ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA

A CONSTITUTIONAL INTERPRETATION OF THE PREVENTIVE ARREST

Antônio Lopes Filho*
Nelito Lima Ferreira Neto**

RESUMO: O presente trabalho aborda o tema prisão preventiva, através de uma interpretação de acordo com as garantias previstas na Constituição, levando em conta, principalmente, o princípio da presunção de não-culpabilidade. Assim, para abordar o tema citado, passa em revista o estudo de todos os requisitos autorizadores da decretação da preventiva e, de uma maneira mais acentuada, os que se referem à garantia da ordem pública, econômica, e à magnitude da lesão causada, os quais acreditamos não possuir qualquer natureza cautelar, devendo ser, portanto, repelidos, quando feita uma interpretação conforme a Constituição.
Palavras-chave: Supremacia Constitucional. Presunção de não culpabilidade. Prisão preventiva. Ordem Pública. Ordem econômica.

ABSTRACT: This paper addresses the issue of preventive arrest through an interpretation according to the guarantees provided by the Constitution, considering mainly the principle of presumption of non-culpability. Thus, to address the issue above, the study gives an overview of all requirements of the decree of the preventive arrest and, in a more pronounced way, those relating to the guarantee of public and economic order, and the magnitude of the injury caused, which we believe does not have any kind of precaution, and should therefore be repelled, when done as an interpretation of the Constitution.
Keywords: Constitutional Supremacy. Presumption of not guilty. Preventive arrest. Public Order. Economic order.

* Acadêmico do 7º Período do Curso de Graduação em Direito da Universidade Potiguar – UnP, orientados pelo Prof. Esp. Aurinilton Leão Carlos Sobrinho. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.
** Acadêmico do 7º Período do Curso de Graduação em Direito da Universidade Potiguar – UnP, orientados pelo Prof. Esp. Aurinilton Leão Carlos Sobrinho. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A prisão, sobretudo a processual, é tema de grandes controvérsias, pois, a cada dia, vem sendo mais debatida, inclusive nos meios de comunicação, nos quais, por muitas vezes, surgem notícias sobre prisões que ocorrem sem qualquer observância dos preceitos constitucionais. Mas, quase sempre, o que surgem mesmo são as críticas à nossa legislação, de maneira acentuada, quando da ocorrência de um crime que cause repercussão social e cujo autor venha a aguardar o resultado final do processo em liberdade. Questiona-se, pois, sobre por que não modificar a legislação. A constituição de 1988 trouxe um rol de garantias para o cidadão, garantias estas que podem ser consideradas conquistas, surgidas após um período muito conturbado, e entre elas, está a previsão de não ser considerado culpado, o acusado, até que suceda decisão condenatória transitada em julgado.

Alguns cidadãos após todas essas conquistas, querem o retrocesso, talvez ao sistema preconizado quando da entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1941, que era um código extremamente autoritário, baseado no fascismo, e em que a liberdade constituía uma exceção, sendo a regra a prisão. Diante dessa situação, surge outro questionamento: O que é mais conveniente, o garantismo ou o utilitarismo? Certamente, vivemos um momento em que o garantismo se mostra fundamental, sendo este uma conquista do cidadão a qual lhe assegura segurança contra a interferência arbitrária do Estado.

Dessa forma, a maioria, formada por cidadãos de bem, não pode ver suas conquistas abolidas em virtude de reclamos inconvenientes em desfavor das nossas leis, pois não seria justo um cidadão, primário e com bons antecedentes, ao ser acusado de praticar um ilícito, tivesse que aguardar preso o julgamento de um crime de que é apenas acusado.

Portanto, o objetivo do nosso estudo é examinar as hipóteses de decretação da prisão processual, sempre levando em consideração o princípio da presunção de não-culpabilidade, através de uma interpretação de acordo com a Constituição, pelo fato de essas prisões serem decretadas em desfavor de pessoas apenas acusadas em processo penal. Abordaremos, todavia, de maneira mais detida, uma espécie do gênero prisão processual, que é a preventiva, sendo este o ponto central do nosso estudo.

