

2

A PRISÃO PROCESSUAL

2.1

O Instituto da Prisão no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O termo prisão apresenta dúbio sentido no ordenamento jurídico, significa, a um só tempo, o ato de prender, isto é, o termo prisão como sinônimo de captura, bem como, – o termo prisão – referindo-se ao local destinado ao encarceramento da pessoa capturada. Entretanto, além da diversidade de sentidos, o instituto jurídico da prisão também é comum a vários ramos do Direito.

A prisão consistente na restrição da liberdade de locomoção da pessoa pode ocorrer como conseqüência de uma sentença penal condenatória definitiva, daí definida como prisão-pena ou prisão-sanção, prevista e regulada pelo Direito Penal.

Porém, a constrição da liberdade de locomoção pode, também, acontecer durante a persecução penal, quando então recebe a denominação de prisão processual ou prisão provisória. A respeito da eventual confusão entre os sentidos do termo prisão, leciona Delmanto Júnior:

[...] entendemos pertinente fazer algumas considerações acerca do vocábulo **prisão**. Vem ele do latim *prehensio*, de *prehendere*, que 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”. Como é óbvio, o primeiro momento é o da captura, que é “o próprio ato constitutivo da prisão, aquele que a torna efetiva. Uma vez capturada, a pessoa estaria, *lato sensu*, presa. Ao tratar da prisão cautelar, José Frederico Marques aponta que nos tribunais espanhóis da Inquisição já havia a diferenciação entre “o *carcer ad custodiam* (prisão preventiva) e o *carcer ad poenam* (prisão penal)”. (DELMANTO JÚNIOR, 2001, p.78-79).

Entretanto, além da prisão como medida penal – seja de direito material ou prisão-sanção, seja de direito processual penal ou prisão processual – o cerceamento da liberdade de locomoção também pode apresentar caráter extra-penal, em outras palavras, a prisão apresenta-se, no ordenamento normativo, como um instituto jurídico comum a vários ramos do Direito.

Observa-se que a própria Carta Política/88 prevê e disciplina a possibilidade do cerceamento da liberdade de locomoção em hipóteses, nitidamente, não relacionadas à motivação penal, mas, sobretudo, conectadas às finalidades disciplinares e civis.

Dispõe o art. 5º, inciso LXI, que, “ninguém será preso 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”, refere-se a parte final do dispositivo, à prisão de caráter disciplinar, que tem como finalidade bem definida, manter o respeito à hierarquia inerente ao ambiente militar.

Assevera Demercian; Maluly:

A prisão disciplinar é uma providência que a lei concede à autoridade para que a obediência e a ordem prevaleçam em certos serviços. A Constituição Federal admite sua imposição nas transgressões militares e nos crimes propriamente militares, definidos em lei, independentemente de flagrante delito ou ordem de autoridade judiciária (art. 5º, inc. LXI). (DEMERCIAN; MALULY, 2009, p. 165-166).

Por outro lado, o cerceamento da liberdade de locomoção, no âmbito civil apresenta-se como meio de forçar o adimplemento de uma obrigação. A Carta Política/88, no art. 5º, inciso LXVIII, estabelece que, “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”, deste modo, a Constituição Federal/88 permite, tão-somente, a prisão de caráter civil, nas duas citadas hipóteses, isto é, quanto ao devedor de pensão alimentícia e em relação ao depositário infiel¹.

Quanto à finalidade da prisão civil, assevera Demercian; Maluly, “a sua decretação não objetiva a punição do detido por sua conduta ilícita, mas o cumprimento da obrigação que não observou como seu responsável.” (DEMERCIAN; MALULY, 2009, p. 165).

Por fim, tem-se o cerceamento da liberdade de locomoção com motivação e finalidade claramente administrativas, ou seja, a prisão de caráter administrativo como “providência destinada a compelir alguém a fazer alguma coisa”. (MIRABETE, 2007, p. 403).

¹ O entendimento atual do STF é no sentido do cabimento da prisão civil somente em relação ao devedor de pensão alimentícia. Quanto ao depositário infiel, o STF inadmite tal modalidade de prisão, tendo, inclusive, publicado em 12.02.2010 a Súmula Vinculante n.º 25, *in verbis*, “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

A prisão administrativa é disciplinada – equivocadamente² – pelos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal³ e refere-se aos funcionários remissos ou omissos, como também, ao estrangeiro desertor. Apresenta, ainda, caráter administrativo, a prisão do estrangeiro, para fins de expulsá-lo do país e na hipótese de prisão do extraditando para que o mesmo fique a disposição do Supremo Tribunal Federal, conforme arts. 61, *caput*, 69, *caput*, e 81, todos da Lei n.º 6.815/80⁴.

Explicita Machado:

São de natureza administrativa aquelas prisões previstas no art. 319 do CPP para o funcionário remisso (que retarda o recolhimento de dinheiro aos cofres públicos), ou para o omissos (que deixa de recolher aos cofres públicos o dinheiro arrecadado), bem como para o estrangeiro desertor (que abandona embarcação ou serviço militar de país estrangeiro em terras brasileiras). Além dessas hipóteses previstas no Código, a legislação brasileira estabelece também a prisão administrativa do estrangeiro até que seja concluído o inquérito de sua expulsão, assim como do extraditando para assegurar a sua efetiva entrega ao país solicitante por intermédio do Supremo Tribunal Federal, nos termos da Lei nº 6.815/80. (MACHADO, 2009, p. 540).

Embora haja forte manifestação de que a prisão administrativa não fora recepcionada pela Constituição Federal/88⁵, deixando completamente de figurar

² O Código de Processo Penal deveria tratar, tão-somente, da prisão processual, ou seja, do cerceamento da liberdade de locomoção com a finalidade de assegurar o regular desenvolvimento da marcha processual, e não de prisão por motivação e para fins extraprocessuais.

³ Art. 319. A prisão administrativa terá cabimento:

I – contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam;

II – contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional;

III – nos demais casos previstos em lei.

§1.º A prisão administrativa será requisitada à autoridade policial nos casos dos ns. I e III, pela autoridade que a tiver decretado e, no caso do n. I, pelo cônsul do país a que pertença o navio.

§2.º A prisão dos desertores não poderá durar mais de 3 (três) meses e será comunicada aos cônsules.

§3.º Os que forem presos à requisição de autoridade administrativa ficarão a sua disposição.

Art. 320. A prisão decretada na jurisdição cível será executada pela autoridade policial a quem forem remetidos os respectivos mandados.

⁴ Art. 61. O estrangeiro, enquanto não se efetivar a deportação, poderá ser recolhido à prisão por ordem do Ministro da Justiça, pelo prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 69. O Ministro da Justiça, a qualquer tempo, poderá determinar a prisão, por 90 (noventa) dias, do estrangeiro submetido a processo de expulsão e, para concluir o inquérito ou assegurar a execução da medida, prorrogá-la por igual período.

Art. 81. O Ministro das Relações Exteriores remeterá o pedido ao Ministério da Justiça, que ordenará a prisão do extraditando colocando-o à disposição do Supremo Tribunal Federal.

⁵ Neste sentido, esclarece Tourinho Filho, “A prisão administrativa, como bem se percebe pelas circunstâncias que a autorizavam, não tinha a menor relação com os fins do Processo Penal, nem lhe dizia respeito. *Tratava-se* de providência drástica para compelir alguém a praticar determinado ato. *Eram* três as modalidades: **a)** contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo; **b)** a que objetivava a prisão do estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante surto em porto nacional; e, finalmente, **c)** nos demais casos previstos em lei. [...] A Carta Magna de 1988, proclamando que ninguém poderá ser preso senão em virtude de flagrante ou de ordem escrita e fundamentada da Autoridade Judiciária competente, aboliu as prisões administrativas. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 835/836).

no ordenamento jurídico, certo é que, segundo entendimento majoritário, o cerceamento da liberdade de locomoção, de motivação e para fins administrativos, dependerá de decisão da autoridade judiciária, não podendo, a prisão, ser decretada por autoridade administrativa.

