado de inocência, posto que esta seria meramente presumida, mas também não seria efetivamente culpado por expressa vedação constitucional.

¹⁵⁹ “Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

¹⁶⁰ NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 59.

¹⁶¹ BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de Inocência no Direito Processual Penal Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 22.

¹⁶² Ver a terminologia utilizada em: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. pp. 23-24.

As outras acepções do princípio da inocência, irremediavelmente, levam à injusta promoção do acusado a este estado de “neutralidade: nem seria culpado, tampouco inocente”¹⁶³, emprestando definição de André Luiz NICOLITT.

Retomando ligeiramente a explicação com base na análise terminológica do artigo 5º, LVII, da CF realizada por Ricardo A. BENTO, vislumbra-se a opção por considerar o réu em *estado de inocência* até o trânsito em julgado da sentença. Ocorre que semelhante análise constitucional pode, também, legitimar a interpretação no sentido de ali encontrar uma *presunção de não-culpabilidade*, explicada por NICOLITT quando este afirma que a “fórmula ‘não será considerado culpado’”¹⁶⁴, não consagra verdadeiramente a inocência do indivíduo¹⁶⁵, tendo sido opção do constituinte seguindo uma linha de inspiração fascista e enraizada na escola técnico jurídica¹⁶⁶.

Presumir, meramente, a *inocência* do acusado, da mesma forma, não garante seu efetivo estado de inocência, porque se trata de suposição, assim como a *presunção de não-culpabilidade*, ambas tendendo, portanto, a se restringir a um formalismo, necessário porque constitucional, mas não efetivo na esfera do réu.

¹⁶³ NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 61.

¹⁶⁴ NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 61.

¹⁶⁵ Sobre o tema, o autor ainda se refere à manifestação de Vecenzo Manzini citando Vilela, quando afirma que “não ser considerado culpado não equivale a ser considerado inocente”. (NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 61).

¹⁶⁶ “O fascismo italiano, por exemplo, com sua escola técnico-jurídica de Arturo Rocco, deu causa ao código penal brasileiro (Dec-lei nº 2.848/40 - parte especial vigente até hoje), teve como base, no ano de 1930, na época do Estado Novo de Getúlio Vargas, que aderiu o fascismo italiano, até 1945, com o fim da 2ª Grande Guerra Mundial.

O funcionalismo sistêmico é a irracionalidade da legislação e das próprias teorias do passado e do presente -, um modelo totalitário que repudia a dogmática avançada, quando procura por meio do “direito penal de perigo abstrato e ilimitado” – dolo de perigo, suplantando a ordem jurídica para assegurar a paz e a segurança pública. Opera através do direito penal expansionista, onde o crime de perigo atua com a simples possibilidade de exposição a um bem jurídico ou a um perigo de dano, reprime, processa e condena mesmo sem haver um dano ou prejuízo concreto.

A primeira ou uma das primeiras versões do funcionalismo foi a escola do tecnicismo jurídico fascista, a doutrina da defesa social (Felippo Gramatica, em 1940 e renovada por Marc Ancel, em 1960), sistema duplo binário com penas restritivas de liberdade mais medidas neutralizantes (medidas de segurança como penas indeterminadas). O Código Penal brasileiro até 1984, possuía este sistema de pena indeterminada, e no Código de Processo Penal até 1988, quando permitia aplicação de medidas de segurança por fato não criminoso (arts. 549 e stgs CPP). Um absurdo ou no mínimo curiovaresco – na etimologia da palavra, junção de curioso com carnavalesco.” (MAIA NETO, Cândido Furtado. *Histeria Universal do Direito Penal: direitos humanos versus terror, inquisição, fascismo, ditadura e autoritarismo*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.pro.br/artigos.php?id=145>>. Acesso em: 10 de outubro de 2009.)

Assim, por mais que significativa parcela dos doutrinadores não se atenha à diferenciação acima exposta, a exemplo de Aury LOPES JR.¹⁶⁷ que, apesar de utilizar a expressão “estado de inocência”, não tem pudores em denominá-lo também de “presunção de inocência”, faz-se, nesta oportunidade, a opção pela expressão *estado* ou *situação jurídica de inocência*, a qual será utilizada no decorrer do presente manuscrito como sinônimo de *princípio da inocência*, por ser a opção mais garantista ao réu.

4.3.2. Aspectos conceituais

O princípio da inocência casa suas noções com o Estado Democrático de Direito, destinado a proteger seus cidadãos contra arbitrariedades, injustas punições e supressões dos direitos constitucionais, reconhecendo seus indivíduos, portanto, como hipossuficientes em relação à máquina estatal.

Nos termos de Ricardo Alves BENTO, trata-se de:

[...] norma de direito constitucional de caráter fundamental inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana (artigo 5º da Constituição Federal brasileira).

Também possui a característica de um direito de natureza processual com repercussões no campo probatório, nas garantias do infrator em sede de inquérito policial, assim como e no tratamento do acusado durante a instrução criminal, e na excepcionalidade das prisões cautelares.¹⁶⁸

O princípio da inocência é, portanto, direito fundamental, constitucional, indisponível do indivíduo, que tem concreitude vez que expressamente previsto no artigo 5º, LVII, da Carta Constitucional, além de aplicação imediata.

Desse modo, não é passível de relativizações em face de outros direitos a ele secundários, quanto mais frente a abstrações em favor da sociedade (*in dubio pro societate*). Encontra-se dentre o rol de garantias fundamentais que são matéria não discutível, conforme ensinou FERRAJOLI¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Como se observa no Item III, do Capítulo II de LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁶⁸ BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de Inocência no Direito Processual Penal Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 23.

¹⁶⁹ Ver item 5.1.

Assim, quando da sua aplicação dentro do processo penal, é absoluto, não sendo moldável ao caso concreto, tanto mais, variável de acordo com a gravidade do ilícito.

Corroborando com esta opinião Adatao SUANNES:

nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade da pessoa humana exige. Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol dos seres humanos, ainda que em termos práticos isso nem sempre se mostre assim. Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia, pois a Constituição Federal não distingue entre mais-inocente e menos-inocente. O que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer que seja o crime que lhe é imputado.¹⁷⁰

Posto isso, é oportuno sistematizar o estado de inocência, esclarecendo de que formas ele atua (ou deveria atuar) na esfera do réu.

Primeiramente, *no aspecto probatório*, de modo que “não lhe incumbe provar absolutamente nada”¹⁷¹, sendo-lhe garantido seu direito ao silêncio. A acusação é que deve destituir o acusado de seu estado de inocência.

O princípio do *in dubio pro reo*, como esclarece LOPES JR.¹⁷², corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador, vez que não provadas a existência de fato típico, antijurídico e culpável, bem como a autoria do mesmo, a absolvição é imperativa.

Referido autor ainda esclarece que, não obstante as equivocadas opiniões daqueles que defendem que ao réu cabe provar as excludentes que alegar, e que o fazem com supedâneo no artigo 156, do Código de Processo Penal¹⁷³, “a primeira (e principal) alegação feita é a que consta na denúncia e aponta para a autoria e a materialidade; logo, incumbe ao MP o ônus total e intransferível de provar a

¹⁷⁰ SUANNES, Adatao. Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal. São Paulo: RT, 1999. p. 232.

¹⁷¹ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 189.

¹⁷² LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 190.

¹⁷³ “Art. 156: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” (grifo nosso).

existência do delito.”¹⁷⁴ Isso significa, prossegue LOPES JR., que “incumbe ao acusador **provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação**”¹⁷⁵ (negrito original).

Assim, tanto em razão da situação jurídica de inocência do imputado, quanto pelas regras do ônus da prova, cabe ao acusador provar a procedência da acusação demonstrando na instrução as afirmações feitas na exordial acusatória e derrubando o princípio da inocência, que tem base constitucional. Em contrário, é caso de absolvição¹⁷⁶.

O segundo âmbito de atuação do princípio em análise se refere às *regras de tratamento do imputado*, intrinsecamente relacionado ao hodierno “império dos *mass media*”. Isso porque a publicidade, tida inicialmente como “a garantia de um juízo justo”¹⁷⁷, na lição de LOPES JR., quando “hipertrofiada (segredo) ou sobredimensionada (publicidade abusiva), reverte-se em antigarantia”¹⁷⁸. Afinal, “os tempos mudaram e a imprensa também. Vivemos a era da informação e, com ela, do bizarro espetáculo”¹⁷⁹.

A execração que representa a exibição pública do mero suspeito nas primeiras paginas dos jornais ou nos telejornais “ocorre não como consequência da condenação, mas da simples acusação (inclusive quando esta ainda não foi formalizada pela denúncia) quando, todavia, o indivíduo ainda deveria estar sob o manto protetor da presunção de inocência”¹⁸⁰.

Continuando na esteira do pensamento de LOPES JR., o autor destaca que não a publicidade imediata, aquela que viabiliza o acesso ao público às audiências e aos autos do processo, mas a mediata, “levada a cabo pelos meios de comunicação de massa, como o rádio, a televisão e a imprensa escrita, que informam a milhões

¹⁷⁴ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 190.

¹⁷⁵ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 190.

¹⁷⁶ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 191.