Tentaremos concretizar tal objetivo, partindo das seguintes premissas: vive-

mos em um Estado democrático de direito, em que a Constituição é a lei maior e, nela, é previsto o princípio da presunção de não-culpabilidade, devendo o intérprete, quando da decretação da preventiva, fazer uma exegese constitucional dos seus requisitos, para que não sejam cometidas arbitrariedades. Então, formulado o objetivo geral, temos, como objetivos específicos, analisar como se dá a aplicação do princípio da presunção de não-culpabilidade, através de uma interpretação cujo paradigma e a supremacia constitucional, e, verificar a constitucionalidade dos requisitos autorizadores da preventiva, com atenção especial à prisão em face da garantia da ordem pública e da ordem econômica.

A aquisição de dados, por tratar-se de pesquisa exclusivamente teórica, efetivou-se predominantemente em documentação indireta, explorando, principalmente, a pesquisa bibliográfica. Desse modo, buscaremos, levando em conta os preceitos constitucionais, fazer uma interpretação que não venha a chocar-se com as garantias conquistadas com o advento da Carta Magna.

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE A PRISÃO PROCESSUAL

Para um desenvolvimento mais completo, a priori, temos que formular o conceito do que seja prisão. Prisão, no seu aspecto processual penal, é a privação da liberdade de um indivíduo, em virtude de acusação do cometimento de um crime, ou de uma condenação transitada em julgado, pela prática de um crime. Fernando da Costa Tourinho Filho conceitua a prisão como "a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatória[1]". Como supra expendido, o nosso objetivo é o estudo, através de uma interpretação constitucional, da prisão provisória, que é aquela que se efetiva enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, mas especificamente de uma de suas espécies, que é a prisão preventiva.

Hoje, em nosso sistema, temos que enxergar a prisão processual como uma exceção, principalmente com o advento da Carta Cidadã de 1988, que trouxe diversas garantias[2] aos cidadãos, inclusive, muitas delas regulam a liberdade do indivíduo, e, por isso mesmo, temos em nosso ordenamento a liberdade como regra e a prisão como exceção. Desse modo, não é admissível, em nosso sistema, a invasão arbitrária na esfera da liberdade do indivíduo. Outra norma que vem para dar suporte a essas garantias está prevista na CF: "Ninguém será preso senão em flagrante delito

1 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 582.
2 Ver art. 5º, incisos LIV, LVII, LXI, LXV, LXVI e LXVIII da Constituição Federal.

ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crimes propriamente militar, definidos em lei". Portanto, no nosso país, em regra, a prisão deve basear-se em decisão fundamentada de magistrado competente, e deve ser reduzida por escrito.

Ainda sobre o tema, citamos um princípio de fundamental importância que é o da presunção de não-culpabilidade, constante do art 5º, inciso LVII da CF, o qual assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Este princípio veio garantir que não pode haver uma antecipação de culpa em decorrência de uma prisão processual. Em razão dele, se impõe a necessidade de fundamentação judicial para qualquer privação da liberdade, ou seja, só o Judiciário pode determinar a prisão de um acusado, e, como dito alhures, essa prisão não deve servir como antecipação de culpa; deve ser sempre construída em bases cautelares, para efetivar as garantias dos interesses da jurisdição, e, acima de tudo, com a marca da indispensabilidade e da necessidade da medida.

O princípio da presunção de não-culpabilidade veio garantir de vez esse direito em todas as fases do processo penal, abrangendo até mesmo a fase investigatória, assegurando que, por se tratar de prisão de quem deve ser obrigatoriamente considerado inocente, uma vez que não há sentença penal condenatória passada em julgado, é fundamental e necessário que a privação da liberdade seja fundamentada pelo juiz, e que esta fundamentação esteja baseada na proteção de determinados e específicos valores relevantes.

