

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO
GERALDO PRADO
GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ
MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA
OG FERNANDES

Coordenação: Og Fernandes

MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL Prisões e suas alternativas

Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011

PREFÁCIO:

Ada Pellegrini Grinover

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO
GERALDO PRADO
GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ
MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA
OG FERNANDES

Coordenação: Og Fernandes

MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL Prisões e suas alternativas

Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011

PREFÁCIO:
Ada Pellegrini Grinover

Biblioteca Particular
Gustavo Badaró
Tombo N° 1295

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PROVISÓRIA

3

Comentários aos artigos 311-318
do CPP, na redação da Lei 12.403/2011

GERALDO PRADO

Pós-doutor em História das Ideias e da Cultura Jurídicas pela Universidade de Coimbra e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF. Professor-adjunto de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: 3.1 Introdução – 3.2 Da presunção de inocência e do direito processual penal do autor – 3.3 Do modelo acusatório de processo e de uma cultura processual favorável aos direitos humanos – 3.4 Dos requisitos exigidos pelo Informe 35/2007 para a decretação da prisão preventiva: 3.4.1 Do mérito substantivo; 3.4.2 Da recepcionalidade da prisão.

3.1 INTRODUÇÃO

O encarceramento provisório é medida excepcional. A frase encerra axioma consagrado em nosso Direito, porém, a realidade o desmente todos os dias.

De acordo com as estatísticas do Ministério da Justiça, relativamente ao ano de 2010, o número de presos provisórios no Brasil era de 164.683 homens e mulheres.¹ Em idêntico período, havia 496.251 pessoas presas, segundo a mesma fonte. A correlação revela muito claramente como a prisão provisória tem se agigantado, correspondendo a pouco mais de 30% da população carcerária total.

1. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE-94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 19.08.2011.

Em pesquisa publicada em 2000, na obra *El Proceso Penal: Sistema Penal y Derechos Humanos*,² o jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni alertava para o fato de que, na América Latina, o problema mais grave do sistema penal consistia, por sua frequência e extensão, no exercício do poder punitivo repressivo por meio da prisão preventiva que, na lição do mestre, tem evidente filiação penal.³

Também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos compartilha da mesma preocupante opinião e por isso, em 01 de maio de 2007, emitiu o Informe 35/07⁴ sobre o caso de fundo Jorge, José e Dante Peirano Basso e República Oriental do Uruguai (caso 12.553),⁵ estipulando regras para os Estados signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, entre os quais o Brasil, acerca

2. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, principios y realidad*. In: _____. (coord.). *El Proceso Penal: Sistema Penal y Derechos Humanos*. México: Porrúa, 2000. p. 11.

3. Em análise retrospectiva da transição do Código Rocco ao novo Código de Processo Penal italiano, Giuliano Vassali, jurista com protagonismo indiscutível nessa caminhada, relembrou afirmação de magistrado da Corte de Cassação italiana, ainda na égide do Código Rocco, nitidamente autoritário, mas já alterado por interpretação da Corte Constitucional. Disse o magistrado, não identificado por Vassali, que “se não se pudesse impor a detenção provisória até mais não poder, não haveria mais qualquer prisão no sistema atual.” Assim, salientava o magistrado, “quando a prisão preventiva era usada, aplicava-se praticamente a única pena cabível”. Essa lógica, refutada por Vassali, expressa, todavia, o recurso à prisão preventiva como resposta penal, usual também no ordenamento que inspirou o brasileiro. VASSALI, Giuliano. *Introduzione*. In: GARLATO, Loredana. (coord.) *Linconcio inquisitorio: le eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milão: Giuffrè, 2010. p. 18.

4. Disponível em: [http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CorteInteramericanaDDHH/informe35del07_uruguay.pdf]. Acesso em 21.08.2011.

5. Releva notar que o Governo do Uruguai foi notificado do Informe n.º 35/07, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em virtude das considerações do Caso n.º 12.553, e buscou adotar medidas de adequação de sua ordem jurídica às recomendações da Comissão. Assim, entre outras providências, foram instituídas comissões para a Reforma do Código Penal e de Processo Penal do Uruguai visando adequar a legislação aos parâmetros definidos pela Comissão Interamericana. Em vista disso a mencionada Comissão editou, em 06 de agosto de 2009, informe complementar. Trata-se do Informe n.º 86/09 (vide anexo ao final deste capítulo).

O autor optou por manter ao longo do texto a referência ao Informe n.º 35/07, pois foi neste informe que a Comissão Interamericana se posicionou claramente acerca dos limites da prisão provisória. O leitor, todavia, terá a disposição o texto do Informe n.º 86/09, que reproduz o anterior, mas está acrescido das medidas posteriormente adotadas pelo estado uruguaio e sua avaliação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (itens 192 e seguintes). O Informe n.º 86/09 também pode ser consultado no sítio web [<http://www.cidh.org/annualrep/2009sp/uruguay12553.sp.htm>]. Acesso em: 30.08.2011.

dos critérios desenvolvidos no âmbito da Corte Interamericana para a validade jurídica das prisões preventivas.⁶

São sinais expressivos, que não se pode ignorar: a angústia penalista, os números de presos provisórios em expansão permanente e geométrica e a decisão no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os comentários aos artigos que modificaram o cenário normativo da prisão preventiva, por força da Lei 12.403/2011, partem desse conjunto de sinais, somando-se à iniciativa da Comissão constituída pela Portaria 61/2000, sob a presidência de Ada Pellegrini Grinover, que, por ato do então Ministro da Justiça José Gregori, apresentou ao Presidente da República o Projeto de Lei 4.208/2001 que, alterado, desembocou no novo modelo.

Por isso, a análise dos preceitos normativos instituídos pela lei recentemente aprovada não pode estar condicionada, unicamente, pela “história legislativa” do projeto. Antes, pensando-se de maneira mais abrangente, com o olhar na existência de projeto de lei de iniciativa do Senado Federal, propondo um novo Código de Processo Penal, a aprovação do projeto das medidas cautelares sem aguardar a decisão do Congresso Nacional sobre a substituição completa do Código,⁷ indica a seriedade do problema vivido pelo Brasil, sujeito a decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre abusos no emprego da prisão preventiva, inclinadas a rejeitar por completo o modelo em vigor até o advento da nova lei das cautelares.

Convém destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos teve a competência reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 89/1998 (art. 62 da Convenção), no contexto da aprovação do Pacto de São José da Costa Rica, pelo Decreto 678/1992.

Examinar o terreno de incidência dos novos dispositivos, portanto, não é tarefa de que se dê conta exclusivamente com o olhar voltado à jurisprudência brasileira, menos ainda será possível extrair conclusão válida se a análise adotar parâmetros do modelo anterior, que se quer substituir não somente porque era anacrônico, mas principalmente porque inspirado em uma estrutura inquisitorial do Sistema de Justiça Criminal carente de respaldo constitucional.⁸

6. O exame detalhado do Informe e da decisão da Comissão, bem como dos precedentes da Corte Interamericana, pode ser extraído da seguinte obra: *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. BIGLIANI, Paola e BOVINO, Alberto. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2008.

7. A proposta de um novo Código de Processo Penal resultou do requerimento 1.694/2009, aprovado pelo Plenário do Senado Federal, dando ensejo ao Projeto de Lei do Senado 156/2009. O Projeto foi aprovado na referida Casa Legislativa, com alterações, e enviado à Câmara dos Deputados, na qual tomou o n. 8.045/2010 e segue tramitando, apensado ao Projeto de Lei 7.987/2010, de iniciativa do Deputado Miro Teixeira (PDT-RJ).