¹⁷⁷ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 191.

¹⁷⁸ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 192.

¹⁷⁹ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 192.

¹⁸⁰ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 192. Ainda, quanto à utilização da expressão “presunção de inocência” ver item 4.3.1.

de pessoas de todo o ocorrido, muitas vezes deturpando a verdade em nome do sensacionalismo”¹⁸¹, com a função de despertar o interesse na aquisição da informação, é a publicidade realmente prejudicial e nefasta.

Tal publicidade abusiva “altera substancialmente a forma de atuar dos envolvidos no processo penal”¹⁸², em especial no que tange ao julgador, pois “não há dúvidas de que a exposição massiva dos fatos e atos processuais, os juízos paralelos e o filtro do cronista afetam o (in)consciente do juiz, além de acarretarem intranquilidade e apreensão”¹⁸³.

O resultado prático é a decretação com muito pouco ou sem nenhum critério da prisão prematura do réu/indiciado, em especial como forma de resposta ao clamor público, muitas vezes confundido com o interesse comercial dos meios de comunicação de massa e, assim, efetuando verdadeiro juízo antecipado de culpabilidade. Tais atitudes, sim, é que são capazes de fazer se esvaír a credibilidade nas instituições públicas e sepultam em definitivo o princípio da inocência, regra máxima do garantismo processual¹⁸⁴.

4.3.4. Relação entre princípio da inocência e prisão cautelar na doutrina: a subversão do estado de inocência na prisão preventiva para garantia da ordem pública

Considerando o princípio da inocência segundo as regras de *tratamento do réu*, na esteira do pensamento de Eugênio Pacelli de OLIVEIRA¹⁸⁵, “o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo no campo da prisão provisória, isto é, na custódia anterior ao trânsito em julgado e no do instituto a que se convencionou chamar de ‘Liberdade Provisória’”, de modo que “proíbe a antecipação

¹⁸¹ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 192.

¹⁸² LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 193.

¹⁸³ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 193.

¹⁸⁴ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 194.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.23.

dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade”¹⁸⁶.

Nesse sentido, o papel do julgador, como visto, não pode ser modulável de acordo com a maior ou menor publicidade que se faça nos meios de comunicação (publicidade mediata) acerca do inquérito ou do processo e de seus respectivos atos. A importância desse comportamento se dá não apenas quando da prolação da sentença, mas – e principalmente – quando o juiz estiver diante da possibilidade ou não de decretação de medida cautelar de restrição de liberdade. Neste diapasão, inúmeros são os posicionamentos doutrinários que se encontram, sendo oportuno mencionar três deles, triangularmente opostos entre si.

Menos comprometido com as garantias constitucionais do imputado, Fernando CAPEZ indica que a “prisão provisória somente se justifica, e se acomoda dentro do ordenamento pátrio, quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional”¹⁸⁷ (grifo nosso). Para o autor, “a prisão preventiva, bem como todas as demais modalidades de prisão provisória, não afronta o princípio constitucional do estado de inocência, mas desde que a decisão seja fundamentada e estejam presentes os requisitos da tutela cautelar”¹⁸⁸, resumidos por ele como a “comprovação do perigo da demora de se aguardar o trânsito em julgado, para só então prender o acusado”¹⁸⁹.

Por assim pensar, CAPEZ defende que durante o trâmite processual bastam “meros indícios” de autoria, “isto é, que se demonstre a probabilidade do réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. A dúvida, portanto, milita em favor da sociedade, e não do réu (princípio do *in dubio pro societate*)”¹⁹⁰. Coerente com esta noção, o autor defende que a prisão preventiva com fins de preservar a ordem pública, esta caracterizável como tendo função de “impedir que o agente, solto, continue a delinqüir, ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor social”¹⁹¹, é uma possibilidade que não fere o princípio da inocência.

¹⁸⁶ São as razões/pressustos que ensejariam a prisão cautelar: *periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*.

¹⁸⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 242.

¹⁸⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 243.

¹⁸⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 243.

¹⁹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 243.

¹⁹¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 243.

Paulo RANGEL, diferentemente da maior parte da doutrina, sequer considera o princípio da inocência, defendendo que “se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente”¹⁹². Assim, quando a Constituição traz no artigo 5º, inciso LVII, o que em geral se denomina “presunção de inocência”, RANGEL entende que se refere ao ônus da prova, no sentido de que “não é o réu que tem que provar sua inocência, mas sim o Estado-administração (Ministério Público) que tem que provar sua culpa”¹⁹³. Quando trata da prisão cautelar e especialmente da modalidade de prisão preventiva para garantia da ordem pública este autor sequer menciona, portanto, o estado de inocência do imputado, exigindo apenas a presença dos pressupostos das medidas cautelares (*periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*) para tornar legítima sua decretação.

Aury LOPES JR., por seu turno, no mais acertado entendimento, nega a existência de um poder geral de cautela do juiz criminal¹⁹⁴, pois “no processo penal, forma é garantia”¹⁹⁵, exigindo, portanto, “estricta observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência”¹⁹⁶. De tal exigência, portanto, decorre logicamente que a difícil coexistência entre prisão sem sentença condenatória transitada em julgado e estado de inocência só é possível com a obediência aos princípios orientadores do sistema cautelar, quais sejam: (a) *jurisdicionalidade*: toda prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial devidamente fundamentada pelo juiz natural competente; (b) *provisionalidade*: as medidas cautelares são situacionais, tutelando uma situação

¹⁹² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 24.

¹⁹³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 27.

¹⁹⁴ Quanto à inexistência de um poder geral de cautela do juiz criminal, cumpre destacar as palavras de João Gualberto Garcez RAMOS (itálicos originais): “A prisão processual [...] só pode ser decretada se prevista em lei formal, entrada em vigor antes do fato criminoso, e as alterações legais posteriores ao fato, se favoráveis ao imputado, não de ser a ele estendidas.

Outra consequência deveras relevante para a análise ora empreendida é a inaplicabilidade, no caso das medidas cautelares processuais penais privativas da liberdade, do assim chamado *poder geral de cautela*. Isso pela simples razão de que as medidas privativas da liberdade do imputado não de estar previstas em lei formal, sem a possibilidade de criação judicial ou de analogia.

O *poder geral de cautela*, aplicado às medidas cautelares privativa da liberdade do imputado, corresponderia à imposição, por obra da analogia, de uma pena criminal. É possível ir um pouco mais além nessa afirmação: qualquer cláusula, ainda que legal, dando ao juiz um poder genérico para decretar medidas processuais penais de urgência privativas da liberdade está rigorosamente proibida pelas razões cima expostas.” (RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 107.)

¹⁹⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 51.

¹⁹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 52.

fática. Desaparecido o suporte fático deve ser imediatamente posto em liberdade o indivíduo segregado; (c) *provisoriedade*: deve a prisão cautelar ter curta duração (prazo razoável); (d) *excepcionalidade*: em conjunto com o princípio da inocência, a prisão cautelar deve ser efetivamente a *ultima ratio* do sistema; (e) *proporcionalidade*: ponderação entre a gravidade da medida restritiva de liberdade imposta *versus* a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*¹⁹⁷.

Como conseguinte necessário LOPES JR. considera substancialmente inconstitucional a prisão preventiva para garantia da ordem pública¹⁹⁸, que nada tem de cautelar. Por esta razão, para o autor, é flagrante a agressão ao princípio da inocência, pois “é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito de ‘cautelar’ até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública’.”¹⁹⁹

Desse modo, observa-se que é evidentemente atritada a relação entre prisão processual e estado de inocência, entre necessidade cautelar e direito fundamental à liberdade. O limiar entre o estrito respeito aos princípios cautelares (jurisdicionalidade, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade) e a decretação abusiva da custódia prematura é mínimo, exigindo todo o cuidado do julgador.

Outrossim, é inegável que a prisão preventiva para garantia da ordem pública fere o princípio da inocência, uma vez que não se trata de medida cautelar, senão de verdadeira antecipação da culpabilidade e da punição, através da aplicação imediata da pena restritiva de liberdade, mediante utilização do processo penal como pena em si mesmo.

4.4. Natureza jurídica da prisão preventiva para garantia da ordem pública: de medida cautelar à pena antecipada

A pena enquanto sanção aplicada pelo Estado ao indivíduo que cometeu um delito é de difícil conceituação, pois mutável através dos tempos. Sucintamente

¹⁹⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 53-62, 89-90.

¹⁹⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 105.

¹⁹⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.1 08.

pode-se dizer que é o mal justo contra o mal injusto, a reação estatal à ação típica, o sofrimento imposto ao criminoso (*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*). Ainda, que “para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto típico, mas também que exista previamente o devido processo penal”²⁰⁰. Assim, a “pena depende da existência do delito e existência efetiva e total do processo penal”²⁰¹.

A prisão preventiva para garantia da ordem pública é *antecipação da pena*, tanto por razões de Direito Penal e Processual Penal quanto criminológicas.