Em trabalho sobre alguns aspectos da liberdade provisória, Antônia Claudiene e Pedro Rodrigues Caldas Neto, referindo-se a garantia da presunção de não-culpabilidade, afirmam que:

> A nossa Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LVII, elevou à condição de Cláusula Pétrea a previsão de que ninguém será considerado culpado até que suceda decisão condenatória passada em julgado; logo, somente se admite a prisão processual, pois a custódia é um efeito natural da pena, quando lhe restar demonstrada a necessidade e a proporcionalidade em face da sua utilidade enquanto medida de preservação de um resultado útil quando do julgamento da persecução penal. Parte-se, pois, da premissa de que se faz desarrazoada a admissão de que, ao legislador infraconstitu-

> cional, possa ter sido facultada a fixação de balizas intransponíveis ao aplicador da lei, no que concerne ao valor liberdade, antes da sentença condenatória passada em julgado, porquanto, somente quando for a hipótese e isso tem de ser aferido dentro do casuísmo do caso concreto da demonstração da imprescindibilidade da medida de cunho precaucional do processo, é que pode ser tolerada[3].

Logo, devemos entender que as prisões anteriores à sentença final devem ser justificadas pela autoridade judiciária, e somente devem ser efetuadas quando estiverem protegendo o exercício regular da atividade jurisdicional. Portanto, as prisões devem ser sempre cautelares, ou seja, para assegurar a efetividade do processo e as funções da jurisdição penal.

Outro aspecto de relevante importância é o que diz respeito ao controle da legalidade dessa prisão. Como já tivemos a oportunidade de ressaltar, em regra, a prisão se efetiva por ordem da autoridade judiciária, mas existem também exceções, como é o caso da prisão em flagrante delito; devendo, então, haver um controle a posterior desse ato, já que é permitida a realização por qualquer pessoa do povo. Além disso, a nossa Constituição Federal dispõe, no seu art. 5º, inciso LXV, que "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária". E, para maior garantia a respeito do controle de legalidade, até as prisões determinadas pelo juiz, ou as homologadas (flagrante), podem ser controladas, no caso de ilegalidades, pelos tribunais superiores, quando impetrado *habeas corpus*.

Para que sejam obedecidos todos esses preceitos constitucionais, o julgador deve sempre procurar a interpretação que dê a norma o sentido que seja mais adequado à Constituição Federal. Deve, acima de tudo, haver o respeito às normas constitucionais, pois, como é sabido, estas estão no ápice do ordenamento jurídico e todos os outros ramos do Direito lhe devem obediência, pelo que devem adequar-se ao que é previsto nela, sob pena da declaração de inconstitucionalidade dos preceitos infraconstitucionais.

Sobre a supremacia constitucional, Antônia Claudiene e Pedro Rodrigues Caldas Neto citam o magistério do constitucionalista Canotilho, quando diz que:

3 SILVA, Antônia Claudiene da; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. A impossibilidade de vedação legislativa absoluta à liberdade provisória: uma construção do processo penal constitucional. **Revista Direito e Liberdade,** Mossoró, v.3, p. 53-69, 2006. (ISSN 1809-3280).

> Ao falar-se do valor normativo da constituição aludiu-se a constituição como lex superior, quer porque ela é fonte da produção normativa (norma nomarum) quer porque lhe reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (superlegalidade material) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais. A idéia de superlegalidade formal (a constituição como norma primária de produção jurídica) justifica a tendencial rigidez das leis fundamentais, traduzidas na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, < agravadas > < ou reforçadas > relativamente as leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz ' a exigência da conformidade substancial de todos os actos do estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição. Da conjugação dessas duas dimensões - superlegalidade material e superlegalidade formal da constituição - deriva o **princípio fundamental da constitucionalidade dos actos normativos**: os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais[4].

Destarte, é dessa maneira que devem ser interpretadas as leis infraconstitucionais, para que estas não contrariem os princípios previstos na Constituição, principalmente o que trata da presunção de não-culpabilidade, cabendo, assim, ao juiz, basear-se sempre na cautelaridade, para que não haja antecipação de pena e da própria culpa. Toda prisão processual só terá legitimidade quando sua função for realmente a de assegurar a garantia do processo.