8. Sobre o tema, remeto ao meu *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Da mesma forma, a metodologia que será usada nos comentários desgarra-se daquela tradicionalmente empregada para o exame das medidas cautelares em âmbito penal. Com efeito, a tradição remete à análise da prisão processual com ferramentas dogmáticas próprias do processo civil. Aury Lopes Jr. criticou com justa severidade a transposição automática de conceitos e categorias das medidas cautelares do processo civil para o processo penal.⁹ Salientou que James Goldschmidt revelara o desacerto da equiparação, em tema de fato assimétrico, tomando por base ou referência a extraordinária contribuição de Piero Calamandrei, que fora, todavia, pensada para solucionar controvérsias cíveis.¹⁰

Fumus boni iuris e *periculum in mora* são claramente insuficientes e não refletem os fenômenos atinentes aos pressupostos das cautelares penais incidentes sobre a liberdade do imputado.

Assim é que para prender ou manter a prisão provisória de alguém não se questiona a verossimilhança entre a conduta atribuída ao indivíduo e algum indefinido direito subjetivo. Tampouco a necessidade da prisão é aferida por conta da demora na prestação jurisdicional.

Como será oportunamente observado, há alguns anos parte da doutrina brasileira abandonou tais referências em troca de equivalentes mais próximos à realidade da privação da liberdade por motivo processual. O mesmo autor, Aury Lopes Jr., forte na lição de Pedro Aragonese Alonso, lança mão das categorias do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* para definir os pressupostos da prisão processual cautelar.¹¹

Zaffaroni, por sua vez, também destacará a impropriedade da adoção de critérios e categorias do processo civil para enfrentar as tormentosas questões relativas à prisão preventiva e enfatizará o caráter ideológico da opção. São palavras dele:

“Desde el lado de las teorías procesalistas, en general, la vertiente se remite al proceso civil, o sea, a una asimilación con las medidas cautelares de ese proceso. Por supuesto que esto implica un formalismo inaceptable, pues pasa por alto la obvia diferencia entre una limitación patrimonial y una pérdida de libertad: la primera siempre es recuperable y reparable en la misma especie, em tanto que la devolución del tiempo es imposible”.¹²

9. LOPES JR., Aury. *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. vol. 2, p. 55.

10. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: El Foro, 1997, publicada originalmente em Padova (Cedam), em 1936, com o título *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*.

11. Aury Lopes Jr., *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional* cit., p. 55.

12. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Proceso Penal y Derechos Humanos...* cit., p. 12.

Sem dúvida que é melhor trabalhar na linha perspectivada por Aury Lopes Jr. do que insistir em categorias vazias de significado processual penal. A opção metodológica dos comentários que seguem, porém, prestigia o caminho percorrido pelo referido Informe 35/2007, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e adota outra nomenclatura, que inspirada nas decisões da Corte Interamericana, tem a pretensão de mais adequadamente situar a questão, circunscrevendo-a ao âmbito penal, com subordinação aos princípios penais e processuais penais consagrados na Constituição da República e no Pacto de São José da Costa Rica, pois ambos são fontes dos critérios de interpretação e aplicação das normas que regulam o Sistema de Justiça Criminal.

Não há nisso propensão a inúteis filigranas jurídicas, tampouco ressoa o propósito de atormentar algum consenso alargado, afinal inexistente entre nós, a respeito das categorias pertinentes às medidas cautelares pessoais de ordem penal.

A inserção do Brasil no panorama das comunidades submetidas à jurisdição da Corte Interamericana obriga a que compartilhem a gramática da língua desse sistema, de onde partem os deveres cujo cumprimento envolve juízo de constitucionalidade que assegura a validade jurídica dos atos processuais penais.

Não há como escapar disso. Menos ainda, não há sequer como evitar ou ignorar limites impostos ao poder legislativo local (brasileiro) pela jurisprudência da Corte Interamericana da mesma forma que há limites impostos ao legislador ordinário pela interpretação/aplicação das normas constitucionais pelo STF.¹³

Para clareza dos comentários a adoção dos critérios vazados em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, será sempre relacionada aos termos consagrados pela doutrina brasileira, permitindo, assim, ao leitor associá-los, quando possível.

Em vista disso e em benefício da objetividade perseguida, os itens subsequentes dessa introdução cuidarão de situar a matéria e definir as condições de emprego da terminologia escolhida. Pretende-se, com isso, facilitar o entendimento dos comentários pontuais aos artigos.

3.2 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DIREITO PROCESSUAL PENAL DO AUTOR

Paola Bigliani e Alberto Bovino sublinham acerca do mencionado Informe 35/2007, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sobre prisão preven-

13. Exemplo de tal limitação no Brasil pode ser observado da edição da Lei 11.464/2007, que revogou a previsão original, constante da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), de cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado, norma jurídica declarada inconstitucional pelo STF (HC 82.959-7/SP, julgado na sessão plenária de 23 de fevereiro de 2006).

tiva, que “o mais importante, sem embargo, é que o Informe constitui a aplicação concreta dos princípios desenvolvidos pelo sistema interamericano”,¹⁴ especialmente a partir do caso *López Álvarez vs. Honduras* (01.02/2006).¹⁵

Neste caso, sem dúvida, a Corte pronunciou as principais conclusões sobre o tema, considerações fundamentais que sistematizaram os princípios jurídicos reconhecidos de forma esparsa em decisões anteriores e que orientaram o referido Informe e as decisões posteriores.

Do caso *López Álvarez* cabe destacar, inicialmente, o rechaço frontal à concepção do denominado “direito processual penal do autor”, que se caracteriza por “considerar as características pessoais do imputado para fundar a medida cautelar”.¹⁶

Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deliberou no item 69 da citada sentença, que há *obrigação do Estado membro consistente em não restringir a liberdade do preso mais além dos limites necessários para assegurar que, em liberdade, o imputado não prejudicará a colheita da prova ou embaraçará a ação da Justiça. E a Corte concluiu que esta mesma obrigação exclui a possibilidade de se considerar suficientes, para a decretação da prisão, as características pessoais do imputado e a gravidade, em tese, do crime que se lhe atribui*. Reafirma a Corte que “la prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva”.

Decorre da presunção de inocência o afastamento do processo penal do autor que, por exemplo, inviabilizou a redação proposta para o art. 312 do CPP, na versão do projeto original das medidas cautelares (Projeto 4.208/2001), que previa seu cabimento na hipótese de que o indiciado ou acusado viesse “a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa”.

Assim é que a presunção de inocência opera no processo penal em geral, e com maior rigor no âmbito das medidas de privação da liberdade, como princípio guarda-chuva, a determinar a orientação prevalente a propósito dos demais princípios processuais constitucionais e a dar forma mais precisa à própria noção de devido processo legal. Dito de outra maneira: o devido processo legal somente o será na medida em que estiver em conformidade com a presunção de inocência.

14. Tradução livre. Paola Bigliani e Alberto Bovino, op. cit., p. 7.

15. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf]. Acesso em: 21.08.2011.

16. Tradução livre. Paola Bigliani e Alberto Bovino, op. cit., p. 27.

Sem investigar a fundo o debate histórico sobre a presunção de inocência,¹⁷ em virtude dos limites impostos à obra, convém, no entanto, deixar claro que admitir a inocência do imputado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica recusa em conferir às características pessoais dele ou ao tipo de infração penal atribuída relevância para privar o imputado do gozo da liberdade durante a investigação e o processo.

Não se pode prender preventivamente alguém porque se trata de “Fulano” ou porque o crime investigado é de especial gravidade!

A vedação imposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos configura obstáculo ao emprego da prisão preventiva como instrumento de antecipação de pena e de controle social punitivo e, sem medo de errar, esta é uma das principais consequências políticas da aplicação do princípio da presunção de inocência.