4.4.1. Pena antecipada por razões de Direito Penal e Processual Penal: a regra da detração

Após sentença condenatória transitada em julgado, o réu que esteve preso durante o processo, ainda que sob os argumentos que ensejassem tal prisão prematura, razões suficientes à determinação da medida cautelar (*periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*), não começa a partir de então a cumprir a pena determinada na sentença criminal. É feita a *detração penal*, assim descrita no artigo 42, do Código Penal: “Art. 42: Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”.

A detração penal, como leciona Juarez Cirino dos SANTOS²⁰², é o ato judicial de reduzir da pena privativa de liberdade subjetivamente cominada ao sujeito em sentença penal condenatória definitiva, o tempo de prisão provisória cumprida pelo então condenado.

Ainda, o *tempo*, aquele mesmo “critério geral e abstrato do valor da mercadoria na economia, assim como a medida de retribuição equivalente do crime no Direito”²⁰³, funciona como moeda de troca quando o assunto é detração penal.

²⁰⁰ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 03.

²⁰¹ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 03.

²⁰² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. p. 532.

²⁰³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. p. 491.

Ou seja, como esclarece sobredito autor²⁰⁴, cuja opinião corrobora também René Ariel DOTTI, o período cumprido prematuramente pelo indivíduo tem valor de tempo de pena restritiva de liberdade efetivamente cumprida, ou seja, se réu em mais de um processo criminal e absolvido naquele no qual fora decretada sua prisão cautelar, o tempo de detenção pode ser descontado do *quantum* da pena arbitrado pelo Juiz criminal no segundo processo²⁰⁵, desde que não se trate de delito cometido posteriormente ao cumprimento da custódia cautelar.

Ora, se na aplicação da detração penal o tempo de restrição prematura de liberdade é considerado pena efetivamente cumprida mesmo nos casos em que se fazem presentes os pressupostos das medidas cautelares (*periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*), quem dirá nos casos de prisão preventiva para garantia da ordem pública e econômica, que, como visto, não se tratam de prisões cautelares.

Desta feita, portanto, como é possível defender que a prisão preventiva para garantia da ordem pública se justifica no ordenamento jurídico pátrio – que deve ser coerente – ao lado do instituto da detração penal? É possível que apenas nos casos em que se efetive a condenação criminal a prisão provisória seja interpretada *in bonam partem* para o réu, realizando-se o desconto do tempo já cumprido do *quantum* determinado pela sentença condenatória?

Antes de responder a estes questionamentos, cumpre destacar que não só de sentenças condenatórias se fazem as decisões dos juízes criminais, bem como nem todas as decisões são emanadas com tal celeridade que possa ser realizada a detração penal.

Não é coerente em caso de absolvição do réu ou de haver ele cumprido tempo maior em prisão provisória do que o tempo de restrição de liberdade previsto na sentença condenatória, hipóteses em que não há o que se falar em detração, justificar a ilegalidade da prisão provisória (ou completamente injusta ou por demais excessiva) que “estava presente o *periculum libertatis*, que havia indício de autoria suficiente, que a decretação de uma prisão cautelar exige menos carga probatória que a sentença condenatória, que o processo lento e demorado se deveu à procrastinação da defesa”, ou quaisquer outros argumentos dentre tantos utilizados

²⁰⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. p. 533.

²⁰⁵ Há autores, a exemplo de DAMÁSIO, que discordam desta visão. Para ele é necessária ligação direta entre a prisão cautelar e a sentença condenatória, devendo tratar-se, portanto, do mesmo processo. (JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. v. 01. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pp .526-527).

pelos aplicadores do Direito, simplesmente ignorando a completa violação à dignidade do indivíduo provisória e injustamente custodiado. Ainda que não se possa negar certa veracidade a alguns desses argumentos, este não pode ser o posicionamento dos aplicadores do Direito.

O ângulo sob o qual um injusto aprisionamento deve ser analisado é aquele que pressupõe antes de tudo o resultado irreversível gerado subjetivamente na vida do indivíduo e objetivamente – tratando-se dos seus efeitos - sobre toda sociedade.

No aspecto *subjetivo*, pontua-se, primeiramente o que aduz Alessandro BARATTA acerca dos efeitos do cárcere no indivíduo aprisionado (itálicos originais):

Este [o processo de socialização ao qual é submetido o preso] é examinado sob um duplo ponto de vista: antes de tudo, o da ‘desculturação’, ou seja, a desadaptação às condições necessárias à vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de auto-responsabilidade do ponto de vista econômico e social), a redução do senso da realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa. O segundo ponto de vista, oposto mas complementar, é o da ‘aculturação’, ou ‘prisionalização’. Trata-se da assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária. Esses aspectos da subcultura carcerária, cuja interiorização é inversamente proporcional às *chances* de reinserção na sociedade livre, têm sido examinados sob o aspecto das relações sociais e de poder, das normas, dos valores, das atitudes que presidem estas relações, como também sob o ponto de vista das relações entre os detidos e o *staff* da instituição penal. Sob essa dupla ordem de relações, o efeito negativo da ‘prisionalização’, em face de qualquer tipo de reinserção do condenado, tem sido reconduzido a dois processos característicos: *a educação para ser criminoso e a educação para ser bom preso.*²⁰⁶

Sobre a questão, esclarece Juarez Cirino dos SANTOS (itálicos originais):

[...] a prisão introduz o condenado em duplo processo de transformação pessoal, de *desculturação* pelo desaprendizado dos valores e normas de convivência social, e de *aculturação* pelo aprendizado de valores e normas de sobrevivência na prisão, a *violência* e a *corrupção* – ou seja, a prisão só ensina a viver na prisão. Em poucas palavras a prisão *prisionaliza* o preso que, depois de aprender a viver na prisão, retorna para as mesmas condições sociais adversas que determinam a criminalização anterior. Em síntese, o processo simultâneo de *desculturação* e *aculturação* descrito por BARATTA, designa aqueles mecanismos de *adaptação pessoal* à cultura da prisão desencadeados pela rotulação oficial do cidadão como *criminoso*, que transformam a *auto-imagem* e deformam a *personalidade* do condenado, reconduzida como produto de nova *(re)construção social* orientada pelos valores e normas de sobrevivência na prisão, como indica o *labeling approach*. Cumprida a pena, o retorno do condenado prisionalizado

²⁰⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2002. pp. 184-185.

para as mesmas condições sociais adversas determinantes da criminalização anterior encontra um novo componente: a *atitude dos outros*. A expectativa da comunidade de que o rotulado se comporte como rotulado, ou seja, que assuma o papel de criminoso praticando novos crimes, fecha as supostas possibilidades de reinserção social e completa o modelo seqüencial de formação de *carreiras criminosas*, realizando a chamada *self fulfilling prophecy*²⁰⁷, em que o condenado assume as características do rótulo, caracterizando a previsão de auto-realização e confirmando a teoria da *construção da personalidade* no processo de interação social.²⁰⁸

Objetivamente, os efeitos do injusto aprisionamento de um cidadão, atingem de forma difusa todos os demais indivíduos sujeitos à mesma legislação penal e ao mesmo sistema punitivo estatal. Isso porque atingem concreta e diretamente a própria legislação e as instituições judiciárias e, conseqüentemente, a visão que a sociedade tem delas.

O que se quer dizer é que se, por um lado, o discurso oficial legitimador do aprisionamento prematuro de indivíduos defende que a prisão provisória garante (a) a credibilidade nas instituições públicas; (b) a eficácia do Processo Penal; (c) a (falsa) sensação de segurança da sociedade; além de (d) dar a ela uma resposta; por outro, o próprio instituto da prisão cautelar, o discurso legitimador, seus símbolos e métodos de aplicação dão conta de derrotar todos esses argumentos, quando o sujeito é absolvido ou fica detido provisoriamente por mais tempo do que determina a sentença condenatória.

Ora, não pode haver maior razão para (a) desacreditar em instituições públicas capazes de punir pessoa inocente; (b) não pode haver processo mais ineficaz e moroso do que aquele que resulta em pena restritiva de liberdade que já fora inteiramente cumprida em carceragem provisória pelo réu – e pior, sem garantir a ele eventual progressão de regime a que teria direito se condenado, sob alegação de que ainda não estaria verdadeiramente cumprindo pena; (c) não pode haver maior clima de insegurança jurídica a assolar uma sociedade que a falta de certeza da justiça de uma decisão que suprima o direito fundamental à liberdade de alguém; e, por fim, (d) não há dúvidas de que a “resposta” desejada pelos integrantes dessa sociedade não é, e não pode ser, o injusto aprisionamento de pessoas. Assim, a única conclusão possível é que a prisão cautelar é legitimada por um discurso distorcido, que destrói a si mesmo quando o instituto da prisão provisória falha.

²⁰⁷ Profecia auto-realizável.

²⁰⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. pp. 480-481.