3 OS BALIZAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA PRISÃO PREVENTIVA

Adentraremos, agora, o principal objetivo de nossa pesquisa, que é avaliar a constitucionalidade dos requisitos da preventiva.

A prisão preventiva é mais uma espécie do gênero prisão cautelar de natureza

4 SILVA, Antônia Claudiene da; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. A impossibilidade de vedação legislativa absoluta à liberdade provisória: uma construção do processo penal constitucional. **Revista Direito e Liberdade,** Mossoró, v.3, p. 53-69, 2006. (ISSN 1809-3280).

processual. Segundo Tourinho Filho, "É aquela medida restritiva de liberdade determinada pelo juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal"[5].

Por conseguinte, percebemos que, da mesma maneira como as demais prisões processuais, a preventiva tem função acautelatória, pois, como o próprio Tourinho afirma, "toda e qualquer prisão que anteceda a decisão definitiva do juiz é medida drástica, ou, uma injustiça necessária do estado contra o indivíduo, e, portanto, deve ser reservada para casos excepcionais"[6]. Dessa maneira, a preventiva somente poderá ser decretada dentro do necessário e indispensável, sujeitando-se sempre aos requisitos constantes do Código de Processo Penal Brasileiro, bem como aos preceitos previstos na Constituição, evitando-se, assim, o comprometimento do direito de liberdade.

Portanto, em primeiro lugar, deve-se objetivar a manutenção da liberdade, pois esta é um dos bens mais valiosos que pertencem ao homem, sendo, inclusive, prevista como direito fundamental pela nossa Constituição Federal.

Como já mencionado, a regra é a liberdade, mas existem exceções, e são exatamente nestas que será cabível a decretação da preventiva, pois, em algumas situações, não seria razoável manter livre o infrator. Sendo assim, O CPP previu alguns requisitos que, se existentes, autorizam a decretação da preventiva, mas nunca é demais repetir: esta somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal.

3.1 UMA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PREVENTIVA

Dispõe o art. 312 do CPP que "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 de crime e indício suficiente de autoria".

Em primeiro lugar, devemos observar que os requisitos relativos à prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, segundo Pacelli, "constituem o que se poderia chamar de *fumus delicti,* ou aparência do delito, equivalente ao

5 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 612.
6 TOURINHO FILHO, 2006, p. 612.

fumus boni iuris de todo processo cautelar"[7]. Insta acentuar que esses dois requisitos devem estar sempre presentes quando da decretação da preventiva, sob pena de configurar constrangimento ilegal. Ora, qualquer prisão decretada, sem a presença desses requisitos, estaria subvertendo a ordem e ferindo de maneira absurda o principio da presunção de não-culpabilidade.

Segundo o comando normativo do artigo 312 do CPP, para a decretação da preventiva, devem estar presentes a prova da existência de crime, indício suficiente de autoria, além de um dos quatro requisitos seguintes: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal.

Como acentua Eugenio Pacelli, "as prisões preventivas por conveniência da instrução criminal e também para assegurar a aplicação da lei penal são evidentemente instrumentais, porquanto se dirigem diretamente a tutela do processo, funcionando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal (ação penal) [8]".

Por conveniência da instrução criminal, entende-se a decretação da preventiva em razão da perturbação do regular andamento do processo, e para a garantia da existência do devido processo legal no seu aspecto procedimental[9]. Desse modo, a prisão será decretada quando o indiciado, ou réu estiver, por exemplo, ameaçando testemunhas que possam depor em seu desfavor, ou estiver subornando ou tentando subornar qualquer pessoa ligada ao processo, ou ainda, de qualquer forma esteja perturbando o regular andamento do processo. Evidente, nesse caso, a necessidade da decretação da custódia, uma vez que, sendo mantido o réu livre e continuando a praticar condutas desse jaez, o juiz não poderá colher de modo seguro os elementos de convicção que serão necessários à resolução da causa.