Julgando o caso *Tibi vs. Equador* (sentença de 07.09.2004),¹⁸ a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em voto de seu presidente à época, tratou de enfatizar que a presunção de inocência, reconhecida no Pacto de São José da Costa Rica, no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e nas Regras Mínimas de Tratamento de Presos (1955), referencia valor supremo para a construção do processo, objetivando resgatar as garantias e reduzir o espaço para ingerências indevidas (item 33 do voto).

Bigliani e Bovino acrescentam, em torno dos comentários à decisão no caso *López Álvarez*, que a exclusão de um processo penal de autor que abriga o desvio de função da prisão preventiva, toma em conta que critérios classificatórios para o fim de previsão da medida cautelar poderão ponderar “tipos de delito”, mas não para automaticamente autorizar a prisão preventiva sempre que a acusação verse sobre crimes que atentem contra determinados bens jurídicos. A estipulação “tipo de delito” refere-se a tipos de infrações penais com previsão de determinado e significativo montante de pena, operando como norma de exclusão, de sorte a proibir a adoção da prisão preventiva para crimes com cominação de penas *inferior* a determinado patamar.

Assim, por exemplo, no caso contra Honduras, o Código de Processo Penal local estabelece a possibilidade de prisão preventiva em acusação por crime cuja pena ultrapasse 05 (cinco) anos. A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em uma acusação de tráfico de drogas com pena variável entre 15 (quinze) e 20 (vinte) anos, porém, salientou que a mera previsão da acusação de tráfico de drogas não constituía motivo suficiente para a decretação da prisão cautelar,

17. Sobre o tema recomenda-se a leitura da tese de Livre Docência de MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. Especialmente sobre o debate no Congresso constituinte brasileiro acerca do tema e as razões da escolha do texto do art. 5.º, inc. LVII, p. 215/217.

18. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf]. Acesso em 21.08.2011.

tampouco poderia impedir a liberdade do imputado. A prisão preventiva, à luz da lei local, não poderia ser decretada se ao crime fosse cominada pena não superior a 05 (cinco) anos, mas o fato de se cuidar de acusação de fato mais grave, com pena superior a 05 (cinco) anos, não autoriza o juiz, automaticamente, a aplicá-la.

Trata-se de técnica processual que, ao dar concretude à presunção de inocência na hipótese de investigação e acusação por crimes graves, constrói sólida barreira à discriminação contra suspeitos de cometimento desses crimes, evitando que o sistema legal infraconstitucional esvazie, na prática, o conteúdo da presunção de inocência, quer impondo a medida obrigatoriamente em determinados casos, considerados graves *a priori*, quer viabilizando sua decretação quando o montante de pena previsto para a hipótese de condenação não é expressivo e aí a prisão processual é empregada mais flagrantemente como castigo real.

Será visto que a Lei 12.403/2011 buscou seguir ambos os parâmetros, vedando a decretação da prisão preventiva, ordinariamente, em caso de imputação de infração penal com pena não superior a 04 (quatro) anos (art. 313, I, do CPP), mas não proibindo o deferimento de liberdade provisória, independentemente de fiança, mesmo na hipótese de crimes hediondos ou assemelhados.

A influência da presunção de inocência na nova lei é visível e a eficácia normativa que se extrai da orientação da Corte Interamericana torna juridicamente irrelevante o debate que ainda está presente no Brasil, sobre o alcance da proibição da fiança, de acordo com o art. 5.º, XLIII, da CF/1988.

Importante, por isso, colocar em relevo que a Constituição da República de 1988, em seu art. 5.º, LVII, positivou a mencionada presunção de inocência, com a seguinte redação:

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

E a doutrina brasileira, malgrado os diversos atentados legais à presunção de inocência desde 1990, de que é exemplo a Lei dos Crimes Hediondos, também muito firmemente lecionou desde o primeiro momento que:

“Sob esse enfoque, a garantia constitucional não se revela somente no momento da decisão, como expressão da máxima *in dubio pro reo*, mas se impõe igualmente como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado, que antes da condenação não pode sofrer equiparação ao culpado; e, sobretudo, indica a necessidade de se assegurar, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo ‘justo’”.¹⁹

19. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 37.

Por último, convém reafirmar que no caso mais vistoso de “direito processual penal do autor”, no Brasil, isto é, a proibição da liberdade provisória para acusado de tráfico de drogas (art. 44 da Lei 11.343/2006), recentemente o STF, de forma reiterada, se posicionou de modo contrário a essa proibição automática.²⁰

O Ministro Gilmar Mendes pronunciou voto, na linha perspectivada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ressaltando que:

“É que a dita ‘Lei Antidrogas’, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, olvidando diversos dispositivos constitucionais, mormente à *presunção de inocência*” (grifo nosso).²¹

O movimento de prestígio da presunção de inocência e de sua escalação como princípio reitor do processo penal brasileiro esbarra, todavia, em resistências ideológicas que, forjadas na tradição autoritária e encantadas pelo mito autoritário que domina o imaginário brasileiro no campo do processo penal, contempla a prisão preventiva como medida relativamente corriqueira, à vista do número de presos provisórios citados na introdução.²²

Em pesquisa pioneira, articulando a dimensão material e processual da prisão preventiva, em 2005, Maria Ignez Baldez advertia para o fato de que era necessário investigar se a prática indiscriminada da cautela pessoal decorria de inobservância dos princípios da proporcionalidade e segurança jurídica ou se indicava, também, resposta à pressão da mídia, “produzindo na subjetividade social a ideologia da repressão, da necessidade da punição”,²³ com a implantação de programa criminal de “tolerância zero”.

O esforço da Corte Interamericana de Direitos Humanos, visando coibir o emprego da prisão preventiva como meio de antecipação de pena, recurso que promiscui a medida cautelar, tomou a forma de critérios orientadores aos Estados

20. HC 97.579/MT, 2.^a T., j. 02.02.2010, rel. Min. Eros Grau; HC 96.041/SP, 2.^a T., j. 02.02.2010, rel. Min. Cezar Peluso; HC 98.966/SC, 2.^a T., j. 02.02.2010, rel. Min. Eros Grau.

21. HC 100.185/PA, 2.^a T., j. 08.06.2010, rel. Min. Gilmar Mendes.

22. Sobre os mitos autoritários no processo penal, a Tese de doutorado de Rubens Casara, ainda no prelo, configura divisor de águas na nossa literatura processual. *Mitologia processual penal: do imaginário autoritário brasileiro à atuação dos atores jurídicos*, apresentada em Banca no programa de pós-graduação, mestrado e doutorado da Unesa, em 12 de agosto de 2011, e aprovada com grau máximo e recomendação para publicação por Nilo Batista, Luis Gustavo Grandinetti, Rogério Nascimento, Geraldo Prado e Jacinto Coutinho.

23. BALDEZ KATO, Maria Ignez Lanzellotti. *A (dês)razão da prisão provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 4.

sujeitos à jurisdição da Corte, mas a adoção desses critérios impõe uma nova cultura processual penal, conforme os direitos humanos.

3.3 DO MODELO ACUSATÓRIO DE PROCESSO E DE UMA CULTURA PROCESSUAL FAVORÁVEL AOS DIREITOS HUMANOS

O voto do juiz Sergio García Ramirez, ao julgar o mencionado caso Tibi vs. Equador, salienta, e por essa razão merece reprodução textual, o seguinte trecho, pertinente ao confronto entre os sistemas processuais na democracia:

“35. Con todo, esa presunción o ese principio representan una referencia de valor supremo para informar la construcción del proceso, resolver las dudas que se plantean en el curso de éste, rescatar las garantías y reducir las injerencias desmedidas. *El carácter y la desembocadura de los actos procesales y del proceso en su conjunto son muy diferentes cuando se trata al enjuiciado “como si fuera culpable”, que es un rasgo del sistema inquisitivo, y cuando se le trata “como si fuera inocente”, que lo es del acusatorio.* En fin de cuentas, lo que pretende la presunción o el principio de inocencia es excluir el prejuicio – juicio anticipado, general y condenatorio, que se dirige en contra del inculpado, sin miramiento sobre la prueba de los hechos y de la responsabilidad – y ahuyentar la sanción adelantada que se funda en vagas apariencias”.²⁴ (grifo nosso).