Posto isso, é possível responder às duas questões acima colocadas, ressaltando que ambas merecem respostas negativas. *Primeiro*, que por razões de Direito Penal e Processual Penal, representadas pela regra da detração penal e pela coerência que deve guiar o ordenamento jurídico, não é justificável a existência da prisão preventiva para garantia da ordem pública, bem como dos discursos que a legitimam na medida em que a afirmam como prisão cautelar, vez que não atende os pressupostos necessários às medidas cautelares e se trata, em verdade, de antecipação de pena. *Segundo*, que se nos casos em que há condenação é aplicada a regra da detração e as prisões provisórias são entendidas como parcela da pena já cumprida, mormente nos casos amparados por um juízo de culpabilidade negativo do réu resultante em absolvição (em que a prisão processual se mostrou injusta) ou quando o Estado demora muito a sentenciar e o tempo da pena já foi todo cumprido em prisão processual não se podendo mais cogitar em detração (a injustiça reside numa falha do Estado) a prisão provisória, em especial a preventiva para garantia da ordem pública que não é cautelar, não pode ser entendida de outra forma senão como verdadeira pena²⁰⁹.

Destarte, ainda que a prisão preventiva para garantia da ordem pública seja instituto cuja presença não se justifica no Processo Penal, no que tange às demais formas de prisão processual (efetivamente cautelares), muito importantes são as reflexões de Aury LOPES JR. (marcações originais):

Deve-se considerar a imprescindível incidência do princípio da proporcionalidade – sempre conectado que está ao valor a dignidade da pessoa humana – quando da aplicação da prisão cautelar. Nessa linha, a título exemplificativo, **é desproporcional decretar a prisão preventiva em se tratando de crimes:**

²⁰⁹ Destaque-se a contribuição de Clara Maria Roman BORGES: “Por fim, é preciso destacar que não há qualquer diferença teórica ou prática entre a prisão-pena e a prisão cautelar, mas apenas retórica, pois a prisão cautelar possui praticamente os mesmos efeitos da prisão-pena, ainda que trate de antecipá-los para o momento processual na forma de prisão preventiva, prisão em flagrante e prisão temporária.

Assim, ao contrário do que afirmam os manualistas do processo penal brasileiro, as prisões processuais se traduzem em verdadeiro cumprimento antecipado do encarceramento-pena e sua execução em nada se distingue deste. Isto quer dizer que não mais se sustenta a falácia de que no processo penal brasileiro não se promove à execução antecipada ou provisória da sentença penal, até porque esta é plenamente compatível com a hegemônica e irrestritamente adotada Teoria Geral do Direito Processual.” (BORGES, Clara Maria Roman. *A Prisão Cautelar e a Garantia Fundamental da Presunção de Inocência*. Palestra proferida no CONGRESSO POLÔNIA-BRASIL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, promovido pela Pós-Graduação em Direito da UNIBRASIL, em 05 de setembro de 2008, às 09h00min.)

- cometidos sem violência ou grave ameaça, cuja perspectiva de eventual pena aplicada seja inferior a 4 anos, pois caberá a substituição nos termos do art. 44 do Código Penal;
- que permitam a transação penal ou a suspensão condicional do processo;
- cuja pena projetada não seja superior a 2 anos em que seja possível a concessão de *sursis*;
- quando o regime de cumprimento de eventual pena a ser aplicada seja aberto ou mesmo semi-aberto (considerando a especificidade do caso penal).

Como justificar a prisão preventiva em crimes de receptação, estelionato, furto, apropriação indébita e outros, em que o réu, ainda que ao final condenado (sim, pois ele pode ser absolvido...), não será submetido à pena privativa de liberdade? Ou ainda, quando a pena projetada (partindo-se assim de prognose pelo resultado mais grave) é inferior a 2 anos ou autorize o regime inicial aberto e até mesmo semi-aberto, a prisão antecipada é absurdamente desproporcional.

Também se deve considerar a perfeita possibilidade de prisão cautelar domiciliar, aplicada por analogia aos casos em que o apenado poderia gozar desse direito. Ora, se condenado definitivamente o agente teria direito à prisão domiciliar, com muito mais razão em se tratando de prisão processual em que ele ainda se encontra protegido pela presunção de inocência²¹⁰. Deve-se atentar, ainda, para a ampliação do cabimento de prisão domiciliar na execução penal, para também admiti-la em se tratando de medida cautelar. Aqui, a analogia somente é admissível porque não amplia o exercício do poder punitivo do Estado, mas sim a proteção constitucional do imputado.²¹¹

Assim, o autor quando discorre sobre o princípio da proporcionalidade, principal sustentáculo das prisões processuais, oferece senão uma solução, um caminho a ser seguido pelos juízes, na busca de uma aplicação mais criteriosa das mesmas.

4.4.2. Viés criminológico da prisão preventiva para garantia da ordem pública uma vez que é antecipação de pena: função de retribuição e prevenção

Analisada a prisão preventiva para garantia da ordem pública sob o enfoque do Direito Penal e Processual Penal, entendido o instituto como verdadeira antecipação de pena que pode (ou não) sobrevir com a condenação definitiva e uma vez esclarecido que não se trata de medida cautelar pois não se carrega dos pressupostos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, é oportuno discorrer brevemente sobre como esta modalidade de prisão se distancia dos objetivos e da necessidade de um encarceramento cautelar para realizar o discurso oficial da teoria da pena.

²¹⁰ Sobre a expressão “presunção de inocência” ver item 4.3.1.

²¹¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 61-62.

Num primeiro momento é *mister* esclarecer quais são as funções declaradas da pena²¹².

A título introdutório destaca-se, como leciona Juarez Cirino dos SANTOS²¹³, que não existe verdadeiramente uma política criminal do Estado. O que há, é uma *política penal* instituída pelo Código Penal e leis complementares (formulação legal do programa oficial de controle social do crime e da criminalidade através da definição de crimes, aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado) que representam a única resposta oficial para a questão criminal.

Tal política penal realizada pelo Direito Penal é legitimada pela teoria da pena. Esta, por sua vez, se estrutura pelos discursos de *retribuição* do crime e *prevenção geral e especial* da criminalidade, que são as funções *declaradas* ou *manifestas* da pena criminal conforme a ideologia penal oficial – discurso oficial da teoria jurídica da pena²¹⁴.

Conforme ensina SANTOS, “a pena como *retribuição* do crime, no sentido religioso de *expição* ou no sentido jurídico de *compensação* da culpabilidade, característica do Direito Penal clássico, representa a imposição de um mal *justo* contra o mal *injusto* do crime”²¹⁵(itálicos originais). Sustenta-se até os dias de hoje por diversas razões: incita o sentimento de vingança do ser humano, remetendo às penas de Talião²¹⁶ (“olho por olho, dente por dente”); alude à idéia “retributivo-vingativa” de “justiça divina”; pena como afirmação da validade da norma ou, ainda, faz uma interpretação do Código Penal quando este prevê a aplicação de pena necessária e suficiente para a reprovação do crime²¹⁷.

²¹² Não se faz referência, por ora, às funções reais ou latentes da pena em razão de não ser a Teoria da Pena objeto do presente manuscrito, para o que, apenas se faz um indicativo de leitura: PIERANGELLI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: RT, 1996.

²¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. pp. 453-454.

²¹⁴ Ressalte-se que as teorias unificadas, aquelas que combinam as teorias da retribuição com prevenção geral e especial são as que prevalecem nas legislações, jurisprudências e doutrina ocidentais atualmente.

²¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. p. 455.

²¹⁶ Ou, no entendimento de Salo de CARVALHO, ao Velho Testamento e ao Código de Hamurábi (CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 120).

²¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. pp. 456-457. Quanto à pena “necessária e suficiente”, esta é a inteligência do artigo 59, do Código Penal, *verbis*: “Art. 59: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao

A função de *prevenção especial* da pena, por sua vez, é aquela realizada pelos sujeitos da aplicação e da execução da pena, em dois momentos, assim explicados por SANTOS (itálicos originais):

[...] primeiro, o programa de *prevenção especial* é definido pelo juiz no momento de aplicação da pena, através da sentença criminal, individualizada conforme *necessário e suficiente* para *prevenir* o crime (art. 59, CP); segundo, o programa de *prevenção especial* definido na sentença criminal é realizado pelos técnicos da *execução* da pena criminal – os chamados *ortopedistas da moral*, na concepção de FOUCAULT -, com o objetivo de promover a *harmônica integração social* do condenado (art. 1º, LEP).²¹⁸

A pena como prevenção especial pode, ainda, ser negativa ou positiva.

A *prevenção especial negativa* dirige-se à sociedade, posto que é aquela que ocorre “através da *neutralização* (ou *inocuidade*) do criminoso, consistente na incapacitação do preso para praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena”²¹⁹. Nesse sentido, ela constrói a idéia de que a exclusão do indivíduo do seio da sociedade traz segurança social, assim explicada por Juarez Cirino dos SANTOS: “a chamada *incapacitação seletiva* de indivíduos considerados perigosos constitui efeito evidente da execução da pena, porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão”²²⁰.

Prevenção especial positiva, por seu turno, dirige-se ao imputado, pois trabalha com a idéia de correção, ressocialização, reeducação, cura do indivíduo privado de sua liberdade. É o *hospital* de que trata Michel FOUCAULT. Este tratamento do sujeito é realizado pelos *ortopedistas da moral*, quais sejam, psicólogos, assistentes sociais e demais funcionários da penitenciária²²¹.

A função de *prevenção geral* da pena, por fim, também pode ter uma forma *positiva* e outra *negativa*. Esta (a *negativa*), mais antiga, é a intimidação penal, ou

comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

²¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. pp. 458-459.

²¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. p. 459.

²²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. p. 459.

²²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. p. 459.

seja, através da pena “o Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela *ameaça* da pena”²²². Este aspecto remete às contribuições de BECCARIA ao Direito Penal, uma vez que já dizia ao seu tempo, que a certeza e não o rigor da execução penal é que desestimularia a delinquência.

A *prevenção geral positiva*, mais recente que a anterior (pós-moderna), é explicada por SANTOS²²³ a partir de duas correntes de pensamento: (a) a primeira, de ROXIN, em que a prevenção serve como demonstração da inviolabilidade do Direito, necessária para preservar a confiança na ordem jurídica e reforçar a fidelidade jurídica do povo mediante tríplice superposição de efeitos político-criminais: efeito sócio-pedagógico de exercício em fidelidade jurídica, produzido pela atividade da justiça penal; efeito de aumento da confiança do cidadão no ordenamento jurídico pela percepção da imposição do direito e efeito de pacificação social pela punição da violação a direito e, portanto, solução do conflito com o autor; (b) a segunda, de JAKOBS, em que a prevenção geral significa a demonstração da validade da norma, manifestada através de reação contra a violação da norma, necessária para reafirmar as expectativas normativas frustradas pelo comportamento criminoso. Esta função positiva seria dirigida a todos os seres humanos, como exercício da confiança na norma, necessário para saber o que esperar na interação social; de fidelidade jurídica pelo reconhecimento da pena como efeito da contradição da norma e de aceitação das consequências respectivas, pela conexão do comportamento criminoso com o dever de suportar a pena.

Apontadas estas questões introdutórias, num segundo momento importa relacionar a prisão preventiva para garantia da ordem pública com as funções manifestas da pena.

Ora, o primeiro raciocínio aqui é de ordem lógica: se a garantia da ordem pública não fundamenta senão no discurso a prisão cautelar, mas antecipa o juízo de culpabilidade e implica em verdadeira pena, então as funções que realiza somente podem ser as funções de uma efetiva pena.

Quando em comento a questão da discrepância dos julgados do Supremo Tribunal Federal acerca da ordem pública, destacou-se as impressões de Odone

²²² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. p. 461.

²²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. pp.462 e 463.

SANGUINÉ, as quais nesta oportunidade se mencionam novamente, a fim de esclarecer os mecanismos que ora se pretende (grifo nosso):

quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito, etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.²²⁴

Quanto à função de *retribuição*, esta identifica-se com o clamor público, uma vez que o sentimento quase “natural” de vingança que reside no âmago do ser humano é inflado quando ocorre um delito – em especial se cometido com grave violência contra a pessoa – e imediatamente a sociedade espera que o agente “pague sua dívida”, oportunidade em que não importam mais o devido processo legal, a situação jurídica de inocência ou o princípio da culpabilidade. A opinião pública, agravada pela repercussão do crime nos meios de comunicação, exige do Estado que *alguém* seja punido, e o quanto antes.

A *prevenção especial negativa* relaciona-se com a periculosidade do agente (aferida pela gravidade do ilícito e o *modus operandi* de sua execução) e com a reincidência delitativa, pois representa a retirada de um indivíduo, que representa perigo, do convívio social e seu imediato encarceramento a fim de neutralizá-lo e impedir que continue delinquindo fora das grades do cárcere.

A *prevenção especial positiva*, que implica na noção de tratamento e cura do preso já é, por si só, sinônimo da arrogância daqueles que ainda ousam carregar o ranço das teorias criminológicas tradicionais (que opõe o *bem* ao *mal*, sociedade e bandido), com uma pontada da mentalidade cristã, entretanto, conforme SANTOS, o indivíduo “não pode ser compelido ao tratamento penitenciário, o Estado não tem o direito de *melhorar pessoas* segundo critérios morais próprios”²²⁵. O absurdo só fica maior quando se está diante de pessoa ainda não condenada – e que pode ser absolvida – mas já fora, antecipadamente, “tratada” pela prisão.

²²⁴ SANGUINÉ, Odone. A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva. In: Revista de Estudos Criminais, nº 10. Porto Alegre: Nota Dez, 2003. p. 114.

²²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. p. 460.

A *prevenção geral negativa*, responsável pela noção de ameaça penal é criticada por SANTOS da seguinte forma (itálicos originais):

A natureza *exemplar* da pena como prevenção geral *negativa* viola a dignidade humana, porque *acusados reais* são punidos de forma *exemplar* para influenciar a conduta de *acusados potenciais*, ou seja, aumenta-se injustamente o sofrimento do acusado real para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais.²²⁶

Assim, se objetiva através do encarceramento prematuro acautelar o meio social, mostrando para a sociedade que está “se fazendo justiça”, que a lei é cumprida e rigorosa contra o “bandido”, razão pela qual não vale a pena delinquir.

A *prevenção geral positiva* – de ROXIN e de JAKOBS -, por derradeiro, se mostra na prisão preventiva claramente como credibilidade das instituições públicas.

Com base no exposto, não se pode olvidar jamais que a pena decretada após sentença condenatória passada em julgado traz efeitos nefastos ao condenado, mas que é teratológica a utilização da prisão preventiva para realizar prematuramente pena que poderá ou não sobrevir. Tal não é a função das prisões processuais, pois como afirma LOPES JR., “as funções de prevenção geral e especial e retribuição são exclusivas de uma pena, que supõe um processo judicial válido e uma sentença transitada em julgado. Jamais tais funções podem ser buscadas na via cautelar”.

Assim, se existe uma circunstância legal dentre as que autorizam a prisão preventiva que tem exercido as funções restritas à pena, não está ali para legitimar os discursos repressivos ou desvirtuar as funções da prisão processual. É ela que está onde não deveria estar, ocupando um espaço que não lhe pertence.

²²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. p. 461.

5. DA PROCURA INCESSANTE POR UMA SOLUÇÃO

La articulación autónoma de la percepción y de la conciencia de los conflictos, de las necesidades reales y de los derechos humanos por parte de sus propios portadores, en una comunicación no condicionada por el poder, y la idea de la democracia y de la soberanía popular son los principios-guía para la transformación del Estado de derecho, sino también hacia el modelo sustancial del Estado de los derechos humanos. Son, también, éstos los principios-guía para la transformación y la superación del sistema penal tradicional hacia un sistema de defensa y garantía de los derechos humanos.²²⁷

O papel da crítica é a incessante busca por melhorias. No âmbito do Direito, em especial quando a indignação se refere a questões polêmicas para alguns juristas, mas não pelos cientistas do *status quo*, as mudanças efetivas são mais vagarosas.

Não se pretende, por tal razão, apontar no presente manuscrito uma resposta, uma solução.

Ainda assim, a busca pelas garantias constitucionais num universo jurídico em que “todos são iguais perante a lei *pero no mucho*”, é batalha incansável.

5.1. Garantismo penal

Aury LOPES JR., quando afirma que “de nada serve um sistema formalmente garantista e efetivamente autoritário”²²⁸, sintetiza a realidade do sistema penal brasileiro²²⁹, cujas instituições têm as práticas de um Estado de Polícia, em detrimento do Estado Democrático de Direito instituído e assegurado pela

²²⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal: compilación in memoriam*. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2004. pp. 329-330.

²²⁸ LOPES JR, Aury. *Crimes Hediondos e a Prisão em Flagrante como Medida Pré-Cautelar: Uma Leitura Garantista*. In *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. p. 70.

²²⁹ A título de esclarecimento, a expressão “sistema penal” é utilizada no mesmo sentido de Nilo Batista quando diferencia sistema penal de direito penal. Oportunidade em que define sistema penal como o “grupo de instituições que, segundo regras jurídicas pertinentes, se incumbe de realizar o direito penal”, a exemplo da “instituição policial, a instituição judiciária e a instituição penitenciária”. (BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 25.)

Constituição Federal de 1988, fundado na dignidade da pessoa humana e na cidadania²³⁰.

Cegam-se os cidadãos, os representantes populares, os aplicadores do Direito e os prestadores de informação nos meios de comunicação, para o fato de que os direitos e garantias individuais atualmente assegurados pela Carta Magna são uma conquista necessária e que não foi obtida sem lutas. Ora, a atual Constituição da República foi promulgada em contraposição aos tempos sombrios da Ditadura Militar, regime autoritário, antidemocrático e supressor dos direitos e garantias individuais.

Ademais, se conquistados os direitos individuais é para que eles sejam protegidos pelo Estado e não aniquilados pelo próprio Estado que os constitucionalizou, razão pela qual a última opção é pela supressão da liberdade do indivíduo, modo que é o Direito Penal a *ultima ratio* – ou *extrema ratio*, na sua melhor acepção – sendo vedada sua utilização enquanto houver outros caminhos jurídicos transitáveis. Restando apenas submeter o indivíduo à égide do Direito Penal e Processual Penal, que sejam indissociáveis da garantia dos seus direitos fundamentais.