Para Demercian; Maluly:

A prisão administrativa, determinada por motivos administrativos, é uma providência destinada a compelir alguém a fazer alguma coisa e está prevista nos arts. 319 e 320 do CPP. Embora a redação do art. 319 sugira que a autoridade administrativa possa requisitá-la, na verdade, com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso LXI), somente a autoridade judiciária competente pode ordená-la. (DEMERCIAN; MALULY, 2009, p. 164).

Assim, além da confusão de sentidos que o termo prisão apresenta, o referido instituto jurídico – a prisão – recebe tratamento próprio de acordo com a motivação e a finalidade que cada ramo do Direito busca com a utilização do cerceamento da liberdade de locomoção da pessoa.

Entretanto, para os estreitos fins da presente pesquisa, torna-se necessário analisar a prisão de caráter processual, ou seja, o cerceamento da liberdade de locomoção decretado, durante o inquérito policial e/ou a instrução criminal, como medida assecuratória da persecução penal e, conseqüentemente, de um provimento jurisdicional justo e eficaz.

2.2

A Natureza Cautelar da Prisão Processual

A prisão-pena, como categoria do direito penal, mais exatamente como espécie de sanção penal, encontra seu fundamento de validade em uma sentença penal condenatória transitada em julgado, isto é, a prisão penal apresenta-se como conseqüência jurídica do crime, aplicada ao acusado – após regular trâmite procedimental, permeado de garantias constitucionais, tais como: os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório – declarado culpado por sentença penal condenatória em face da qual não seja possível a interposição de recurso algum.

A respeito da prisão-pena, esclarece Tourinho Filho:

A prisão-pena (*prisão ad poenam*) é o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de uma infração penal (cf. Cuello Callón, apud Basileu Garcia, Instituições de direito penal, v. 1, t. 2, p. 405). É imposta àquele que for reconhecidamente culpado de haver cometido uma infração penal,

como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada. (TOURINHO FILHO, 2007a, p.392).

A justificação da prisão-pena é apresentada sob o enfoque de três principais teorias: absolutas, relativas e unitárias ou mistas. Ocorre, todavia, e necessário se faz ressaltar, neste momento, que entre pensadores da mesma teoria, pontos de divergências são notados. Entretanto, para o desenvolvimento do tema proposto é suficiente uma abordagem geral das principais características de cada corrente de pensamento.

Pode-se notar como característica essencial das teorias absolutas, sua natureza retributiva, ou seja, o mal da pena como retribuição ao mal causado pelo crime.

Sobre as teorias absolutas, assevera Fragoso:

A pena se funda na justa retribuição, é um fim em si mesma e não serve a qualquer outro propósito que não seja o de recompensar o mal com o mal. Kant ilustrou bem essa concepção dizendo que mesmo se a sociedade civil concordasse em dissolver-se (por exemplo, se o povo que vivesse numa ilha decidisse separar-se e dispensar-se por todo o mundo), o último assassino que estivesse no cárcere teria de ser executado, para que cada um sofra o castigo que merece por seus feitos, e para que não pese a culpa sobre o povo que não insistiu em seu castigo. (FRAGOSO, 1986, p. 288).

Outra preocupação dos adeptos das teorias absolutas consiste no restabelecimento da ordem jurídica abalada pela prática do crime. Neste sentido, manifesta-se Bruno, “retribuição justa do mal injusto que o criminoso praticou e pela qual se processa a reintegração da ordem jurídica violada.” (BRUNO, 1978, p. 03).

Assim, pode-se apontar a natureza retributiva do mal da pena ao mal causado pela prática do crime, o fim em si mesmo e o restabelecimento da ordem jurídica abalada como os pontos centrais das teorias absolutas.

Já para as teorias relativas, a pena apresenta uma essencial finalidade utilitária, na medida em que, diferentemente das teorias absolutas, procuram justificar a pena a partir de fins preventivos.

Sobre as teorias relativas, discorre Bruno:

Para toda teoria absoluta, a razão de ser da sanção penal está no passado, no crime cometido pelo agente, que uma exigência de ordem religiosa, moral ou jurídica força a castigar. Para as teorias relativas, aquela razão de ser está no futuro, na prática de novos crimes, que o Estado tem o dever de prevenir. (BRUNO, 1978, p. 34).

Vale ressaltar que as teorias relativas da pena, como gênero, são compostas por duas espécies distintas: a prevenção geral e a prevenção especial. A prevenção geral consiste na ameaça de imposição de pena a quem cometer o crime, ou seja, busca-se inibir o cometimento do crime através da ameaça da cominação da pena.

Já a prevenção especial, preocupa-se, também, em evitar a prática de crimes, porém é voltada, em particular, para aquelas pessoas que cometeram delitos, tentando evitar o retorno delas à delinquência.

Na lição de Fragoso:

As teorias relativas, partindo de uma concepção utilitária da pena, justificam-na por seus efeitos preventivos. Distingue-se aqui a prevenção geral e a prevenção especial. Prevenção geral é a intimidação que se supõe alcançar através de ameaça da pena e de sua efetiva imposição, atemorizando os possíveis infratores. A prevenção especial atua sobre o autor do crime, para que não volte a delinquir. A prevenção especial opera através da emenda do condenado ou de sua intimidação, ou, ainda, da inculcação dos incorrigíveis. (FRAGOSO, 1986, p. 288).

Por fim, as teorias unitárias ou mistas conjugam a natureza retributiva das penas com a finalidade de inibir a prática de crimes, bem como, emendar o criminoso, em outras palavras, as teorias unitárias ou mistas procuram concentrar, em uma só, as principais características das teorias absolutas e das teorias relativas.

Entretanto, todo o exposto sobre o fundamento de validade e as teorias justificantes a respeito da prisão-pena são próprios e exclusivos desta categoria jurídica de direito penal, não se prestando, em face da ordem constitucional estabelecida pela Carta Política/88, a legitimar a prisão processual, instituto jurídico próprio do processo penal.

Enquanto o Código de Processo Penal de 1941, em sua redação original, assentava-se sobre os pilares da presunção de fuga e da presunção de culpa que recaiam sobre o acusado – sobremaneira quanto ao acusado colhido em flagrante delito – a prisão processual constituía verdadeira execução antecipada da pena.

Considera Oliveira:

Inspirado na legislação processual italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. [...] Na redação primitiva do CPP, até mesmo a

sentença absolutória não era suficiente para restituir a liberdade do réu, dependendo do grau de apenação da infração penal (o antigo art. 596). Do mesmo modo, dependendo da pena abstratamente cominada ao fato, uma vez recebida a denúncia, era decretada, automaticamente, a prisão preventiva do acusado, como se realmente do culpado se tratasse [...]. (OLIVEIRA, 2008, p. 05).

Entretanto, com o advento da Constituição Federal/88 que proclamou o princípio da presunção de inocência, em seu art. 5º, inciso LVII, assegurando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, a legitimidade da prisão processual passou a exigir nova configuração.

Observa-se que nesta ordem constitucional estabelecida pela Carta Política/88, em que o valor liberdade é a regra, a exceção, isto é, a restrição da liberdade de locomoção, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, exige fundadas razões de necessidade.

É de se notar, porém, que não será uma necessidade contingente que terá o condão de legitimar a prisão processual, mas tão-somente aquela – necessidade – diretamente relacionada à tutela da jurisdição penal, ou seja, no sentido de acautelar o regular desenvolvimento do processo penal.