Já o requisito que se refere a assegurar a aplicação da lei penal significa que a tentativa de assegurar o resultado final e útil do processo penal, que proporciona ao Estado o direito de punir, aplicando a sanção devida àquele que é considerado infrator[10]. Mostra-se evidente, por exemplo, quando há o risco real de fuga do acusado e, conseqüentemente, o risco de não-aplicação da lei, na hipótese de condenação.

7 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 434.
8 OLIVEIRA, 2006, p. 434.
9 Nesse sentido, NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 566.
10 Nesse sentido, NUCCI, 2006, p. 566.

Esses dois requisitos supracitados demonstram, realmente, a cautelaridade da prisão, pois, se não houver a decretação da preventiva, certamente resta comprometido o resultado final do processo.

De mais a mais, elas são as únicas causas que não contradizem o princípio da presunção da não-culpabilidade, visto que não há antecipação de pena, mas sim, uma maneira de garantir a efetividade do processo e, conseqüentemente, a justiça, pelo que deve, o magistrado, observar se se encontram realmente presentes essas circunstâncias, não pode valer-se de mera especulação teórica, sob pena de contrariar todo garantismo atribuído pela Constituição Federal[11].

Os dois requisitos acima tratados não trazem grandes discussões em virtude de sua inegável natureza cautelar. Por isso mesmo, não vemos a necessidade de descer a pormenores. Já quando se trata da garantia da ordem pública, ou garantia da ordem econômica, como requisitos para decretação da preventiva, devemos ter um maior cuidado em face da sua duvidosa constitucionalidade, principalmente por se tratar de expressões amplas e vagas. Ademais, a tutela da ordem pública e econômica não se liga à proteção do processo.

Ordem pública, segundo Tourinho Filho, "é expressão de conceito indeterminado. Normalmente, entende-se por ordem pública a paz, a tranqüilidade no meio social,[12]"portanto estará ferindo a ordem pública o indivíduo que se mantiver em uma vida delituosa, como por exemplo, através do cometimento da prática reiterada de furtos, ou se estiver incitando o crime, ou mesmo, se o delito causar repercussão social. Ou seja, é expressão muito ampla, quase tudo se ajusta ao conceito de ordem pública. Ela é expressão realmente de difícil definição, porquanto pode prestar-se a justificar o controle da vida social, que se baseia na noção de ordem, sem qualquer referência ao que seja desordem.

É exatamente em razão da vagueza do conceito que resta, ao magistrado, de acordo com o sabor da sua sensibilidade e de suas idéias pré-concebidas, concepções religiosas, morais, sociais, enquadrar ou não determinada situação como ofensa à ordem pública. O desembargador Hamilton Bueno de Carvalho, analisando o tema, observou: "ordem pública é um requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação, facilmente encontrado em qualquer situação[13]".

11 Nesse sentido, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.434.

12 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 613.

13 Voto vencedor no recurso em sentido estrito nº 70006880447, 5ª câmara do TJRS, em 29/10/2003.

A garantia da ordem pública serve, muitas vezes, de fundamento para decretação da preventiva sem a existência de cautelaridade, o que ofende a nossa Constituição, em virtude da violação do princípio da presunção de não-culpabilidade, dado que, quando se fundamenta a prisão na necessidade de garantia da ordem pública, no risco de cometimento de novas infrações ou até mesmo em razão da intranqüilidade causada pelo crime, estar-se-ia partindo de antecipação de culpabilidade.

Então, em regra, deve ser repelido o argumento intolerável de garantia da ordem pública, pois este é incabível em face do sistema garantista proporcionado pela nossa Constituição, somente podendo ser admitida prisão baseada nesses argumentos em situações excepcionais, as quais aduziremos adiante.