De fato, o modelo acusatório de processo penal consagrado na Constituição de 1988 é, talvez, menos uma forma arranjada de “arquitetura normativa” do processo penal, para assegurar a eficácia de uma determinada função instrumental do processo, e mais uma opção política que tem como condicionante a ideia de que somente há democracia verificado o respeito escrupuloso aos direitos fundamentais, com independência de sua aderência no caso concreto a qualquer sujeito. Dito de maneira diferente e objetivamente dirigida ao sistema de justiça criminal: os acusados da prática de crimes, pessoas que tendem a ser vistas como perniciosas ao convívio social, devem ter assegurados seus direitos e garantias durante o processo e devem ser considerados inocentes, ao menos até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que não é viável em uma estrutura processual de feição inquisitorial, por sua característica autoritária.

O prejuízo moral enfatizado por Baldez, em sua pesquisa, contamina julgadores e legisladores, pois que se espalha pelo corpo social com apoio em meios de comunicação de massas, que cooperam para disseminar a imagem de que os

24. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf], já citado.

acusados são “inimigos” da sociedade²⁵ e não integrantes dela, conforme adverte Casara.²⁶

Daí que à frente dos critérios para interpretação/aplicação das normas veiculadas pela Lei 12.403/2011, cumpre definir a prioridade do controle judicial da prisão preventiva, sob o ângulo, referido no julgado transcrito, de uma nova cultura da intervenção judicial enfatizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa nova cultura deve estar voltada a coibir “prejuízos”, prejulgamentos que importem, conforme García Ramirez, em juízo antecipado, geral e condenatório, dirigido contra o imputado.

No mesmo voto, mais adiante, o antigo presidente da Corte Interamericana ressalta que “El Poder Judicial se ha concebido, en esencia, para asegurar el imperio del derecho en las relaciones sociales” (item 43). Trata-se de “poder garantidor” por excelência, sublinha o juiz da Corte Interamericana.

É difícil o deslocamento dos juízes criminais da função que as ditaduras do continente, inclusive as brasileiras, lhes atribuíram, de garante da segurança pública para garante dos direitos, conforme as Constituições democráticas, inclusive a nossa, porque se percorrem vias sinuosas e cheias de obstáculos e armadilhas.²⁷

A principal delas é a permanência da cultura autoritária, incentivada pelos meios de comunicação social e que recorre, quando operada pelos juízes, à adoção de critérios para decretação da prisão preventiva que foram concebidos no modelo inquisitório e reforçam a posição de poder do magistrado. Os critérios desenvolvidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos relativamente à prisão preventiva tendem a ser ignorados, salvo na maioria das vezes pelos tribunais superiores, e as referências para a aplicação da lei nova costumam ser pesquisadas no catálogo das categorias revogadas.

Mesmo quando a literalidade da lei não abona a interpretação saudosista, o recurso a um indefinido “poder geral de cautela” do juiz no processo penal²⁸ transforma-se em instrumento prioritário do arsenal interpretativo, para fazer frente a uma suposta tentativa de esvaziamento dos poderes do juiz.

25. Sobre o Direito Penal do Inimigo, ver, por todos, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

26. BALDEZ KATO, Maria Ignez Lanzellotti, op. cit.; e Rubens Casara, *Mitologia processual penal...* cit.

27. Assim, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Libertades públicas e processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1982. p. 15: “Mas, se, do ponto de vista da persecução penal, os direitos do acusado se colocam como limite à função jurisdicional, de outro lado, é o próprio processo penal que se constitui em instrumento de tutela da liberdade jurídica do réu” (grifo nosso).

28. Sobre a crítica ao poder geral de cautela do juiz criminal, veja o meu *Sistema acusatório*, obra citada.

E o exercício deste “poder geral de cautela” se manifesta pela memória do passado autoritário, isto é, pelo uso de critérios que foram consagrados pelo modelo anterior, inquisitorial, quando ao juiz incumbia zelar pela segurança pública.

Casara alerta para a seletividade dessa memória, que suprime o juízo de valor sobre o passado.²⁹ Há inúmeros exemplos disso.

A experiência brasileira registra resistências no campo da interpretação/aplicação das regras pertinentes à prisão preventiva que, vistas à distância no tempo, hoje parecem inexplicáveis, mas bem podem ser comparadas às que são divisadas atualmente.

Em 1974, comentando o advento da Lei 5.941/1973, que modificou os artigos 408, 594 e 596 do CPP, assegurando ao acusado “primário e de bons antecedentes” defender-se em liberdade, independentemente de fiança, o saudoso Ministro Evandro Lins e Silva reclamava da manutenção, na prática, do sistema anterior, mais draconiano, que restringia duramente as hipóteses de liberdade provisória.

Evandro Lins e Silva assinalou:

“Houve uma mudança radical de que nem todos ainda se deram conta. A rotina continua a adotar os critérios antigos, superados”.³⁰

E prova antiga da permanência autoritária, como cultura a conferir lastro à aplicação das normas processuais penais em tema de prisão e liberdade, pode ser objeto de constatação na análise do acórdão da 2.^a Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. O referido colegiado julgador, examinando *habeas corpus* que impugnava prisão preventiva com base em novo abrandamento legal, decorrente da Lei 6.416/1977, que instituiu o “parágrafo único” do artigo 310 do CPP (revogado pela Lei 12.403/2011), decidiu que o dispositivo que previa a liberdade provisória do imputado na hipótese de não se verificarem os requisitos da prisão preventiva constituía “mera faculdade” do juiz, que indeferindo o pleito de liberdade quando não estão presentes os requisitos da prisão preventiva, “usa do poder que a lei lhe confere”.³¹

Posteriormente a jurisprudência pacificou-se com o reconhecimento de que se tratava de direito subjetivo do imputado, a ser proclamado pelo juiz, que deveria colocar o indivíduo preso em flagrante em liberdade se não fosse caso de prisão preventiva, mas durante algum tempo, significativo por sinal, juízes e tribunais ignoraram a novidade, negando-lhe aplicação aos casos concretos.

29. CASARA, Rubens. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

30. LINS E SILVA, Evandro. A liberdade provisória no processo penal. *Revista de Direito Penal*, n. 15-6, p. 48.

31. HC 83.624, 2.^a Câ. do extinto TACrimSP, relator designado para o voto, Rezende Junqueira (RT 516, p. 308), outubro de 1978.

E ainda hoje há na doutrina e nos tribunais quem, ignorando de forma absoluta a orientação da Corte Interamericana, siga interpretando o art. 5.º, XLIII, da CF/1988 como vedação à liberdade provisória sem fiança nos crimes hediondos e assemelhados, com base em argumentos que, aparentemente neutros por se fundarem em pretensa técnica processual, na verdade refletem a permanência cultural detectada no passado remoto por Evandro Lins e Silva.

Parece certo que, desprezando-se a função de garante da liberdade do imputado, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece ao juiz criminal, os critérios rigorosamente exigidos pela Corte Interamericana para a validade jurídica da prisão preventiva carecerão do básico, tal seja, da autoridade judiciária com poderes para fiscalizar sua efetivação.

Por isso, a posição do juiz criminal neste novo arranjo processual será decisiva para inaugurar uma nova fase na jurisprudência criminal, que se traduza pela aplicação dos limites à prisão preventiva que, em última análise, são a pedra de toque do sistema das cautelares pessoais.