Na lição de Machado:

Importante destacar que, em sistemas políticos inspirados pela ideologia do liberalismo, as medidas cautelares penais, sobretudo aquelas que implicam a restrição da liberdade do indivíduo antes mesmo do provimento jurisdicional definitivo de culpa, são medidas que deverão ser tomadas sempre em caráter absolutamente excepcional e em situações de concreto risco para a efetividade da jurisdição. Fora desses casos de absoluta necessidade, sobretudo numa atmosfera liberal, a constrição da liberdade do indivíduo sempre será um constrangimento intolerável, chegando a configurar abuso de autoridade por parte de quem a ordena ou executa. (MACHADO, 2009, p. 451).

Embora no processo penal não exista – como na processualística civil – ao lado dos típicos processos de conhecimento e de execução, um autêntico processo cautelar, torna-se inegável a presença de medidas cautelares que podem ser decretadas no curso dos processos de conhecimento e/ou de execução penal.

Quanto à existência tão-somente de medidas cautelares e não de processo cautelar, na doutrina processual penal, assevera Tucci:

[...] no âmbito deste [do processo penal], só há lugar para a efetivação de medidas cautelares, desenroladas no curso da persecução ou da execução penal, e não

para ação ou processo cautelar, que exigem, para sua realização, a concretização de procedimento formalmente estabelecido em lei. (TUCCI, 2002, p. 107).

Por fim, conclui Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, citado por Lima:

No processo penal a tutela cautelar é prestada independentemente do exercício de uma ação da mesma natureza, que daria origem a um processo cautelar, mas sim por meio de simples medidas cautelares, sem a necessidade de um processo cautelar autônomo, com base procedimental própria [...] é possível afirmar, portanto, que não há no campo penal um verdadeiro processo penal cautelar. O que existe são medidas cautelares que funcionam como incidentes de outro processo. Não há processo cautelar autônomo. (LIMA, 2005, p. 95).

Tal como na doutrina processual civil, onde se afigura o autêntico processo cautelar, no processo penal, através das medidas cautelares, a razão de ser da tutela cautelar repousa na garantia de eficácia da decisão final, isto é, as providências cautelares, sejam decretadas em processo autônomo – doutrina processual civil –, sejam ordenadas no próprio processo de conhecimento – processualística penal –, visam a assegurar a eficácia e a utilidade da sentença definitiva.

Na lição de Marques:

As providências cautelares possuem caráter instrumental: constituem meio e modo de garantir-se o resultado da tutela jurisdicional a ser obtida através do processo. Destinam-se elas a impedir que o desenrolar demorado do processo, com os trâmites do *iter procedimental* que a lei traça previamente, possa tornar inócua a prestação jurisdicional que as partes procuram conseguir. A finalidade do processo é a atuação do Direito objetivo em determinada situação concreta, a fim de compor um litígio ou conflito de interesses. Com as providências cautelares – como salienta VITTORIO DENTI – busca-se “garantir, ao processo, a consecução integral de seu escopo, para que os meios de que deve servir-se ou a situação sobre a qual irá incidir não se modifiquem ou se tornem inúteis, antes ou durante o desenrolar do procedimento, frustrando-se, em conseqüência, a atuação da vontade da lei material. (MARQUES, 2000, p. 11).

Percebe-se, assim, o caráter instrumental das medidas cautelares, uma vez que não apresentam “um fim em si mesmas”, mas visam tutelar o normal desenvolvimento da apuração do fato aparentemente criminoso e sua respectiva autoria e, conseqüentemente, assegurar a utilidade e eficácia do derradeiro provimento jurisdicional.

Na lição de Fernandes:

No intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a

atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Há, então, a necessidade de medidas cautelares, que eliminem ou amenizem esse perigo. São providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte e não realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa. (FERNANDES, 2007, p. 323).

Importante ressaltar, também, que as medidas cautelares não guardam nenhuma relação com a decisão final do processo, ou seja, as medidas cautelares não se prestam a antecipar o resultado do processo, senão, tão-somente, garantir as condições, de fato e processuais, necessárias à resolução útil da causa.

Sobre a finalidade e os objetivos do processo cautelar, na processualística civil – porém, uma vez realizadas as necessárias adequações, também se estendem às medidas cautelares na doutrina processual penal –, assevera Theodoro Júnior:

As medidas cautelares não têm um fim em si mesmas, já que toda sua eficácia opera em relação a outras providências que hão de advir em outro processo.[...] Não se trata, porém, de antecipar o resultado do processo principal, porque os objetivos do processo cautelar são diversos daqueles procurados por este. Assim, o principal tem por escopo a definitiva composição da lide, enquanto o cautelar apenas visa afastar situações de perigo para garantir o bom resultado daquela mesma composição da lide. Na verdade, o processo principal busca tutelar o direito, no mais amplo sentido, cabendo ao processo cautelar a missão de tutelar o processo, de modo a garantir que o seu resultado seja eficaz, útil e operante. Não se pode, evidentemente, entender o processo cautelar senão ligado a um outro processo, uma vez que as medidas preventivas não são satisfativas, mas apenas conservativas de situações necessárias para que o processo principal alcance resultado realmente útil. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 543).

Uma vez estabelecidos os contornos da medida cautelar como categoria jurídica da doutrina processual penal, apartada do processo cautelar, instituto próprio da processualística civil, necessário se faz analisar suas características e pressupostos que conferem validade à prisão processual.

Para Lopes Júnior, a prisão processual, de nítida natureza cautelar, orienta-se pelos princípios da jurisdicionalidade, provisionalidade, excepcionalidade e proporcionalidade. Sintetiza o autor:

Jurisdicionalidade: Toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada. A doutrina majoritária aponta como exceção a esse princípio a prisão em flagrante, na realidade, o flagrante é pré-cautelar⁶[...].

⁶ Na lição de Lopes Júnior: A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade

Por isso, não observa o princípio da jurisdicionalidade.[...] Ainda nessa dimensão, insere-se a necessidade de observância do Princípio da Legalidade, de modo que somente podem ser utilizadas medidas cautelares previstas em lei e nos limites da lei.

[...]

Provisionalidade: Nas prisões cautelares, a provisionalidade é um princípio básico que tem sido pouco observado no sistema brasileiro. As medidas cautelares são, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida [...], deve cessar a prisão. [...] O princípio da provisionalidade decorre do art. 316 do CPP, segundo o qual a prisão preventiva (ou qualquer outra cautelar) poderá ser revogada a qualquer tempo, no curso do processo ou não, desde que desapareçam os motivos que a legitimam, bem como pode ser novamente decretada, desde que surja a necessidade.

[...]

Excepcionalidade: A excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam.

[...]

Proporcionalidade: [...] As medidas cautelares pessoais estão localizadas no ponto mais crítico do difícil equilíbrio entre dois interesses opostos, sobre os quais gira o processo penal: o respeito ao direito de liberdade e a eficácia na repressão dos delitos. O Princípio da Proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida [...]. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das conseqüências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá se converter em uma pena antecipada, sob pena de flagrante violação à presunção de inocência. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 53-60).

No contexto processual penal, além dos princípios que orientam o regime das medidas cautelares, a decretação da prisão processual exige a existência dos seguintes pressupostos específicos: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Isto porque, a utilização das expressões *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, categorias típicas da doutrina processual civil, no âmbito do processo penal, consiste em grave imprecisão terminológica.

Segundo Lopes Júnior:

O equívoco em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia. Constitui uma

policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora preventiva) ou não. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 64).

impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é a “fumaça do bom direito”? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese! No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o **requisito** para decretação de uma prisão cautelar é a existência do ***fumus commissi delicti***, enquanto probabilidade de ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 49).

E, completa o autor:

[...] a doutrina considera equivocadamente o *periculum in mora* como outro requisito das cautelares. [...] A confusão aqui vai mais longe, fruto de uma equivocada valoração do perigo decorrente da demora no sistema cautelar penal. [...] O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto. O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 49-50).

Desta forma, utiliza-se – conforme a terminologia adequada – as categorias jurídicas do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* como pressupostos específicos das medidas cautelares no âmbito processual penal em substituição aos notórios conceitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* tão próprios das providências cautelares na processualística civil.