Como já afirmado, quase tudo se encaixa no conceito de ordem pública: periculosidade do réu, credibilidade do Judiciário, perversidade dos meios de execução, comoção social, repudio que possua o juiz por determinado crime. Não há como saber, realmente, se a ordem pública está ou não perturbada e, para piorar ainda mais, na aferição dessas circunstâncias, surgem os noticiários espalhafatosos, após feitas suas próprias ponderações, o que leva muitas vezes a influenciar o magistrado. Será que o conceito de ordem pública, para determinados fatos, pode ficar a critério da mídia? Obviamente que não, sob pena de não passar a preventiva de uma execução sumária sem qualquer cautelaridade, o que vai de encontro à CF, visto que, nessa hipótese, o réu é condenado mesmo antes de ser julgado; e uma prisão, mesmo que injusta, é indelével para ele, sua família, círculo de amizade, além de trazer conseqüências drásticas de ordem social, pois vivemos em um país preconceituoso em que, dificilmente, um ex-presidiário terá as mesmas condições de vida de uma pessoa normal.

Dessa maneira, deve-se tomar muito cuidado com a interpretação da expressão ordem pública, devendo esta ser examinada de acordo com os princípios constitucionais que prevêem diversas garantias ao individuo.

Essas ponderações se devem ao fato de o nosso sistema apresentar uma rigidez constitucional, e a Constituição está no ápice do nosso ordenamento jurídico. Todas as normas infraconstitucionais devem nela buscar fundamento e fonte de validade, não podendo contrariá-las, sob pena da declaração de inconstitucionalidade. Bobbio, citado por Rogério Greco leciona que:

> [...] as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento possui uma norma fundamental, que da unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias providencias um conjunto unitário que pode ser chamado de ordenamento[14].

Dessa forma, devem ser garantidos, a todos, os direitos previstos constitucionalmente, não podendo o legislador infraconstitucional nem o juiz contrariar o princípio da presunção de não-culpabilidade previsto na CF. A Constituição serve para nos proteger da arrogância e da prepotência do Estado, valendo-se de um sistema garantista, para repelir qualquer ameaça aos nossos direitos fundamentais.

Ora, como bem acentua Ferrajoli, citado por Rogério Greco, "o garantismo entendido no sentido de estado constitucional de direito, isto é, aquele conjunto de vínculos e de regras racionais impostos a todos os poderes na tutela do direito de todos, representa o único remédio para os poderes selvagens.[15]" Daqui, podemos concluir que o juiz é o guardião dos nossos direitos fundamentais e deve interpretar a lei conforme a Constituição, não podendo interpretar a expressão ordem pública de maneira que lhe traga amplitude, sob pena de malferir a Carta Magna. Sua interpretação deve ser sempre voltada à obediência da Lei Maior, porquanto, nas palavras de Ferrajoli, citado por Rogério Greco:

> [...] a sujeição do juiz a lei já não é, como o velho paradigma positivista, sujeição a letra da lei, qualquer que fosse o seu significado, senão sujeição à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com a Constituição. E no modelo constitucional garantista a validez já não é um dogma associado a mera existência formal da lei, senão uma qualidade contingente da mesma ligada a coerência de seus significados com a constituição, coerência mais ou menos opinável e sempre reme-

14 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v. 1. p. 11.
15 GRECO, 2006, p. 12.

> tida a valoração do juiz. Disso se segue que a interpretação judicial da lei é também um juízo sobre a lei mesma, que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de eleger os únicos significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais estabelecidos pela mesma.[16]

Com fulcro na lição acima transcrita, é de reconhecer que o magistrado deve sempre ter em vista, na sua interpretação, os princípios previstos na Constituição, só decretando prisões preventivas nos casos em que não haja afronta à Lei Maior, avaliando cada caso minuciosamente, e os requisitos do enclausuramento cautelar. O mesmo vale para o inverso, ou seja, sempre que alguém esteja preso, quando ausentes os requisitos da preventiva, a prisão deve ser imediatamente revogada.

Com efeito, também não podemos deixar de falar sobre situações extremamente gravosas, em que, em raríssimos casos, pode ser decretada a preventiva para a garantia da ordem publica. Segundo Pacelli,

> [...] há situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo valor ao bem jurídico atingido, reclame uma providencia imediata do poder público, sob pena de se por em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal[17].