Semelhante deslocamento tem suas consequências. O juiz perde o poder de iniciativa da prisão preventiva. Não poderá decretá-la de ofício, pois cabe a ele, magistrado, aferir a real necessidade da prisão requerida pela parte para assim evitar abusos. E o juiz não pode ser fiscal dele mesmo, obviamente! Daí que a decretação da prisão preventiva pelo juiz, independentemente de provocação, desampara o imputado, pois não há quem possa julgar a necessidade da medida e coibir abusos, salvo, evidentemente, o juiz ou tribunal de instância superior ao qual o imputado precisará recorrer para a eventual salvaguarda de seu direito, atingido por ato de outro magistrado.

Também o juiz não poderá decretar a prisão preventiva de ofício, quer na investigação criminal, quer durante o processo, porque a característica cautelar da medida a relaciona a fins processuais, que serão investigados adiante, mas se antecipa que estes fins estão em conexão instrumental com a pretensão acusatória e, inevitavelmente, a prisão preventiva cassará a liberdade do imputado, que é o bem jurídico perseguido pela acusação ao pretender a condenação do acusado ao fim do processo. E o juiz não tutela a pretensão acusatória, mas sim decide de sua procedência ou não.

Mesmo formas sutis de intervenção judicial de ofício para prover a medida cautelar de prisão preventiva estão em contradição com a estrutura acusatória de processo, como é o caso da previsão de “conversão” da prisão em flagrante em prisão preventiva, conforme o art. 310, II, do CPP, se interpretado como ato judicial que dispensa provocação.

O caminho seguido para se chegar à prisão preventiva – conversão e não a decretação diretamente – não muda o essencial: a prisão preventiva é medida cautelar instrumentalmente conexa à pretensão acusatória, no interesse, pois, da acusação.

Em qualquer caso cabe ao juiz averiguar se a liberdade do imputado, situação por excelência dele em um processo acusatório, está sendo devidamente protegida e se a prisão postulada pela parte é de fato necessária. Como tutor jurídico constitucional da presunção de inocência, em um processo acusatório, o juiz há de ficar resguardado de interesses de terceiros.

Essa é a razão para que os modernos sistemas acusatórios contemplem o Ministério Público. Este, ao tutelar os interesses que confluem na acusação e condenação do imputado, emancipa o juiz, libera-o dessa tarefa e possibilita que o magistrado criminal opere como efetivo garante da liberdade do indivíduo submetido à persecução criminal.

Ao narrar o percurso histórico do Ministério Público na Alemanha, Claus Roxin pontuará com precisão a relação parte – juiz que idealmente caracteriza o modelo acusatório de processo. Em suas palavras:

“Con la separación de la función de acusación y juzgamiento, y con la vinculación del juez al hecho punible señalado en la acusación, se han abandonado los peores defectos del antiguo proceso inquisitivo, pues con ello el juez fue liberado de la parcialidad frente a la investigación adelantada por él mismo hasta ese momento”.³²

Não à toa o exemplo da “conversão” do flagrante em prisão preventiva comentado, merece interpretação conjunta com o *caput* do art. 306 do CPP, que assegura ao Ministério Público pronto acesso à notícia da prisão em flagrante.

A ideia contemplada em outros modelos mais próximos às práticas acusatórias é a de que o Ministério Público tenha seu dossiê e se apresente imediatamente em juízo para reivindicar a decretação da prisão preventiva se entender necessária a manutenção da privação da liberdade do imputado.³³

Assim, interpretações que busquem contornar as restrições que a nova lei impõe à prisão preventiva, para alargar as hipóteses de cabimento, iniciativa para reivindicar a sua aplicação, tempo de duração, modo e periodicidade de fiscalização etc., poderão surgir como efeito da permanência da cultura autoritária mencionada, mas deverão ser superadas com o passar do tempo, como a jurisprudência da liberdade provisó-

32. ROXIN, Claus. La posición jurídica de la Fiscalía ayer y hoy. In: *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal, 2007. p. 16.

33. A nova lei, no entanto, perdeu a oportunidade de regular a imediata apresentação do preso ao juiz, nos termos o art. 9.º, n. 3, do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, promulgado em 06 de julho de 1992, pelo Dec. 592. A medida, que enfatiza a estrutura oral do processo acusatório, trata do necessário complemento a uma nova ordem processual que assinale ao juiz a posição de garante que lhe cabe. Sobre o tema me pronunciei de forma incisiva ainda na *vacatio legis* da Lei 12.403/2011. Disponível em: <http://geraldoprado.blogspot.com/2011/06/as-medidas-cautelares-penais.html>. Acesso em 22.08.2011.

ria como *faculdade* do juiz o foi ao seu tempo, agora pelo caráter cogente das novas regras e pela sujeição do Brasil aos critérios definidos pelo Sistema Interamericano (Informe 35/2007 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

3.4 DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO INFORME 35/2007 PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

3.4.1 *Do mérito substantivo*

Foi destacada no início a compreensão de Zaffaroni de que a prisão preventiva tem evidente filiação penal.

Não há dúvida de que é assim e isso não apenas pela promiscuidade observada no seu emprego indevido, como antecipação de pena, mas mesmo quando se tem em conta o caráter cautelar da prisão preventiva, admitido à unanimidade pela doutrina.³⁴

Gomes Filho sustentará que, ainda à luz da Constituição de 1988, “na técnica processual, as providências cautelares constituem os instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo”.³⁵ Isso é assim, segundo o mencionado autor, porque a medida cautelar pretende assegurar os meios para que esse provimento definitivo seja alcançado de modo eficaz.

No processo penal, pela estrutura das medidas cautelares e pelo tipo de bem jurídico visado por elas, ordinariamente a liberdade pessoal e os bens do imputado, o provimento cautelar realiza inevitável antecipação de tutela.

Por isso, não sem razão essa interpenetração do caráter material e processual da prisão preventiva, reclama de parte da doutrina a afirmação de que a prisão cautelar viola a presunção de inocência.³⁶

O fato é que os ordenamentos jurídicos conhecem uma ou outra forma de prisão cautelar, especialmente na modalidade da prisão preventiva, com respaldo nas Constituições, que tendem a prever regras de limitação da cassação provisória da liberdade, amiúde conforme a cláusula do devido processo legal, que também protege o patrimônio do imputado (artigo 5.º, inc. LIV, da CF/1988).

Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos busca a redução dos efeitos dessa perversão de funções (punir para averiguar se é caso de punir, conforme o lúcido voto de García Ramírez no caso López Alvarez) exigindo que a prisão preventiva seja imposta somente em face de quem, por meio de elementos de prova sérios, possa ser vinculado ao fato delituoso apurado.

34. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. cit... p. 69.

35. *Idem*, p. 53.

36. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madri: Trotta, 2009. p. 549-561.

Interrogando os fundamentos da decisão do caso López Alvarez, pela Corte Interamericana, Bigliani e Bovino salientam que deve existir suspeita substantiva da participação (em sentido *lato*) do imputado no fato punível.³⁷

Isso remete ao *fumus commissi delicti* hoje consagrado no Brasil, que são os indícios suficientes de autoria previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

O dado relevante está em que, com base na experiência limitadora reconhecida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a Corte Interamericana inspirou-se na Convenção de Direitos Humanos da Europa para estabelecer que os indícios racionais a serem considerados devam “convencer a um observador objetivo de que a pessoa que se pretende prender pode ter cometido uma infração penal”.

Especulações e presunções de autoria e participação, portanto, são inadmissíveis para fundar decreto de prisão preventiva.