2.3

A Prisão Processual como Instrumento de Tutela da Persecução Penal

Como se observa, o fundamento de validade do encarceramento do acusado antes de uma sentença penal condenatória estruturar-se-á, sempre, sobre os princípios e pressupostos das medidas cautelares. Entretanto, necessário se faz definir a finalidade da prisão processual na ordem constitucional imposta pela Carta Política/88.

Uma vez consolidado o monopólio do poder punitivo – *jus puniendi* – pelo Estado, este assume relevantes funções daí derivadas: tanto no sentido de editar normas penais, definindo condutas criminosas e estabelecendo as

respectivas sanções; como também, em caso de inobservância das referidas normas penais incriminadoras, aplicar as sanções legais aos seus autores.

Explica Lopes Júnior:

A titularidade exclusiva por parte do Estado do poder de punir (ou penar, se considerarmos a pena como essência do poder punitivo) surge no momento em que é suprimida a vingança privada e são implantados os critérios de justiça. O Estado, como ente jurídico e político, avoca para si o direito (e o dever) de proteger a comunidade e também o próprio réu, como meio de cumprir sua função de procurar o bem comum, que se veria afetado pela transgressão da ordem jurídico-penal, por causa de uma conduta delitiva. (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 21).

Todavia, as normas de direito penal não são auto-aplicáveis, isto é, praticada uma infração penal, a respectiva sanção não pode ser imediatamente imposta ao seu autor pelo Estado, titular exclusivo do poder punitivo.

Com efeito, a efetiva aplicação da sanção penal exige do Estado uma intensa movimentação que se inicia no momento da prática do fato aparentemente criminoso – instante em que surge o *jus puniendi* – e se estende até o trânsito em julgado da sentença penal.

Neste sentido, denomina-se persecução penal, a atividade estatal desenvolvida a fim de verificar a materialidade do crime, bem como, a responsabilidade penal do indigitado autor e, conseqüentemente, aplicar-lhe a sanção penal, ou então, restando demonstrada alguma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, a absolvição do acusado, impõe-se.

Leciona Tucci:

[a] persecução penal (*persecutio criminis*), consubstanciada numa atuação de agentes estatais destinada à verificação da existência material da infração e da culpabilidade de seu autor, para conseqüente aplicação das normas de Direito Penal material ao caso concreto; e dividida no sistema processual penal vigente no Brasil, em duas fases⁷, a saber: a) a primeira, pré-processual – administrativa na forma e na substância, e judiciária no tocante à sua finalidade –, de nominada investigação criminal (*informatio delicti*), e efetuada, em regra, por órgãos da administração Pública, especialmente, a Polícia Judiciária; e, b) a outra, de *instrução criminal* e corresponde, propriamente, à ação penal – dotada de

⁷ O autor entende que a execução penal, consiste em “imprescindível complemento da persecução penal quando aquele [processo de conhecimento] culmina com julgamento condenatório.” (TUCCI, 2009, p. 31). Entretanto, há entendimento que a execução penal consistiria na terceira fase da persecução penal, por todos, Bonfim, “[a] persecução penal é o caminho que percorre o Estado-Administração para satisfazer a pretensão punitiva, que nasce no exato instante da perpetração da infração penal. A *persecutio criminis* divide-se em três fases: investigação preliminar (compreende a apuração da prática de infrações penais, com vistas a fornecer elementos para que o titular da ação penal possa ajuizá-la), ação penal (atuação junto ao Poder Judiciário, no sentido de que seja aplicada condenação aos infratores, realizando assim a concretização dos ditames do direito penal material diante de cada caso concreto que se apresentar) e execução penal (satisfação do direito de punir estatal, reconhecido definitivamente pelo Poder Judiciário).” (BONFIM, 2009, p. 98).

inquisitividade, na sua essência; e *formalmente acusatória* –, que culmina, [...] com a aplicação da pena ou medida de segurança em lei estabelecida ao infrator perseguido e tido como culpado, ou com a absolvição do inocente. (TUCCI, 2009, p. 29-30).

Nota-se assim que a persecução penal é composta por duas fases distintas e bem definidas: a primeira, de caráter nitidamente administrativo – pré-processual – e, direcionada à coleta de informações preliminares referentes à materialidade e a autoria da infração penal; a segunda, ocorre perante o Poder Judiciário, através da realização da jurisdição penal, aplicando a norma de direito penal ao caso concreto em análise.

No direito brasileiro, o inquérito policial figura como o principal – porém, não exclusivo⁸ – meio de investigação preliminar, cuja titularidade é conferida à Polícia Judiciária: Polícia Civil, na esfera da Justiça Estadual e; Polícia Federal, no âmbito da Justiça Federal.

Considera Oliveira:

A fase de investigação, portanto, em regra promovida pela polícia judiciária, tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal. Exatamente por isso se fala em fase pré-processual. Tratando-se de procedimento tendente ao cabal e completo esclarecimento do caso penal,

⁸ O ordenamento jurídico brasileiro prevê outras modalidades de investigação preliminar além do inquérito policial. Sobre o tema, Sintetiza Távora; Alencar, “Certamente não desejou o nosso legislador, nem mesmo o constituinte, que as investigações criminais fossem exclusivas da polícia. Tanto é verdade que existe a possibilidade do desenvolvimento de procedimentos administrativos, fora da seara policial, destinados à apuração de infrações penais e que podem perfeitamente viabilizar a propositura da ação criminal. Senão vejamos: a) Inquéritos parlamentares, patrocinados pelas Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPIs), e que por força do art. 1º da Lei n.º 10.001/2000, remeterão os respectivos relatórios com a resolução que o aprovar aos chefes do Ministério Público da União ou dos Estados, ou ainda às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão, conforme o caso, para prática de atos de sua competência. [...] b) Inquéritos policiais militares, que, a teor do art. 8º do Código de Processo Penal Militar, estão a cargo da polícia judiciária militar, composta por integrantes de carreira. [...] c) Inquérito civil, disciplinado no art. 8º, § 1º, da lei n.º 7.347/1985, é presidido pelo Ministério Público e objetiva reunir elementos para a propositura da ação civil pública. Pode perfeitamente embasar ação de âmbito criminal. d) Inquérito Judicial – tratado na antiga Lei de Falências (Dec-lei n.º 7.661/1945) –, que consistia em um procedimento preparatório para a ação penal, presidido pelo juiz de direito, e irrigado pelo princípio do contraditório e da ampla defesa. A nova Lei de Falências, contudo, revogando o diploma anterior, não disciplinou o instituto, de sorte que, [...] o inquérito judicial encontra-se revogado pela nova Lei de Falências (Lei n.º 11. 101/2005). [...] e) Inquéritos por crimes praticados por magistrados ou promotores, nos quais as investigações são presididas pelos órgãos de cúpula de cada carreira. [...] f) Investigações envolvendo autoridades que gozam de foro por prerrogativa de função. Nestas hipóteses [...] as investigações vão tramitar perante o tribunal onde a referida autoridade desfruta de foro privilegiado. [...] g) Investigações particulares, que podem embasar a ação penal, contudo encontram ampla limitação em razão dos poucos recursos do cidadão para a colheita de elementos probatórios. h) Investigações a cargo do Ministério Público: é perfeitamente possível ao Ministério Público a realização de investigações no âmbito criminal. Perceba que não se deseja a presidência do inquérito policial pelo Ministério Público, [...]. O que se pretende, sendo plenamente possível por decorrência do texto constitucional, é a possibilidade do órgão ministerial promover, por força própria, a colheita de material probatório para viabilizar o futuro processo. (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 73-74).

destinado, pois, à formação do convencimento (*opinio delicti*) do responsável pela acusação. (OLIVEIRA, 2008, p. 37).