Partindo de um raciocínio técnico, a partir da indiscutível hierarquia das normas no ordenamento jurídico, impossível outra conclusão que não a seguinte: uma vez que a Constituição Federal é a Lei Maior, que ilumina todo o resto do ordenamento, vinculando-o aos seus princípios, às suas cláusulas pétreas e, conseqüentemente, aos seus preceitos acerca da proteção aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sobremaneira a dignidade da pessoa humana – e sendo a própria Constituição a responsável por instituir o Estado Democrático de Direito - então “a garantia dos direitos individuais é a fonte de toda ordem jurídica”²³¹, orientando a atividade legislativa e a interpretação e aplicação das leis.

Com relação aos direitos e às garantias fundamentais, portanto, estes não podem ser sacrificados em favor de outros direitos.

²³⁰ “Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

[...]

²³¹ DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 01.

Esta é a esfera do “não-decidível”, explicada por Luigi FERRAJOLI quando trata de uma dimensão da *democracia constitucional*, complementar à “democracia-política”, que visa compreender os fundamentos axiológicos e os limites à pena e ao Direito Penal:

Trata-se da dimensão que vem a conotar a democracia como ‘democracia constitucional’ ou ‘de direito’ e que aponta não *quem* está habilitado a decidir (a maioria, justamente), mas sim *o que* não é lícito decidir por nenhuma maioria, nem mesmo pela unanimidade. Uma nova dimensão na qual o direito penal representa, e historicamente representou, o terreno emblemático de reflexões e elaborações; aquele compromisso da construção de um Estado constitucional de direito.

Esta esfera do ‘não decidível’ – *o que* não é lícito decidir (ou não decidir) – consiste, nas constituições democráticas, naquilo que se convencionou subtrair da vontade das maiorias.²³²

Destarte, questiona-se: o que se coloca, então, como limites à decisão das maiorias? FERRAJOLI assim responde:

Essencialmente duas coisas: a igualdade dos cidadãos – sejam eles ‘desviados’ ou ‘não desviados’ – e a garantia de seus direitos fundamentais, antes de tudo a vida e a liberdade pessoal, que não é vontade da maioria, nem é interesse geral, nem tampouco bem comum ou público, aos quais essas garantias possam ser sacrificadas.²³³

Nesse sentido, os direitos e garantias individuais são concretos, vez que expressos na Constituição, de aplicação imediata (§1º do art. 5º, da Constituição Federal) e não suprimíveis sequer por unanimidade. Por esta razão, não são valoráveis em face dos interesses sociais ou do Estado, abstrações *pro societate* que põe em risco a segurança jurídica dos cidadãos, a exemplo da possibilidade de encarceramento para preservação da ordem pública.

Com efeito, importa destacar as sábias palavras de FERRAJOLI:

Se este [as garantias fundamentais] é o limite imposto pelo pacto constitucional ao poder público por ele originado, a única justificativa que o direito penal pode oferecer como alternativa à hipótese abolicionista é que tal limite consiga ser um instrumento de defesa e de garantia de todos: da

²³² FERRAJOLI, Luigi. *A Pena em uma Sociedade Democrática*. In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, ano 01, nº 01. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Relume Dumará, 1996. p. 32.

²³³ FERRAJOLI, Luigi. *A Pena em uma Sociedade Democrática*. In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, ano 01, nº 01. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Relume Dumará, 1996. p. 32.

maioria 'não desviada', mas também da minoria 'desviada'²³⁴, que portanto se configura como um direito penal mínimo, como técnica de minimização da violência na sociedade; da violência dos delitos, mas também da reação aos delitos; que, em suma, realize um duplo objetivo: a prevenção e a minimização dos delitos, bem como a prevenção das reações informais aos delitos e a minimização das penas.²³⁵

Pode-se dizer, portanto, que o *garantismo*, sinônimo de *direito de garantias*²³⁶, se expressa no Direito Penal e Processual Penal, na lição de Salo de CARVALHO:

[...] como parâmetros de tutela à liberdade, sendo que os direitos políticos possibilitariam os canais de acesso do cidadão às decisões sobre as 'regras do jogo'. Este rol de direitos e garantias asseguradas pelo pensamento ilustrado propiciou a noção contemporânea de direitos de primeira geração (direitos individuais), estruturando a base de legitimidade do garantismo jurídico.²³⁷

Ou nas palavras de FERRAJOLI: "As garantias penal e processual, de fato, não são outra coisa senão a técnica voltada para minimizar a violência e o poder punitivo, ou seja, para reduzir ao máximo possível a previsão do delito, o arbítrio dos juízes e a aflição da pena"²³⁸.

É neste ponto que incide a retomada, nesta oportunidade, das garantias constitucionais, pois, especialmente em se tratando de Processo Penal e do direito fundamental à liberdade, ainda que legítimo o *ius puniendi* de que é dotado, a atuação do Estado no sentido de assegurar tais garantias deve sobrepujar a intenção de punir.

²³⁴ Destaque-se a discordância – que não tira o relevo da presente citação – com a idéia de “minorias desviantes” trazida por FERRAJOLI. Opta-se pela consciência de que a maioria das pessoas delinquem, não obstante apenas uma restrita minoria seja pinçada para dentro do sistema punitivo. Nesse sentido BARATTA (grifo nosso): “[...] a criminalidade, mais que um dado preexistente comprovado objetivamente pelas instâncias oficiais, é uma *realidade social* de que as ações das instâncias oficiais é elemento constitutivo. Estas constituem tal realidade social através de uma percepção seletiva dos fenômenos, que se traduz no recrutamento de uma circunscrita população criminal, selecionada dentro do mais amplo círculo dos que cometem ações previstas na lei penal e que, compreendendo todas as camadas sociais, representa não a minoria, mas a maioria da população.” (BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2002. pp.178-179.)

²³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *A Pena em uma Sociedade Democrática*. In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, ano 01, nº 01. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Relume Dumará, 1996. p. 32.

²³⁶ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 03.

²³⁷ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p 01.

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *A Pena em uma Sociedade Democrática*. In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, ano 01, nº 01. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Relume Dumará, 1996. p. 32.

5.2. Processo penal e garantias constitucionais: *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*

É indubitável a dificuldade de discutir o garantismo penal nas atuais condições do Direito Penal e Processual Penal, positivados em codificações ultrapassadas²³⁹ e eivados de leis emergenciais que igualmente se tornam ultrapassadas, imediatamente após passado o fato noticiado pelos *mass media*²⁴⁰.

Urge uma completa reformulação dessas duas áreas do Direito que se percebem falidas.

Especificamente no Processo Penal, os processualistas estão, cada vez mais, discutindo possíveis caminhos a se trilhar, em especial a hodierna discussão sobre Justiça Negocial, a exemplo de Salo de CARVALHO, Alexandre WUNDERLICH e Clara Maria Roman BORGES²⁴¹. Não obstante a atualidade e a importância de tais discussões, ainda que futuramente sob o império de uma nova modulação do Direito Processual Penal, as garantias constitucionais devem encontrar seu lugar de destaque tanto na produção legislativa quanto na aplicação das leis, mormente no comprometimento do julgador²⁴².

²³⁹ A Constituição Federal é quarenta e sete anos mais velha que o Código de Processo Penal!

²⁴⁰ “O tempo do direito é diverso do tempo da notícia/informação e os juízos paralelos são muito mais acelerados.” (LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 193).

²⁴¹ Cumpre observar a crítica feita por Clara Maria Roman BORGES ao discurso do garantismo e à busca da garantia do princípio da inocência na formatação atual do Direito Penal e Processual Penal brasileiro: “Vê-se que o primeiro discurso [o do garantismo] é guiado por uma crença cega no potencial garantista do edifício jurídico e parte do pressuposto ingênuo de que o direito é capaz de estabelecer limites ao exercício do poder, daí porque a discussão sobre suas práticas é desprezada ou no mínimo relegada a um segundo plano.

Constata-se, ainda, que sua retórica não tem sido capaz de persuadir a sociedade sobre a gravidade da referida violação constitucional, pois aquela se encontra amedrontada diante das investidas violentas do grande contingente de excluídos produzido pelo atual estágio do modo de produção capitalista. Aliás, suas palavras se parecem mais com obstáculos nesta desenfreada corrida desencadeada em direção ao lugar onde todos estarão a salvo da barbárie dos que não participam do mercado, dos que não consomem.

Em síntese, este discurso soa como herético num mundo em que todos sem perceber e sob a promessa de que chegarão ao lugar onde a segurança se encontra ao alcance das mãos são empurrados para um labirinto sem saída, já que as estratégias traçadas para a contenção dos excluídos ao invés de aproximá-los do tão sonhado objetivo termina por afastá-los cada vez mais.” (BORGES, Clara Maria Roman. *A Prisão Cautelar e a Garantia Fundamental da Presunção de Inocência*. Palestra proferida no CONGRESSO POLÔNIA-BRASIL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, promovido pela Pós-Graduação em Direito da UNIBRASIL, em 05 de setembro de 2008, às 09h00min).