O mérito substantivo (ou *fumus commissi delicti*) tem, pois, evidente função limitadora da decretação da prisão preventiva e se reflete na demanda por uma decisão judicial racional, que elenque os dados aptos a convencer acerca da probabilidade de o imputado ser autor/partícipe da infração penal em apuração conforme elementos objetivos que devem ser enunciados e, a par da idoneidade lógica, também devem gozar de licitude. Isto é, estes elementos devem ser admitidos pela ordem jurídica como meio informativo válido e a sua articulação deve levar objetivamente à suposição razoável da culpabilidade do imputado.

Resoluções da Organização das Nações Unidas sobre tratamento de imputados cobram razões fundadas para se acreditar que a pessoa presa provisoriamente tenha participado da comissão de um delito.³⁸

Finalmente, o artigo 42 do Código Penal define os termos da detração penal, admitindo a filiação penal da prisão processual exclusivamente em benefício da pessoa presa:

‘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.’

I – DOS FINS PROCESSUAIS:

Do perigo processual

37. BIGLIANI, Paola e BOVINO, Alberto, Op. cit., p. 21-22.

38. Disponível em: [http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf], Acesso em: 22 de agosto de 2011.

A doutrina brasileira reconhece o *periculum libertatis* como requisito ou fundamento da prisão preventiva e busca definir o perigo como situação de risco no processo penal que decorre do estado de liberdade do imputado.³⁹

Enquanto o sistema das cautelares exige que se comprove o mérito substantivo para que a prisão preventiva seja decretada pelo juiz, demandando elementos de convencimento que racionalmente apontem para a probabilidade da pessoa que se quer prender ser penalmente responsável pelo fato investigado, o *periculum libertatis* surge como a situação jurídica a ser enfrentada e superada por meio da prisão preventiva.

Assim, o *periculum libertatis* situa-se em esfera distinta do mérito substantivo ou *fumus commissi delicti*. Trata-se de coisa diversa, isto é, da situação que, por causa do mau uso da liberdade do imputado, sugere com segurança que o próprio processo penal ficará inviabilizado como método de determinação da responsabilidade do imputado e, se for o caso, de sua punição.

Para prender preventivamente, o mérito substantivo é requisitado, porém não é suficiente. A prisão provisória haverá de focalizar uma específica, determinada, precisa situação processual que importe em risco ao processo como instrumento da jurisdição e ainda que este risco seja atribuível de forma direta ao uso indevido da liberdade pelo imputado. Em outras palavras: o “abuso do direito de liberdade de locomoção”, desviada para atingir as funções processuais precípua, configura a situação de necessidade da intervenção estatal por meio da medida de coerção processual.

Neste contexto, do já citado Informe n.º 35/07, em anexo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos propõe a seguinte regra de interpretação, de aplicação cogente:

“81. la Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial, en su artículo 7(5): “Toda persona detenida o retenida ... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”. Por mérito de la imposición de la medida cautelar, se pretende lograr la efectiva realización del juicio *através de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin.*” (grifo nosso)

A noção de *perigo processual* adotada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos é fundamental para traçar os limites da prisão preventiva, para desenhar as fronteiras do território da medida de coerção processual e definir, no

39. Assim, por exemplo, em Aury Lopes Jr. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. vol. II. ob. cit., p. 56.

território, os casos de legitimidade da intervenção estatal. E, conseqüentemente, para estabelecer que casos de “extraterritorialidade”, ou seja, de situações de perigo ou não que não atentem contra o processo, *não fundamentam* a prisão preventiva.

Desse modo, a noção de *periculum libertatis* sugere que se investigue a situação sob dois aspectos: a) do mau uso da liberdade de locomoção pelo imputado. Que comportamentos caracterizam, afinal, este mau emprego da liberdade pelo imputado? b) e de que do mau uso deste comportamento concreto se extraia a conexão com atividades de cunho estritamente processual, visadas pelo imputado em sua tentativa de atingir o processo como instrumento da jurisdição.

No território das situações de perigo é possível localizar as ações do imputado tendentes a prejudicar a colheita de informações (fase de investigação) ou provas (etapa processual) e a frustrar a execução de uma sentença condenatória, em um arriscado prognóstico de condenação quando confrontado com a presunção de inocência, mas que os tribunais nacionais e internacionais toleram sob a designação de “risco de fuga”.

Por isso a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seus Informes n.º 35/07 e 86/09, repudia fundamentos outros para justificar a decretação da prisão preventiva. Bigliani e Bovino ressaltarão, à luz do decidido pela Corte Interamericana, que “alarme social”, “repercussão social do fato”, “periculosidade do imputado” e “risco de reincidência” estão fora do “território” das funções processuais da prisão preventiva e não servem de fundamento legítimo para a sua decretação.⁴⁰

As situações mencionadas podem ser diagnosticadas como típicas de tutela preventiva, mas como estão despidas de função processual, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seus Informes n.º 35/07 e 86/09, item 84, expressamente não as autoriza:

“84. Como se ha dicho, esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho; en virtud del principio pro homine. *Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva.* Esos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así el principio de

40. BIGLIANI, Paola e BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 25.

inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal” (grifo nosso).

Como afirmado linhas atrás, a limitação imposta pela Corte Interamericana confronta as tentativas dos Estados membros, sujeitos à sua jurisdição, de manter marcos jurídicos adequados ao “processo penal de autor”, em contradição com a presunção de inocência.

A técnica legislativa usual identificada nos esforços para contornar a vedação da Corte Interamericana costuma se valer de expressões de sentido aberto, genéricas, cujo significado é preenchido pelos juízes e tribunais ao sabor das circunstâncias e conforme as pressões externas ao Sistema de Justiça criminal.

Daí a dificuldade de a doutrina processual definir, por exemplo, a noção de ordem pública, que reaparece na Lei 12.403/2011, alterando o artigo 312 do CPP, como um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva.

De acordo com isso, Maria Lúcia Karam leciona:

“As desautorizadas generalidade e indeterminação da expressão ‘ordem pública’ abrem um ilegítimo caminho para as mais disparatadas interpretações sobre o que esta seria, dando lugar à utilização, na viciada prática da justiça criminal, dos mais diversos pretextos para a imposição da privação da liberdade”.⁴¹

E a autora acrescenta, a meu juízo com razão:

“Qualquer que seja a ideia que se faça de ‘ordem pública’, sua perturbação e sua garantia não estão diretamente vinculadas ao resultado do processo principal... nada tendo a ver com o risco de inviabilização da satisfação prática do alegado direito do Estado fazer valer seu poder punitivo diante do específico crime atribuído ao réu... e, portanto, nada tendo a ver com a exigência do *periculum in mora*, nada tendo a ver com a natureza cautelar indispensável à admissibilidade da providência consistente na prisão provisória”.⁴²

Em 1981, em sua tese de titularidade para a cadeira de Processo Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, intitulada *Liberdade Provisória*, Weber Martins Batista alertava para o fato de que a decretação da prisão preventiva não tinha natureza cautelar, pois a medida não tinha relação direta com o processo. “Em vez disso”, sublinhava o mestre, “está voltada para a proteção de interesses estranhos a ele, tem nítidos traços de medida de segurança”.⁴³

41. KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 19.

42. Idem, *ibidem*.

43. BATISTA Weber Martins. *Liberdade Provisória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 77.

Com extraordinária precisão, Gomes Filho disse, em 1991, já na vigência, portanto da Constituição de 1988, que a ideia de ordem pública configura recurso retórico que, reconhecida a impossibilidade de delimitar o conteúdo da cláusula, rompia princípio de unidade e hierarquia inerentes à constitucionalidade, legalidade e certeza jurídica.⁴⁴ Este autor acrescentará que “o apelo à ‘ordem pública’ representa, em última análise, a superação dos limites impostos pelo princípio da legalidade estrita” e recusará à medida com este fundamento o enquadramento como medida cautelar.⁴⁵

Não há, pois, novidade na doutrina brasileira no que concerne à posição do Informe n.º 35/07, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a função de defesa processual que se exige da prisão preventiva para legitimá-la juridicamente e dessa maneira assegurar a validade jurídica do ato de decretação.