A fase propriamente judicial da persecução penal inicia-se com o oferecimento da denúncia e, estende-se até a sentença penal definitiva. E, embora o inquérito policial seja dispensável – o titular da acusação pode ofertar a denúncia tendo por fundamento quaisquer peças de informação –, para a imposição da sanção penal torna-se imprescindível a prévia existência de um provimento judicial irrecorrível reconhecendo a existência do crime e declarando a responsabilidade penal do acusado.

Assim, a jurisdição penal surge como pressuposto da sanção penal e, o processo como o único *iter* procedimental idôneo a conduzir à imposição da pena.

Neste sentido, Assevera Lopes Júnior:

Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto típico, mas também que exista previamente o devido processo penal. A pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo. **A pena depende da existência do delito e da existência efetiva e total do processo penal, posto que, se o processo termina antes de desenvolver-se completamente (arquivamento, suspensão condicional, etc.) ou se não se desenvolve de forma válida (nulidade), não pode ser imposta uma pena.** Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. **Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena.** Assim, fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois **o processo penal é o caminho necessário para a pena.** (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 22).

Neste contexto – da necessária jurisdicionalização da pena – o processo penal caracteriza-se como o instrumento de legitimação da imposição da sanção através da manifestação da jurisdição penal.

Quanto ao caráter instrumental do processo penal, considera Lopes Júnior:

A [Instrumentalidade] do processo penal reside no fato de que a norma penal apresenta, quando comparada com outras normas jurídicas, a característica de que o preceito tem como conteúdo um determinado comportamento proibido ou imperativo e a sanção tem como destinatário aquele poder do Estado, que é chamado a aplicar a pena. Não é possível a aplicação da reprovação sem o prévio processo, nem mesmo no caso de consentimento do acusado, pois ele não pode se submeter voluntariamente à pena, senão por meio de um ato judicial (*nulla poena sine iudicio*). (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 24).

Por fim, imperioso se faz estabelecer o significado de processo penal. Entretanto, a definição de referida categoria jurídica – processo penal – deve, necessariamente, correlacionar-se com os institutos da pena e da jurisdição penal.

Neste ponto, nota-se que o conceito de processo penal comporta definição tanto em sentido amplo, como também, em sentido estrito. Em sentido amplo, o processo penal constitui o veículo de manifestação da jurisdição penal, isto é, conforme assevera Oliveira, o processo penal como “instrumento por meio do qual se manifesta a jurisdição, devendo, pois, ser encarado sob o prisma de sua finalidade: o provimento judicial final, com a solução da controvérsia e a concretização da atuação do Direito.” (OLIVEIRA, 2008, p. 509).

Por outro lado, o processo penal entendido em sentido estrito, “representa, na verdade, mais uma forma de autolimitação do Estado do que propriamente um meio de punição.” (COLEN, 2002, p.110). Em outras palavras, a imposição da pena pelo Estado – titular exclusivo do direito de punir – somente legitima-se através da observância do devido processo penal – compreendido como o processo penal permeado de todas as garantias fundamentais de caráter processual.

A respeito do devido processo penal, explicita Tucci:

[...] especifica-se o *devido processo penal* nas seguintes garantias: a) de acesso a Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; e, h) da legalidade da execução. Determinam elas, por sua vez, inequívoca e inexoravelmente, que a pessoa física integrante da coletividade não pode ser privada de sua liberdade, ou de outros bens a ela correlatos, sem o *devido processo penal*, em que se realize a *ação judiciária*, atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais – quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental –, e de sorte a tornar efetiva a atuação da Justiça Criminal, tanto na inflicção e na concretização da sanção (pena ou medida de segurança), como na afirmação do *ius libertatis*. (TUCCI, 2009, p. 61-62).

E conclui o autor:

E tudo isso, com o pleno vigor de três postulados básicos, quais sejam os atinentes à inadmissibilidade de sujeição à *persecutio criminis* sem que tenha ocorrido a prática de fato típico, antijurídico e culpável, e haja, correlatamente, indícios de autoria (*nulla informatio delicti sine crimen et culpa*); à jurisdicionalização da imposição de pena ou de medida de segurança (*nulla poena sine iudicio*); e à vedação de realização satisfativa do *ius puniendi*, provisória ou

definitivamente, antes de transitada em julgado sentença condenatória (*nulla executio sine titulo*). (TUCCI, 2009, p. 62).

Neste sentido, a prisão processual torna-se o instrumento de proteção da persecução penal, que tem início com a prática do fato aparentemente criminoso e se estende até o trânsito em julgado da sentença penal definitiva.

Na lição de Oliveira:

[...] a prisão preventiva [espécie de prisão processual] revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo. A prisão preventiva, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade. (OLIVEIRA, 2008, p. 413-414).

Assim, a prisão processual estrutura-se sobre os princípios e pressupostos das medias cautelares e apresenta como finalidade a tutela da persecução penal, podendo ser decretada durante a investigação preliminar – seja realizada através de inquérito policial, seja desenvolvida por quaisquer outros procedimentos investigatórios – e/ou, posteriormente, no curso do processo penal, desde que anterior à sentença penal definitiva.

2.4

A Prisão Processual e o Princípio da Presunção de Inocência

Como se percebe, Ferrajoli propõe a total abolição da prisão processual no processo penal – como já exposto⁹ – afirmando que a privação da liberdade de locomoção do acusado antes de uma decisão condenatória irrecorrível afronta o postulado da presunção de inocência e, conseqüentemente, o princípio da jurisdicionariedade, expresso na proposta garantista pelo seguinte axioma, “*nulla culpa sine iudicio*”.

Entretanto, torna-se importante ressaltar que o princípio da presunção de inocência não deve ser invocado para desautorizar toda e qualquer sorte de encarceramento do acusado antes de uma decisão penal condenatória definitiva, como sugere Ferrajoli.

⁹ No título: 1.5. A Ilegitimidade da Prisão processual na Teoria do Garantismo Penal.

Outrossim, o princípio da presunção de inocência deve ser utilizado no sentido de estabelecer o limite de validade do cerceamento da liberdade de locomoção do acusado, durante a persecução penal, ou seja, o postulado da presunção de inocência como parâmetro para se aferir a legitimidade da prisão processual do acusado.

Embora não haja consenso doutrinário sobre a origem do postulado, não se pode negar a afirmação do princípio da presunção de inocência a partir da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 9º, *in verbis* “*Tout homme étant présumé innocent jusq’ a ce qu’ il ait été déclaré coupable; s’ il est jugé indispensable de l’ arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s’ assurer de as personne, doit être sévèrement reprimée par la loi.*”¹⁰, proclamada no final do século XVIII.

Para Gomes Filho, a citada garantia fundamental – presunção de inocência – inserida na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, apresentava duas nítidas dimensões de atuação: a primeira, como regra de julgamento, incidindo diretamente no âmbito probatório e, que transfere ao órgão acusatório o encargo da prova do crime e da responsabilidade penal do acusado; a segunda, como regra de tratamento, determinado que o acusado seja considerado inocente até decisão condenatória definitiva. Portanto, a regra é que o acusado aguarde o julgamento em liberdade e, a exceção, ou seja, a restrição da liberdade de locomoção, somente se justifique em hipóteses excepcionais.

Considera Gomes Filho:

A fórmula [art. 9º da DDHC] então adotada já permite entrever um duplo significado do preceito declarado pela Assembléia Nacional Francesa como “direito natural, inalienável e sagrado do homem”: de um lado, regra processual segundo a qual o acusado não está obrigado a fornecer provas de sua inocência, pois esta é de antemão presumida (“*étant présumé innocent*”); de outro lado, princípio que impede a adoção de medidas restritivas da liberdade pessoal do acusado antes do reconhecimento da culpabilidade, salvo os casos de absoluta necessidade “*pour s’ assurer de as personne*”. (GOMES FILHO, 1991, p. 09).