²⁴² É nesse sentido que ganha destaque o Projeto de Lei nº 156/09 (reforma geral do Código de Processo Penal) em trâmite perante as Casas Legislativas, pois prevê a inserção das garantias constitucionais no texto legal, a fim de impedir a interpretação *in malam partem* para o réu/indiciado. Especificamente no que tange às medidas cautelares referido projeto assegura prazo máximo de duração da prisão preventiva e revisão obrigatória após 90 (noventa) dias. De toda sorte, ainda que

É, contudo, – não obstante os empecilhos - num contexto de mitigação do devido processo penal, do princípio da inocência, do *in dubio pro reo*, do direito à liberdade, que têm perdido espaço para um utilitarismo e um efficientismo acríticos do Processo Penal, materializados no *in dubio pro societate*, no imediatismo, no processo como pena em si mesmo, que se torna mais importante insistir nas garantias constitucionais. E fazê-lo não com ingenuidade, mas com paixão, sem perder de vista a Democracia e o objetivo de instituir um Direito Penal mínimo.

Corroborando com esta visão FERRAJOLI, quando faz acertada crítica às doutrinas tradicionais (itálicos originais):

[...] que utilizam a prevenção ou defesa social, sejam estas de prevenção geral ou especial, que assumem, todas, como ponto de vista e parâmetro a utilidade para a maioria ‘não desviada’²⁴³. Contra esse ‘utilitarismo’ dividido, o paradigma do direito penal mínimo assume como única justificação do direito penal o seu papel de *lei do mais fraco* em contrapartida à *lei do mais forte*, que vigoraria na sua ausência; portanto, não genericamente a defesa social, mas sim a *defesa do mais fraco*, que no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o acusado e, por fim, no momento de execução, é o réu.²⁴⁴

E LOPES JR. quando, sem ficar adstrito apenas à concepção garantista de FERRAJOLI, afirma a importância das garantias constitucionais no contexto atual:

A preocupação com o referencial constitucional-garantista justifica-se na medida em que enfrentamos um contexto social e jurídico bastante peculiar e complexo, fortemente influenciado pela ditadura da urgência e a tirania do tempo curto, pela lógica mercantilista, pelo simbólico do direito penal máximo e a exigência de um processo penal utilitarista. Quanto maior é a contaminação por tal furor punitivo, maior é a necessidade de estabelecer um sistema dotado de garantias mínimas e inalienáveis, que informem um processo penal a serviço da efetiva tutela dos direitos fundamentais assegurados na Constituição. Um verdadeiro freio aos excessos do poder punitivo estatal e instrumento a serviço do indivíduo, atuando ainda como filtro constitucional, pelo qual devem passar as normas penais e também processuais.²⁴⁵

represente uma evolução no sentido das garantias constitucionais, o projeto não exclui a garantia da ordem pública como circunstância legal que autoriza a prisão preventiva, bem como também não esclarece seu real significado (artigo 544, do Projeto de Lei 156/09).

²⁴³ Observe-se como esclarecido anteriormente nossa discordância com a noção de “minoria desviante”.

²⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *A Pena em uma Sociedade Democrática*. In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, ano 01, nº 01. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Relume Dumará, 1996. p. 32.

²⁴⁵ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. xxxii.

Afirma NICOLITT que “dentro do quadro da teoria geral do direito, dentre tantas outras categorias, estão os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana”²⁴⁶, que residem na Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro, regendo, dessa forma, todas as outras categorias.

Todo processo, então, se presta a assegurar as garantias constitucionais. Nessa esteira, é a garantia de *liberdade* do indivíduo, e não o poder de punir do Estado; a preservação do *estado de inocência* em favor do réu e não a presunção de culpabilidade (independente da gravidade delitiva), que devem estar no seio do Processo Penal.

Em outras palavras, somente ao Estado é dado o poder de restringir a liberdade de seus cidadãos por ser ele o guardião-mor das garantias individuais. Há uma reserva de poder punitivo ao Estado a quem é dado o monopólio da coação e da sanção.

Essa monopolização é, como leciona Salo de CARVALHO, “uma das principais conquistas da modernidade”²⁴⁷, pois através dela “o uso da força no interior de uma ordem jurídico-política seria sempre limitado por regras e centralizado em organismos determinados, visto a sanção jurídico-penal ser sempre, independente da espécie de pena aplicada, um *ato de violência*”²⁴⁸ (itálico original).

A diferença entre a *violência da sanção* e a *violência a que esta sanção se dirige* reside na legitimidade do poder público dada a ele pelo contrato social²⁴⁹. O poder de exercício da sanção na forma de violência institucionalizada é limitado, porém, pela necessária adstringência do poder público à “concepção garantista

²⁴⁶ NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 48.

²⁴⁷ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 118.

²⁴⁸ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 118.

²⁴⁹ A restrição do *ius puniendi* nas mãos do poder público tem origem nas teorias contratualistas de Estado que são, genericamente, aquelas “teorias políticas que vêem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas*, *imperium*, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político”. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale... [et. al.]. Coordenação da tradução João Ferreira. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000. p. 272). Assim, vigorava o *pacta sunt servanda*, recaindo a sanção do Estado – que monopolizava o poder punitivo - sobre aqueles que descumprissem o contrato visto como a vontade da maioria (ou do povo, para Rousseau). O garantismo tem origens no contratualismo, posto que funda-se em critérios de racionalidade (separação entre Direito e Moral) e legitimidade estatal do *ius puniendi*.

(heteropoiética), estruturada na centralidade da pessoa humana²⁵⁰ e que “vincula a legitimidade do poder ao(s) seu(s) vínculo(s) com os direitos humanos”²⁵¹.

A promulgação da Constituição mais garantista da história do Brasil, em 1988, foi um marco, pois trouxe em seu artigo 5º “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, com aplicação imediata”²⁵² e diretamente influentes no processo penal, a exemplo dos incisos:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[...].

Assim, de acordo com PACELLI, “o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais”²⁵³, de modo que “o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado”²⁵⁴. Melhor ainda, na inteligência de Aury LOPES JR., o Processo Penal é caracterizado como “instrumento de efetivação das garantias constitucionais”²⁵⁵ (grifo nosso).

O processo, ousa-se dizer, além de instrumento de garantia dos direitos individuais, torna-se ele mesmo um “direito da pessoa humana”²⁵⁶. Em outras

²⁵⁰ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 118.

²⁵¹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 118.

²⁵² “Art. 5º:

[...]

§1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[...].”

²⁵³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 07.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 08.

²⁵⁵ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 01.

²⁵⁶ NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 48.

palavras, quando toma-se em análise o instituto do *devido processo legal* (art. 5º, LIV, da CF), entende-se o processo como *único e necessário* instrumento à formação do juízo de culpabilidade, sem o qual ninguém poderá ser privado de sua liberdade.

A conclusão a que chega NICOLITT é a de que o “processo, em sua essência, é uma garantia fundamental. Esta é a sua natureza jurídica”²⁵⁷. E continua (com grifos nossos):

Esta grande categoria a que chamamos processo, por sua vez, está inserta no rol das garantias fundamentais.

O processo, visto em sua natureza, nos facilita encontrar sua missão, bem como torna mais fácil, assim, afastá-lo de qualquer interesse estranho aos seus fins, mormente o de sua utilização como instrumento de política de segurança pública.

Por fim, devemos reconhecer que os princípios constitucionais relativos às garantias fundamentais, bem como os fundamentos da República, particularmente o da dignidade da pessoa humana, devem ser o norte para qualquer criação, interpretação e aplicação do processo penal, pois a vontade constitucional é a de que o poder de punir só seja exercido com perfeito respeito ao sistema de garantias constitucionais, sem o qual não terá legitimidade e dará sinais de barbárie incompatível com o Estado Democrático de Direito [...].²⁵⁸

Entendido o caráter de garantia fundamental do processo penal, faz-se aguda síntese, com a ajuda das palavras de Aury LOPES JR. (itálicos originais):

[...] a uma Constituição democrática como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático e garantista, até porque a idéia de garantismo brota da Constituição, da noção de garantia substancial que dela emerge.

Assim, devemos definir o fundamento legitimante da existência de um processo penal democrático, através da *instrumentalidade constitucional*, ou seja, o processo como instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas.²⁵⁹

Por esta razão e considerando o caráter instrumental do processo penal²⁶⁰, este não está autorizado a se prestar como pena em si mesmo ou instrumento de

²⁵⁷ NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 50.

²⁵⁸ NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 51.

²⁵⁹ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 02.

²⁶⁰ A instrumentalidade do processo penal pode ser resumida na frase (negritos originais): “**o processo é o caminho necessário para a pena**” (LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 04).

segurança pública, senão como instrumento necessário à averiguação da culpabilidade para só posteriormente servir à aplicação – ou não – da pena.

Desse modo, o caráter instrumental do Processo Penal se complementa à noção de garantismo, posto que aquele é “instrumento de proteção dos direitos e garantias constitucionais”²⁶¹, assim explicado por LOPES JR.:

É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois trata-se de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal e à pena, mas, principalmente, a um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional. Trata-se de limitação do poder e tutela do débil a ele submetido (réu, por evidente), cuja debilidade é estrutural (e estruturante do seu lugar). Essa debilidade sempre existirá e não tem absolutamente nenhuma relação com as condições econômicas ou sociopolíticas do imputado, senão que decorre do lugar em que ele é chamado a ocupar nas relações de poder estabelecidas no ritual judiciário (pois é ele o *sujeito passivo*, ou seja, aquele sobre quem recaem os diferentes constrangimentos e limitações impostos pelo poder estatal). Essa é a **instrumentalidade constitucional** que a nosso juízo funda sua existência.²⁶²

Assim, para que seja possível ser instrumento efetivo a serviço das garantias constitucionais, o Direito Processual Penal – bem como o Direito Penal – ficam balizados pelo princípio reitor do garantismo: o princípio da *secularização*.