Será visto, oportunamente, que apesar da direção normativa estabelecida pelo citado Informe n.º 35/07, da Comissão Interamericana, a redação do artigo 312 do Código de Processo Penal repisou a previsão da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, coadjuvada em termos de relação gênero-espécie pela previsão da prisão preventiva para garantia da ordem econômica, igualmente inconstitucional, porque ambas não se destinam a prevenir qualquer perigo processual.

Releva notar, por derradeiro, quanto ao tópico do perigo processual, na mesma linha seguida por Bigliani e Bovino, que o perigo processual não se presume, não decorre de especulação e não se fundamenta em boatos.⁴⁶

A vedação imposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao recurso à presunção de risco processual dirige-se tanto ao legislativo como ao judiciário.

A lei não pode impor o recolhimento obrigatório do imputado à prisão, ainda que em virtude de sentença condenatória, se esta não houver transitado em julgado, tampouco poderá condicionar o exercício do direito dele recorrer ao prévio encarceramento.

A Lei 11.719/08, que revogou expressamente o artigo 594 do Código de Processo Penal e de maneira tácita os artigos 393 e 595 do mesmo diploma, eliminou a presunção de perigo processual decorrente, com exclusividade, da sentença condenatória carente de trânsito em julgado (a Lei 12.403/2011 revogou expressamente os artigos 393 e 595 do Código de Processo Penal).

44. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 66.

45. *Idem*, p. 67.

46. BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Op. cit.*, p. 31.

À prática judiciária incumbe o mesmo desafio atinente ao mérito substantivo: identificar na investigação criminal ou no curso do processo principal os fatos ou a situação de que se possa extrair a conclusão de que a liberdade do imputado atenta contra o processo penal. E para isso deverão ser enunciados os dados concretos existentes no procedimento que, objetivamente e de forma racional, sustentem a conclusão.

3.4.2 Da excepcionalidade da prisão

A exigência de um fim processual para a prisão preventiva conecta-se, inevitavelmente, com a presunção de inocência, princípio reitor do processo, e com todas as demais garantias conformadoras do devido processo legal.⁴⁷

O imputado é considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e deverá ser tratado como inocente.

Como visto, a prisão preventiva carrega forte carga de antecipação de pena, mesmo quando ordenada pelo juiz com a fiel observância do mérito substantivo e do perigo processual. Sua filiação penal é inevitável, acentuou Zaffaroni.

Por essa razão, a decretação e a manutenção da prisão preventiva sempre deverão estar obedientes ao signo da excepcionalidade, o que pode ser considerado, também, por três ângulos.

De um lado, o legislador e o juiz ficam vinculados a determinados parâmetros que constituem proibição à decretação da prisão preventiva, ordinariamente.

Exemplo disso está na Lei 12.403/2011, que vedou a decretação da prisão preventiva, ordinariamente, imputada em tese de infração penal com pena não superior a 04 (quatro) anos (artigo 313, I, CPP).

O caráter excepcional da prisão preventiva não autoriza seu emprego em casos para os quais é escassa a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, na hipótese de o imputado ser condenado. O prognóstico de cabimento de medidas ou penas restritivas de direito no lugar da privativa de liberdade pode decorrer da lei – e será fruto da articulação de diversos dispositivos, como ocorre com a previsão de suspensão condicional do processo⁴⁸ ou aplicação de penas substitutivas ou alternativas⁴⁹ – ou do exame do caso concreto pelo juiz.

De toda maneira, a excepcionalidade está ditada pela homogeneidade das cautelares pessoais de ordem penal que, segundo Vicente Gimeno Sendra

47. Para uma visão abrangente do devido processo legal em âmbito penal indica-se de Gilson BONATO, *Devido Processo Legal e Garantias Processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

48. Art. 89 da Lei 9.099/1995.

49. Arts. 43 e 44 do Código Penal.

se caracteriza pelo fato de as cautelares, ainda que não sejam idênticas às medidas executivas que tendem a preordenar, guardem íntima relação umas com as outras.⁵⁰

Não se pode, portanto, retirar do imputado, cautelarmente, bem da vida que ele provavelmente não perderá caso venha a ser definitivamente condenado.

Este juízo de valor está contemplado na orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Informes nº 35/07 e 86/09 inspiraram-se diretamente na decisão proferida no mencionado caso *López Álvarez vs. Honduras*.

O segundo aspecto da excepcionalidade a ser considerado – e que está destacado do conjunto do Informe da Comissão Interamericana – diz com a possibilidade de se alcançar a tutela do processo por meios menos invasivos aos direitos do imputado que a prisão preventiva.

Bigliani e Bovino colocam em relevo que:

“La principal consecuencia que deriva de la excepcionalidad del encarcelamiento preventivo consiste en restringir su aplicación a casos en los que no exista posibilidad alguna de garantizar los fines del proceso de otra manera”.⁵¹

Nessa linha de raciocínio, a Lei 12.403/2011 modificou o artigo 319 do Código de Processo Penal e estatuiu um rol de alternativas à prisão preventiva, rol que é também fonte de impedimento à decretação desta modalidade de prisão.

Vale dizer que, embora impropriamente designadas de substitutivas à prisão preventiva, pelo § 6.º do artigo 282 do CPP, as medidas previstas no artigo 319 caracterizam-se como alternativas à prisão processual porque configuram obstáculo à sua decretação. Por isso, se é possível tutelar o processo com as alternativas processuais, a orientação dominante na Corte Interamericana veda o recurso à prisão preventiva.

O terceiro aspecto a ser abordado, pelo prisma da excepcionalidade, diz com o tempo de duração da prisão preventiva.

A medida temporal é, talvez, o ponto mais sensível da regulação da prisão preventiva, pois confronta a necessidade imperiosa da prisão cautelar (função processual) com limites prognosticados a partir de um juízo de valor da acusação (a sentença condenatória em perspectiva e o montante de pena provável – mérito substantivo) e a garantia a um processo sem dilações indevidas e que obedeça ao prazo razoável (art. 5.º, LXXVIII, CF/1988).⁵² Tudo isso tendo como paradigma o

50. GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Madri: Colex, 2004, p. 484.

51. BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 36.

52. Sobre a duração razoável do processo remeto a: NICOLITTI, André Luiz. *A duração razoável do processo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006; LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo. *Direito ao processo penal no prazo razoável*, 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

procedimento penal, com os prazos legais previstos para os diversos atos e emissão da sentença e as nuances de cada processo.

Muito embora o tema seja questão de interesse da Corte Interamericana, que reconheceu a violação do prazo razoável no caso *Tibi vs. Equador* (infra),⁵³ domina no Brasil a “doutrina do não prazo”, consoante lecionam Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró, explicitando os critérios forjados no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, inspirador da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁵⁴

O esforço da Comissão Interamericana, em um ambiente dominado por categorias abertas, aponta para a fiscalização permanente das atividades processuais (ou de investigação) desenvolvidas durante o tempo de prisão do imputado, de sorte a periodicamente verificar se o risco processual persiste ou desapareceu e se, de fato, o processo “marcha”, isto é, caminha na direção da solução sem “períodos mortos”.

Por isso o projeto de um novo Código de Processo Penal (PLS 156 do Senado Federal)⁵⁵ estabelece regras para o reexame obrigatório da prisão preventiva em noventa dias (art. 560), texto não reproduzido na Lei 12.403/2011.

De toda maneira, o fato de o Informe n.º 35/07 da Comissão Interamericana destacar a excepcionalidade da prisão preventiva – também das decisões da Corte Interamericana prestigiarem a articulação dessa característica da cautelar com a presunção de inocência e demais garantias – indica a existência do dever judicial de permanente fiscalização da necessidade da manutenção da prisão.