A inserção do princípio da presunção de inocência no referido documento político – Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – visava

¹⁰ Na tradução de Tourinho Filho, “todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se for indispensável sua prisão, todo rigor desnecessário, empregado para efetuar-lá, deve ser severamente reprimido pela Lei.” (TOURINHO FILHO, 2007b, p. 62).

fundamentalmente impor limites à intervenção punitiva, empregada pelo Estado Absolutista como expressão de poder e instrumento de perseguição.

Considera Camargo:

A DDHC, no que tange ao tratamento do acusado de algum delito, não deixa de ser fruto do movimento de reforma da legislação punitiva, em curso na segunda metade do século XVIII [...]. Esse movimento, [...] teve como marco inicial a obra de Marquês de Beccaria *Dei delitti e delle pene*, publicada em 1764, que concretizou as idéias posteriormente defendidas pelo grupo, composto de filósofos e de juízes, que tinha como objetivo reagir contra o desequilíbrio de poder, característico do absolutismo, que concentrava o poder de punir em poucos pontos, punindo com exagero, contudo sem agir sobre todo o corpo social. (CAMARGO, 2005, p. 26-27).

Em um segundo momento histórico, as discussões sobre o princípio da presunção de inocência integraram os acalorados debates entre os penalistas italianos. Para os adeptos da denominada Escola Clássica, o processo penal, caracterizar-se-ia como instrumento, tanto de punição dos culpados, como também de proteção dos inocentes.

Explicita Carrara:

[...] é evidente que os institutos processuais devem ser adequados a um duplo serviço: tutela do direito que têm os bons à punição do culpado, e tutela do direito que tem o processado de não ser submetido a punição sem culpa, ou além da justa medida da sua culpa. Não se pode alcançar o verdadeiro conceito racional dos estatutos de processo punitivo, se não se dirige o espírito ao escopo da tutela do direito, neste seu dúplice aspecto. Daí nasce a dificuldade máxima para quem se ponha a ditar regras de processo penal: refiro-me à dificuldade de conciliar a tutela do direito no acusado, com a tutela do direito nos consociados. No conflito entre essas duas necessidades, qual a que deve prevalecer? Sem dúvida a de tutelar o direito do acusado. (CARRARA, 1957, p. 295-296).

E conclui o autor:

É palpável a razão principal de tal resposta, pois, violado o direito em prejuízo do acusado, ocasiona-se um mal *certo e positivo*, a condenação do inocente; ao passo que, se se preferir a absolvição no caso de dúvida, ter-se-á, perante a verdade oculta, violado o direito que tinham os associados à punição do culpado, não se produzindo mais que simples *perigo*. De modo que a diferença entre as duas conseqüências é precisamente a que ocorre entre enfrentar um *mal* e enfrentar um *perigo*. Além disso, ao mal real da condenação do inocente volta a reunir-se um duplo perigo também para os associados: 1.º, o perigo de que o verdadeiro culpado, assim conservado impune, extraia daí incitamento a novas lesões do direito. 2.º, o perigo que pesa sobre cada um de ser, por sua vez, vítima de um erro judiciário, pelo qual os cidadãos hesitam entre o temor dos crimes e o temor das aberrações judiciais, sentindo-se eles próprios sempre menos seguros, e antipática a justiça. (CARRARA, 1957, p. 296-297).

Com efeito, ao vislumbrar a prevalência da proteção dos direitos fundamentais como finalidade do processo penal, Carrara reconhece a presunção de inocência como pressuposto da persecução penal e, ao mesmo tempo, como garantia individual do acusado durante todo o processo penal e, que somente deixa de existir – a presunção de inocência – após decisão condenatória irreversível.

Por outro lado, os penalistas da Escola Positiva motivados pelos altos índices de criminalidade que assolavam os países europeus na segunda metade do século XIX, fruto da crescente e desenfreada revolução industrial, elevaram o sistema punitivo – direito penal e direito processual penal – à instrumento de defesa social e, rejeitaram a importância do postulado da presunção de inocência tão caro aos ideais da Escola Clássica.

Consoante Gomes Filho:

Em contraposição às colocações dos clássicos, os estudiosos ligados ao positivismo criminológico, correntes em seu propósito de estudar o crime e a punição a partir dos subsídios fornecidos pelas ciências biológicas e sociais, e preocupados, sobretudo, com a defesa da sociedade contra o crime, negaram à presunção de inocência o valor que lhe emprestaram as colocações puramente jurídicas da Escola Clássica. Dentre estes, sobressai Garofalo pela radical oposição às teses clássicas, consideradas abstratas e deduzidas de princípios não demonstrados; para ele, [...] a presunção mais razoável é de culpabilidade, porquanto na maioria dos casos o julgamento é antecipado pela opinião pública e o réu já comparece a juízo com maior probabilidade de condenação; enfim, não se deve presumir a inocência do acusado, nem declará-lo culpado; ele é o que é: imputado. (GOMES FILHO, 1991, p. 14).

Para Ferri, também expoente da Escola Positiva, ainda que não negasse peremptoriamente o princípio da presunção de inocência e, reconhecesse o processo penal como instrumento de proteção do inocente, sustentava a exclusão da referida garantia individual – presunção de inocência – nas hipóteses de prisão em flagrante e confissão do acusado.

Entendia o autor que nestes casos – prisão em flagrante e confissão do acusado –, desde que corroborados através de outros elementos de convicção, não fazia sentido lógico sustentar o princípio da presunção de inocência como postulado ético-político do processo penal.

Esclarece Ferri:

A presunção de inocência, e com ela a regra mais geral *indubio pro reo* tem seguramente um fundo de verdade e até é obrigatória, quando se trata do período preparatório do juízo, ou seja, do procedimento de instrução, e não existem todavia, contra o que é objeto da informação mais que simples suposições ou indícios. Esta presunção, deriva da necessidade de considerar a todo cidadão

como honrado, entretanto não se prove o contrário, goza por ela de uma base positiva incontestável; posto que os delinquentes (compreendendo entre eles aos que não são descobertos), não são mais que uma escassa minoria em comparação com o número total de gente honrada. Aquela deverá, pois, só no que se refere a prova material do feito perseguido, para a responsabilidade física do processado que nega ser o autor do ato incriminado. Mas quando se trata de um flagrante delito ou de uma confissão do processado, confirmada por outros dados, esta presunção, que lhes é favorável, não me parece ter a mesma força lógica ou jurídica. (FERRI, 2006, p. 241).

Por fim, os penalistas filiados a Escola Técnico-Jurídica teceram contundentes críticas ao postulado da presunção de inocência. Com origem, essencialmente, nos ensinamentos do catedrático alemão Franz Von Liszt, os expoentes da Escola Técnico-jurídica, sobretudo Vincenzo Manzini, atribuía ao processo penal a finalidade precípua de verificar a existência do crime e, demonstrar a responsabilidade penal do acusado, propósitos estes, incompatíveis com o princípio da presunção de inocência.

Para Manzini, o acatamento do princípio da presunção de inocência impediria, portanto, a instauração do processo penal, assim como, a imposição ao acusado, de qualquer medida restritiva de liberdade durante a persecução penal.

Afirma Camargo:

Expressando oposição ao ponto de vista de Carrara, para o qual o processo estava intimamente ligado à proteção da inocência, fundamentando-se na necessidade de tutelar o indivíduo inocente, que estava sendo acusado de um ato delituoso, Manzini deixou claro que o Processo Penal busca a certeza da culpa, reunindo provas e valorizando-as em conjunto, para que não parem dúvidas no que diz respeito à punibilidade concreta do acusado. Partindo-se desse contraponto, é possível imaginar qual a interpretação e o alcance pretendido para a presunção de inocência, de acordo com a Escola Técnico-Jurídica. [...] O primeiro argumento que o autor utilizou para derrubar a presunção de inocência foi o de que nenhum procedimento coercitivo poderia ser iniciado contra o acusado, como a prisão preventiva ou em flagrante delito, nem mesmo o Processo poderia ser iniciado, caso o acusado tivesse a seu favor a presunção de inocência. Havia uma clara contrariedade em afirmar a pretensa inocência diante desses procedimentos, que encontravam motivo em indícios de fato e de direito, que *presumiam a culpabilidade* do acusado. Essa presunção de culpa era essencial para conceder as acusações uma base de argumentos e incentivos, ideais para seu desenvolvimento. (CAMARGO, 2005, p. 46).