Em poucas palavras, esse princípio representa a ruptura do Direito com a Moral e sua materialização racional. É a laicização do Direito que traz, ao seu lado, a invenção da *tolerância*²⁶³, ambos, pressupostos necessários para a construção de um Direito Penal mínimo.

Este é o ponto que permite encaminhar para a conclusão.

Como afirma Salo de CARVALHO, “o ideal de secularização delimita os rumos de incidência [da lei penal], restringindo e desqualificando qualquer tipo de criminalização de condutas refutadas apenas na seara moral”²⁶⁴.

Com efeito, o princípio da legalidade, neste cenário, é o “ponto de partida na construção do modelo garantista”²⁶⁵, entendido, nas palavras de CARVALHO (itálico original):

²⁶¹ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 11.

²⁶² LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 11.

²⁶³ Sobre o tema, ver Capítulo I, item 1.3 em CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. pp. 22-39.

²⁶⁴ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 87.

“[...] como regra semântica que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que somente as leis (e não a moral ou outras fontes externas) dizem o que é crime, e que as leis dizem somente o que é crime (e não o que é pecado). Vê-se, pois, o princípio secularizador balizando a legalidade penal.”²⁶⁶

Ademais, o princípio da legalidade, como exposto no Capítulo 3 (item 3.3), supra, tem o condão de impedir a retroatividade, o costume e a analogia *in malam partem*, exigindo entre outros, a *certeza da lei penal*.

Assim, partindo-se do viés garantista, calcado no princípio da legalidade, conclui-se que conceitos jurídicos indeterminados, incertos, fluidos devem ser reputados inconstitucionais.

Nesse sentido, não encontra lugar no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, pautado nas garantias constitucionais, uma previsão infraconstitucional, afeta ao Processo Penal, este instrumento de efetivação daquelas garantias, que permita o encarceramento prematuro de indivíduos para garantia da *ordem pública*.

²⁶⁵ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. pp. 100-101.

²⁶⁶ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 88.

CONCLUSÕES

Zygmunt BAUMAN quando trata da relação entre o empresário e os empregados dentro da fábrica sintetiza os conflitos intrínsecos às sociedades organizadas sob o modo de produção capitalista, de modo que é possível pensar tais relações dentro da fábrica como um microcosmos da realidade:

Um casamento em que os dois lados sabem que estão unidos por um longo porvir, e no qual nenhum dos parceiros está livre para rompê-lo é necessariamente um lugar de perpétuo conflito. A chance de que os parceiros tenham a mesma opinião em todos os problemas que possam surgir ao longo desse longo futuro é tão pequena quanto a probabilidade de que um deles ceda sempre à vontade do outro, sem tentar melhorar sua posição relativa. E ocorrerão inúmeros confrontos, batalhas campais e incursões guerrilheiras. Só em casos extremos, contudo, as ações de guerra levarão à derrota final de um dos dois parceiros: uma consciência de que essa derrota pode acontecer e o desejo de que seria melhor que não acontecesse serão provavelmente suficientes para romper a 'cadeia cismogênica' antes daquele desfecho ('como ficaremos unidos independente do que aconteça, vamos tentar tornar a convivência suportável'). E assim, em meio à guerra de destruição ocorrem tréguas mais ou menos longas, e entre elas momentos de barganha e negociação. E também tentativas renovadas de compromisso sobre um conjunto comum de regras aceitáveis para ambas as partes.²⁶⁷

A vida em sociedade, esse casamento perpétuo, é dominada por conflitos entre seus integrantes, alguns atinentes à esfera penal e outros não.

O presente manuscrito pretendeu depositar um olhar crítico à atuação do Direito Penal e Processual Penal no que tange à circunstância legal que autoriza o encarceramento prematuro de indivíduos, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, a título de prisão preventiva para garantia da *ordem pública*.

Ora, numa sociedade como a brasileira, conflituosa, mas sob a égide de uma Constituição garantista, a atuação da esfera penal deve ser mínima a fim de permitir a concretização do Estado Democrático de Direito assim instituído constitucionalmente.

Nesse sentido, a obediência às garantias constitucionais pressupõe o respeito ao princípio da legalidade e ao estado de inocência.

Se já é difícil falar em ordem pública numa sociedade que não é ordenada, pois conflituosa, tanto menos é possível encarcerar indivíduos a esse título.

²⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 36.

Ademais, ordem pública é conceito jurídico indeterminado, vago e instável, em crasso desrespeito ao princípio da legalidade.

O Supremo Tribunal Federal, apenas no ano de 2009, consignou para essa expressão inúmeros entendimentos, a exemplo: *periculosidade do agente, gravidade do delito, clamor público, credibilidade das instituições públicas, probabilidade de reincidência*.

Outrossim, a prisão preventiva, modalidade de prisão provisória, em respeito ao princípio da inocência, fica adstrita aos pressupostos de cautelaridade (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*). Porém, como observa Aury LOPES JR.:

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de 'eficiência' do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser 'excepcional' torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares.²⁶⁸

Assim, procurou-se demonstrar que a prisão preventiva para garantia da ordem pública, que não é cautelar, pois não apresenta os pressupostos, está a serviço de um Direito Penal e Processual Penal emergencial e utilitarista, prestando-se o processo não como instrumento para efetivação das garantias constitucionais, mas como pena em si mesmo.

Desse modo, esta espécie de prisão preventiva trai os princípios da legalidade e da inocência, bem como funciona como efetiva pena cumprida pelo imputado, a serviço do discurso oficial da pena, ou seja, realizando a retribuição e a prevenção (geral e especial, positiva e negativa).

Por fim, destacou-se a busca incessante pelo estrangulamento dos abusos de um sistema penal máximo sintetizado nas instituições totais como a prisão, excludente e estigmatizante.

Ainda que de difícil aplicabilidade na atual quadratura do Direito Penal e do Processo Penal, as garantias constitucionais são o norte, o objetivo e a paixão desta monografia.

²⁶⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 60.

REFERÊNCIAS

BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas – Um Estudo Sobre os Preconceitos*. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008.

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

_____. *Criminología y Sistema Penal: Compilación in memoriam*. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2004.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia M. Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de Inocência no Direito Processual Penal Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale... [et. al.]. Coordenação da tradução João Ferreira. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

BORGES, Clara Maria Roman. *A Prisão Cautelar e a Garantia Fundamental da Presunção de Inocência*. Palestra proferida no CONGRESSO POLÔNIA-BRASIL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, promovido pela Pós-Graduação em Direito da UNIBRASIL, em 05 de setembro de 2008, às 09h00min.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Curso de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *A Pena em uma Sociedade Democrática*. In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, ano 01, nº 01. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Relume Dumará, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; CHRISTOFARO, Danilo F. *Execução penal provisória contra o réu: impossibilidade. Direito de recorrer em liberdade*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 04 de maio de 2009.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

Informativo nº. 534. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo534.htm#Pris%C3%A3o%20Preventiva:%20Pend%C3%AAncia%20de%20Recurso%20sem%20Efeito%20Suspensivo%20e%20Execu%C3%A7%C3%A3o%20Provis%C3%B3ria%20-%205>>. Acesso em: 13 de setembro de 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOPES JR. Aury. *Crimes Hediondos e a Prisão em Flagrante como Medida Pré-Cautelar: Uma Leitura Garantista*. In: Garantias Constitucionais e Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

_____. *Prisões Cautelares: fumus boni iuris e periculum in mora? Conceitos impróprios para o Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.aurylopes.com.br/art0003.html>>. Acesso em: 12 de setembro de 2009.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Histeria Universal do Direito Penal: direitos humanos versus terror, inquisição, fascismo, ditadura e autoritarismo*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.pro.br/artigos.php?id=145>>. Acesso em: 10 de outubro de 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Viviane de Freitas; MEZZALIRA, Ana Carolina. *A prisão preventiva a partir da reforma do Código de Processo Penal. Alargamento das hipóteses de incidência e ausência de fixação de um prazo razoável*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2098, 30 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12553>>. Acesso em: 13 set. 2009.

PIERANGELLI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: RT, 1996.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Direito Penal como ultima ratio*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 08 de abril de 2009.

SANGUINÉ, Odone. *A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva*. In: Revista de Estudos Criminais, nº 10. Porto Alegre: Nota Dez, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007.

SUANNES, Aduino. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. São Paulo: RT, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

WACQUANT, Lóic. *Punir os Pobres: A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos [A Onda Punitiva]*. Trad. Sergio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro; Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Função do Direito Penal é Limitar o Poder Punitivo*. Conjur, Rio de Janeiro, 05 de julho de 2009. Entrevista concedida a Marina Ito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>>. Acesso em: 10 de outubro de 2009.

_____. *O Inimigo no Direito Penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.