3.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Zygmunt Bauman retrata com extraordinária felicidade o estado de incerteza e de perplexidade que nos acompanha nesta quadra da vida social e política.

O pensador alerta para as dificuldades em compreender este mundo, sujeito a uma dinâmica intensamente veloz, que nos inunda de informações, mas não nos oferece tempo e cassa nossas referências para refletir sobre este novo universo, mas que é sem dúvida o mundo e o tempo em que temos de viver.

53. “168. La razonabilidad del plazo al que se refiere ese precepto se debe apreciar en relación con la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva. *La Corte se pronunció en el sentido de que, en materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo* (159). Cuando no es aplicable esta medida, pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso” (grifo nosso).

54. LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo. Op. cit., p. 39-41.

55. Projeto enviado à Câmara dos Deputados, na qual tomou o 8.045/2010 e que segue tramitando, apensado ao Projeto de Lei 7.987/2010, de iniciativa do Deputado Miro Teixeira (PDT-RJ).

São palavras de Bauman, que vale transcrever:

“O esforço para compreender o mundo – este mundo, aqui e agora, em aparência familiar, mas que não nos poupa de surpresas, negando hoje o que ontem sugeria ser verdade, oferecendo poucas garantias de que aquilo que consideramos verdadeiro ao entardecer de hoje não será refutado amanhã, ao nascer do sol – é de fato uma luta” (grifo nosso).⁵⁶

Incerteza, insegurança caracterizam a nossa estrutura psicológica individual e a tendência a nos socorrermos da tradição aparece como tábua de salvação, apesar de o mundo não ser mais o mesmo.

Esse mesmo sentimento toma conta dos profissionais do Direito. Durante décadas, no Brasil, estes profissionais foram levados a crer que a prisão preventiva, como estava prevista na redação original do Código de Processo Penal, era uma medida cautelar, independentemente do desencaixe evidente entre a descrição legal das hipóteses de cabimento e as características das medidas cautelares em geral.

Os profissionais da área jurídica também foram ensinados que mesmo no processo penal havia um “poder geral de cautela” à disposição do juiz e que isso não confrontava a presunção de inocência, tampouco era incompatível com a distribuição das funções processuais entre acusador, réu e seu defensor e o juiz conforme o modelo acusatório albergado na Constituição da República.

Foram muitos anos lidando com conceitos tais como *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, sem maiores reflexões, pois que o senso comum apontava para a identidade de requisitos e fundamentos das medidas cautelares onde quer que estas providências surgissem, seja no processo civil ou no processo penal. E para citar novamente Bauman, o “senso comum” atua estabilizando nossas expectativas a partir de crenças formadas e reforçadas diariamente pela experiência comum.⁵⁷

É raro colocarmos em questão nossas próprias crenças, pela segurança que elas nos transmitem. A tendência é de que se verifique, em face daquilo estabelecido como invidioso, lugar comum, um estado de “ausência de suspeita”.

Por isso também a primeira reação à interrogação da validade da crença é de rejeição ao novo, traduzindo-se no comportamento consistente em ignorar a suspeita lançada sobre o “velho conhecimento”.

A credibilidade do “velho conhecimento”, porém, não é adquirida pelo mero passar do tempo, mas pela capacidade de a explicação (teoria) dar conta dos fenômenos identificados no corpo social.

56. BAUMAN, Zygmunt. A ética é possível num mundo de consumidores? Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 7.

57. Idem, p. 11.

Neste mundo mudado em seus fundamentos, em que o conceito de democracia é dependente do de direitos humanos e é formulado contemplando a dignidade da pessoa humana, interrogar práticas que limitem drasticamente a dignidade das pessoas, como é o caso da prisão preventiva, torna-se uma necessidade política e é a razão de ser de Cortes Internacionais (a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos), refletindo na noção de soberania que foi cunhada em outros tempos e para outros fins.

Também as Cortes Constitucionais locais sofrem a influência desses novos tempos e se encontram obrigadas a mudar a sua jurisprudência, que às vezes está consolidada há décadas, e se por a discutir os casos jurídicos a partir de outros paradigmas, condizentes com o propósito de tutelar a mencionada dignidade.

Na base do Sistema de Justiça Criminal os efeitos de uma transformação do gênero chegam como ondas. Inicialmente como ondas leves, que tocam a terra aparentemente firme dos conceitos consolidados pela sabedoria do senso comum (teórico). Com a frequência das ondas e o aumento de sua força, cobrindo e alterando a consistência do terreno atingido é que os profissionais da área jurídica passam a notar a necessidade de compreender melhor os novos tempos, sob pena de serem tragados por eles.

É o que se divisa no tocante às limitações que a Constituição da República e o Pacto de São José da Costa Rica estão impondo à prisão preventiva. E também ao novo arranjo processual, que desloca o juiz para o centro hipotético do processo, em um sistema verdadeiramente acusatório, deixando às partes as tarefas e responsabilidades que lhes competem. E é também o efeito de se creditar à presunção de inocência, positivada pela Constituição de 1988, o papel de princípio reitor do processo penal.

Trata-se, portanto, de um período de transição, em que o novo e o velho convivem e que a disposição de abandonar velhas crenças (na legitimidade de se prender para assegurar a ordem pública, por exemplo) parece refletir ousadia irresponsável, pois o horizonte encoberto desse futuro, que não está mais totalmente visível e conformado pela tradição, no plano mental do profissional da área jurídica aprofunde incertezas com irresponsabilidades.

Essa, no entanto, é a trajetória da própria humanidade. Recentemente, em tempos históricos, a resposta do poder político ao crime consistiu no emprego da prisão, no exílio do criminoso e, com mais frequência, na aplicação da pena de morte. Mudar isso, a partir de Beccaria, não foi algo simples. Mas ainda estaríamos vivendo nas trevas do absolutismo – ou da escravidão – se não houvéssimos confrontado as velhas crenças com os novos valores, e se não houvéssimos seguido “nos novos valores”.

Os critérios propostos para pautar o exame da prisão preventiva, nestes contextos, reivindicam essa ousadia, precedida do exame responsável das relações

jurídicas que permeiam o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e pouco a pouco também dominam a gramática da “língua jurídica” e a liturgia do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos jurisdicionais no Brasil.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (NR)

Código de Processo Penal de 1941	Lei 12.403/2011
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.	Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (NR)

A nova lei buscou aperfeiçoar o antigo modelo, atualizando-o diante da evolução das categorias dominantes no processo penal.

Prevedo a prisão preventiva como medida cautelar incidente na etapa preliminar da persecução criminal, o texto legal optou por denominar esta fase de “investigação policial”, certamente mais adequada que a locução inquérito policial.

A investigação criminal é o gênero que congrega as práticas da atividade preliminar de indagação da existência da infração penal e dos indícios de sua autoria, visando oferecer ao Ministério Público (ação penal pública) ou ao ofendido (ação penal de iniciativa do ofendido) elementos informativos suficientes para deduzir em juízo uma acusação.⁵⁸

Para que o exercício da ação penal possa ensejar a instauração de processo apto a produzir sentença de mérito, condenando ou absolvendo o acusado, uma das exigências da ordem jurídica consiste em o acusador, no início do processo e antes de admitida a acusação pelo juiz, demonstrar a viabilidade da sua pretensão acusatória (art. 395, III, do CPP). Deverá fazê-lo em respeito à dignidade da pessoa do acusado (art. 1.º, III, da CF/1988), que tem direito à proteção contra demandas criminais infundadas, temerárias ou abusivas.⁵⁹

58. Sobre o tema é indispensável a leitura de: CHOUKR, Fausi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

59. Recomenda-se o exame da questão pelo prisma proposto por Maria Thereza Rocha de Assis MOURA, em *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo, RT, 2001.