A negação da presunção de inocência constituiu o eixo central sobre o qual a Escola Técnico-Jurídica desenvolveu seus argumentos sobre o instituto jurídico do processo penal, como instrumento eminentemente autoritário e voltado para a defesa social.

Não por outra razão que as idéias propugnadas pela Escola Técnico-Jurídica foram bem recebidas e, assim, aproveitadas pelo projeto político fascista, na elaboração da legislação processual penal, sobretudo, no Código de Processo Penal, de 1931 que serviu de referencial para a elaboração do Código de Processo Penal brasileiro, em 1941.

Adverte Gomes Filho:

As colocações técnico-jurídicas tiveram, como é sabido, importância fundamental nos trabalhos de elaboração do Código de Processo Penal italiano, de 1931, que, por sua vez, serviu de modelo ao nosso estatuto de 1941, ainda em vigente, editado durante o estado Novo, com o objetivo declarado de oferecer “maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem”. Dessa forma, “no seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. (GOMES FILHO, 1991, p. 17).

A prevalência dos interesses do Estado sobre o indivíduo orientou a elaboração do Código de Processo Penal italiano de 1931, fruto de uma ideologia autoritária, nitidamente “incompatível com a instauração plena de direitos e garantias individuais.” (CAMARGO, 2005, p. 49).

Ocorre que, os reiterados atos de barbárie promovidos durante a segunda guerra mundial, demonstraram a imprescindibilidade de se afirmar o respeito aos direitos e garantias fundamentais em um documento político que fosse observado, senão por todas, pelo maior número de nações.

Com efeito, em 1948, a Assembléia Geral da ONU – Organização das Nações Unidas – proclamou a Declaração Universal de Direitos do Homem que, prevendo várias garantias relacionadas ao processo penal, reconheceu a presunção de inocência em seu art. 11.1, *in verbis*, “Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Como se percebe, a presunção de inocência, na Declaração Universal de Direitos do Homem, refere-se expressamente à regra de juízo, atribuindo ao órgão acusatório todo o ônus da prova quanto à existência do crime e da responsabilidade penal do acusado.

Consoante Camargo:

Portanto, o significado da presunção de inocência desenvolvido a partir da DUDH refere-se a uma regra probatória ou de juízo, que destina à acusação toda a tarefa de provar a existência do fato criminoso e a culpabilidade do acusado, pois este não poderá ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. [...] A presunção de inocência sustentada a partir dessa interpretação, assim como os outros direitos e

garantias individuais inseridos no documento de 1948, adquiriram a positivação solene e, depois disso, importa realizar a defesa de tais direitos, buscar meios que impeçam a constante violação por parte dos próprios Estados Signatários, E isto, sem dúvida, não é mais um problema apenas jurídico, mas efetivamente político. (CAMARGO, 2005, p. 56-57).

Percebe-se claramente, através de uma análise histórica, que o postulado da presunção de inocência, sempre apresentou duas dimensões de atuação – mesmo em momentos de repúdio à presunção de inocência como regra do processo penal, ambas as dimensões eram atacadas –, uma, no campo probatório, como regra de juízo; outra, referente à condição do acusado no curso da persecução penal, como regra de tratamento.

Quanto às dimensões do princípio da presunção de inocência, na lição de Camargo:

[como regra de tratamento] o acusado não poderia ser tratado como culpado antes de sentença final condenatória. Isso incluiu severas limitações a todas as medidas cautelares, no curso do Processo Penal que importassem em restrições de direitos para os acusados, tais como prisão preventiva sem prazo determinado e formas de antecipação da pena, como os suplícios [...]. O Estado enfrentou uma limitação do exercício do *jus puniendi*, na afirmação da necessidade de respeito às liberdades individuais. A relação de confronto entre o poder de persecução penal e a liberdade individual estava, sob um de seus vértices, regulada pela presunção de inocência [...] [como regra de juízo] impõe à acusação a tarefa da produção completa das provas acerca da culpabilidade do indivíduo. Além de eximir o acusado da obrigação de produzir provas sobre a veracidade da acusação, implica em sua absolvição incondicional, caso a sua culpa não tenha sido totalmente provada, o que permitiu margem de dúvida para o juiz (*in dubio pro reo*). Ou seja, se persistirem dúvidas sobre a culpa do acusado, ele deve ser absolvido. Portanto, a presunção de inocência refere-se também a uma regra probatória ou de juízo, atuante no decorrer e no deslinde final do Processo Penal. (CAMARGO, 2005, p. 57-58).

Importante ressaltar que o princípio da presunção de inocência está, hodiernamente, consagrado no art. 5º, inciso LVII, da Carta Política/88¹¹, nos termos seguintes, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” e, representa, em um Estado Democrático de Direito, relevante garantia do direito de liberdade individual.

¹¹ Importante salientar que o princípio da presunção de inocência também é assegurado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Político teve seu texto adotado pela Assembleia Geral da ONU, em 1966, aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n.º 226/91 e promulgado pelo Decreto Presidencial n.º 592/92. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n.º 27/92 e promulgado pelo Decreto Presidencial n.º 678/92.

Inserido na Constituição Federal/88, o princípio da presunção de inocência ostenta *status* de direito fundamental na ordem constitucional brasileira, nitidamente como regra de juízo, mas, sobretudo, como regra de tratamento do acusado, realçando sua condição jurídica de inocente durante todo o curso da persecução penal e, que somente tombará, diante de uma sentença penal condenatória irreversível.

No tocante ao princípio da presunção de inocência previsto na Carta Política/88, assegura Távora; Alencar:

O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o encarceramento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Nesse diapasão, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção. (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 44).

Quanto à prisão processual estruturar-se sobre os princípios e pressupostos que orientam as medidas cautelares e apresentar como finalidade a tutela da persecução penal e, somente assim, permitir a restrição da liberdade de locomoção do acusado, antes de uma sentença penal transitada em julgado, sem, contudo, afrontar o princípio constitucional da presunção de inocência, explicita Oliveira:

[...] toda prisão antes do trânsito em julgado deve ser considerada uma prisão provisória. Provisória unicamente no sentido de não se tratar de prisão-pena, ou seja, aquela decorrente de sentença penal condenatória passada em julgado, também chamada de definitiva, embora se saiba que não existe prisão por tempo indeterminado (perpétua) no nosso ordenamento jurídico. De outro lado, toda prisão anterior ao trânsito em julgado deve também ser considerada uma prisão cautelar. Cautelar no que se refere à sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública. [...] Assim, as privações da liberdade antes da sentença final devem ser judicialmente justificadas e somente na medida em que estiverem protegendo o adequado e regular exercício da jurisdição penal. Pode-se, pois, concluir que tais prisões devem ser cautelares, acautelatórias do processo e das funções da jurisdição penal. Somente aí se poderá legitimar a privação da liberdade de quem é reconhecidamente pela ordem jurídica como ainda inocente. (OLIVEIRA, 2008, p. 397).

Como se percebe, o princípio da presunção de inocência inserto no art. 5º, inciso LVII, da Carta Política/88¹², não tem o condão de invalidar,

¹² Art. 5º [...]

categoricamente, toda e qualquer forma de cerceamento da liberdade de locomoção do acusado, antes de uma decisão penal definitiva.

Explicita Gomes Filho:

[...] parece evidente que a inclusão do princípio da presunção de inocência no texto constitucional, exprimindo uma concepção de processo penal totalmente diversa daquela que presidiu a elaboração do Código e de suas posteriores alterações, não pode deixar de ter reflexos profundos na disciplina da prisão cautelar. [...] À luz da presunção de inocência, não se concebem quaisquer formas de encarceramento ordenadas como antecipação da punição, ou que constituam corolário automático da imputação, como sucede nas hipóteses de prisão obrigatória, em que a imposição da medida independe da verificação concreta do *periculum libertatis*. (GOMES FILHO, 1991, p. 65).

Observa-se que a presunção de inocência, como regra de tratamento do acusado, reflete no processo penal, fundamentalmente, no tocante à imposição da pena e na adoção da prisão processual. Na esfera da sanção penal, o princípio da presunção de inocência desautoriza a imposição antecipada da pena. No âmbito da prisão processual, o referido postulado – presunção de inocência – impede o encarceramento do acusado salvo em hipóteses em que a privação da liberdade de locomoção do acusado for imprescindível à regularidade da persecução penal e, conseqüentemente, à utilidade e eficácia do provimento judicial definitivo.

Por esta razão, percebe-se claramente que a prisão processual – prisão preventiva – quando decretada com fundamento na garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo penal¹³, não apresenta natureza cautelar, menos ainda, visa tutelar a regularidade da persecução penal.

No ensinamento de Gomes Filho:

[...] o recurso à “ordem pública” em matéria penal e processual-penal tem uma destinação bastante clara: a de fazer prevalecer o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais. À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social. Fala-se, então, em “exemplaridade”, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode

[...]

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

¹³ 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.

revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas [...]. (GOMES FILHO, 1991, p. 67).

Em tais hipóteses, a privação da liberdade de locomoção do acusado, não se apresenta como instrumento de tutela da regularidade da persecução penal. Outrossim, a decretação da prisão processual com fundamento na garantia da ordem pública, caracteriza nítida antecipação de pena e, ainda, alicerça-se numa repugnante presunção de culpabilidade do acusado, violando, sobremaneira, o princípio da presunção de inocência.

Esclarece Lopes Júnior:

A prisão preventiva para garantia da ordem pública [...] nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos. Grave problema encerra ainda a prisão para a garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. [...] O “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada”. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, midiaticamente, um fato (uma das muitas “operações” com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento). (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 105-106)

E conclui o autor:

Explorando midiaticamente, o pedido de prisão vem a continuação, sob o argumento da necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um “clamor social” diante dos fatos... [...] Ou seja, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar. Na verdade, a situação fática apontada nunca existiu; trata-se de argumento forjado. [...] Assume contornos de verdadeira pena antecipada, violando o devido processo legal e a presunção de inocência. [...] 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. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 106-107)

Por isso, a prisão processual – prisão preventiva – quando decretada com fundamento na garantia da ordem pública, implica nítida antecipação de pena, seja em virtude da imprecisão da expressão “ordem pública” – que comporta vários significados –, seja em decorrência dos fins preventivos que, em muitas vezes, orientam a imposição da medida constritiva de liberdade.

2.5

A Motivação como Critério de Legitimidade da Prisão Processual

A exigência de motivação das decisões judiciais consolida-se no sistema jurídico brasileiro, a partir da Constituição Federal/88, como garantia de natureza processual, mas, sobretudo, como garantia da própria função jurisdicional.

Observa-se que o art. 93, inciso IX, da Carta Política/88 ao determinar que, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões [...]”, conferiu, ao princípio da motivação das decisões judiciais, *status* de preceito constitucional.

Assevera Fernandes:

Evoluiu a forma de se analisar a garantia da motivação das decisões. Antes, entendia-se que se tratava de garantia técnica do processo, com objetivos endoprocessuais: proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para impugnar a decisão; permitir que os órgãos judiciários de segundo grau pudessem examinar a legalidade e a justiça da decisão. Agora, fala-se em garantia de ordem política, em garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de verificar se o juiz, e por consequência a própria Justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento da causa. É por meio da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional. Ainda, às partes interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois, mediante ela, evidencia a sua atuação imparcial e justa. (FERNANDES, 2007, p. 139).

Para Ferrajoli, a necessária motivação das decisões judiciais assegura o caráter cognitivo do juízo e, simultaneamente, expressa fundamental garantia do cidadão em face de eventuais manifestações arbitrárias do Estado.

Como se percebe, a exigência de motivação das decisões judiciais, na proposta de Ferrajoli, garante, de um lado, a possibilidade de controle dos provimentos jurisdicionais e, de outro, a contestação da referida manifestação de poder estatal, tanto pelas próprias partes envolvidas na relação processual, quanto também por qualquer outro membro da sociedade.

Considera Ferrajoli:

Ele [o princípio da motivação das decisões judiciais] exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito à *estrita legalidade*, e, de fato, à *prova* das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a “validade” das sentenças resulta condicionada à “verdade”, ainda que relativa, de seus argumentos; por fim, o poder jurisdicional não é o “poder desumano” puramente potestativo da *justiça de cádi*, mas é

fundado no “saber”, ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade. Precisamente, a motivação permite a fundação e o controle das decisões seja *de direito*, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja *de fato*, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada do nexo entre convencimento e provas. (FERRAJOLI, 2006, 573-574).

Importante ressaltar que – como se não bastasse a previsão do princípio da motivação das decisões judiciais no art. 93, inciso IX, da Carta Política/88 –, no que tange especificamente à privação da liberdade de locomoção do acusado antes de sentença condenatória irrecurável, o art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal/88 estabelece que, “ninguém será preso senão em flagrante¹⁴ ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]”, demonstrando, assim, a imprescindibilidade da motivação da decisão judicial que decreta a prisão processual.

Esclarece Gomes Filho:

No caso da prisão cautelar, a exigência de fundamentação não é ditada somente por razões de ordem política ou jurídica, mas sobretudo em face de um imperativo moral: “não é possível que se mande alguém para uma enxovia antes de regular condenação, em virtude do interesse público, sem se declarar em que consistem as superiores razões que o determinam”, ensinou Basileu Garcia. Daí, talvez, a preocupação do constituinte na referência à “ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, como condição para a prisão, muito embora a fundamentação já constitua requisito de validade de todos os pronunciamentos judiciais (art. 93, IX) e, no tocante à custódia preventiva, imperativo também da legislação ordinária (CPP, art. 315). (GOMES FILHO, 1991, p. 80-81).

E conclui o autor:

Seja como for, o que importa ressaltar é a imperatividade da declaração expressa dos motivos que ensejam a restrição da liberdade individual no caso concreto, tanto nas hipóteses em que há pronunciamento jurisdicional prévio (prisão preventiva, prisão em virtude de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível [também prisão temporária]), como na convalidação da prisão em flagrante, em que o juiz deve declarar as razões de sua manutenção e da não concessão da liberdade provisória. (GOMES FILHO, 1991, p. 81).

Impõe-se, portanto, à autoridade judiciária, na motivação da decisão que aplicar a prisão processual, exteriorizar o raciocínio desenvolvido, de forma clara, lógica e precisa, tanto quanto à interpretação dos dispositivos legais,

¹⁴ Tratando-se de prisão em flagrante, a conseqüente manutenção do encarceramento do acusado impõe decisão judicial devidamente motivada.

quanto também à apreensão dos fatos relevantes que determinaram a formação do seu convencimento.

Na lição de Grinover; Fernandes; Gomes Filho:

É através da fundamentação, com efeito, que se expressam os aspectos mais importantes considerados pelo julgador ao longo do caminho percorrido até a conclusão última, representando, por isso, o ponto de referência para a verificação da justiça, imparcialidade, atendimento às prescrições legais e efetivo exame das questões suscitadas pelos interessados no pronunciamento judicial. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 357).

Por fim, a motivação da decisão judicial, pelo magistrado, confere legitimidade à prisão processual, desde que estruturada sobre os princípios e pressupostos das medidas cautelares e apresentando como finalidade a tutela da persecução penal e, conseqüentemente, assegurar a utilidade e eficácia do provimento judicial final.