Então, nesses casos, atendendo também a valores constitucionais como a vida, dignidade das vítimas, segurança, pode ser decretada a preventiva para a garantia da ordem publica, através da utilização da razoabilidade[18]. De toda forma, é necessário muito cuidado, pois só poderá ocorrer nas hipóteses de crimes gravíssimos, e quando comprovada uma intranqüilidade coletiva no seio da comunidade. Dessa forma, o juiz, através do critério de razoabilidade não ferirá a Constituição, pois, com o sopesamento que

16 GRECO, Rogério, 2006, v. 1, p. 12.
17 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 436.
18 Nesse sentido, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 436.

faz, procura dar uma pequena preferência a bens também resguardados pela CF, resolvendo o conflito de princípios da melhor maneira possível.

Nesse caso, como há um conflito entre os princípios, caberá ao intérprete procurar a solução que venha a garantir a unidade do sistema, pois, quando há contradição de princípios, restará ao magistrado buscar o resultado que garanta a unidade do sistema, mesmo que diminua proporcionalmente o âmbito de alcance de algum deles, ou, em certos casos, dê preferência a certos princípios, mas sempre com a visão de que as normas constitucionais desempenham uma função útil ao ordenamento, não devendo, assim, valer-se de interpretação que diminua ou suprima a finalidade dos princípios; mas é certo que, por meio dessas ponderações, os preceitos constitucionais devem ser interpretados sempre, a fim de colher o seu verdadeiro significado[19].

Obviamente que o intérprete deve buscar a solução que melhor se enquadre no sistema, e, sempre deverá levar em consideração o verdadeiro conceito de liberdade, pois, "liberdade não é fazer o que se quer, mas o que se deve".

Passamos, agora, à análise do outro requisito citado como controvertido, ou seja, a garantia da ordem econômica.

A garantia da ordem econômica é uma espécie do gênero garantia da ordem pública. Nessa situação, objetiva-se, com a decretação da custódia, impedir que o agente, que venha a causar grave abalo a situação econômico-financeira, permaneça livre, demonstrando a sociedade aparência de impunidade. Como preceitua Guilherme de Souza Nucci[20], para ser ferida a ordem econômica, é necessário a existência do trinômio gravidade do delito + repercussão social + periculosidade do agente.

A prisão, nesses casos, não se mostra útil, visto que não é medida ideal para coibir qualquer abuso contra a ordem econômica, em virtude dos mesmos argumentos referidos quando tratamos da questão sobre garantia da ordem pública. Em tais hipóteses, muito mais úteis seriam sanções contra a empresa, como o seu fechamento por determinado tempo ou, até mesmo, contra o próprio agente, como o seqüestro de bens. Assim, acreditamos, teríamos melhores resultados.

Ainda sobre garantia da ordem econômica, consideramo-la ferida

19 Nesse sentido, MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 58.
20 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 565.

quando o agente, por exemplo, sonega, destrói ou inutiliza bens de produção ou consumo com o fim de eliminar a concorrência, estabelecendo monopólio[21]. Como visto alhures, existem medidas mais eficazes que a prisão para coibir esses tipos de atitudes.

Na lei que cuida dos crimes contra o sistema financeiro nacional, existe outro requisito que autoriza a decretação da preventiva, que se dá quando existe uma magnitude da lesão causada. Tal medida, assim como as que prevêem os casos de garantia da ordem econômica, bem como da ordem pública, é odiosa, pois fere totalmente o postulado da presunção de não-culpabilidade.

Segundo Tourinho Filho, as medidas que autorizam a decretação da preventiva para garantia da ordem pública, ou em virtude da magnitude da lesão causada, "objetivam apenas, retoricamente, satisfazer o delírio e o desvairamento do povo (ou do povão, como se costuma dizer) quando vê uma pessoa de certo prestigio social presa. Seu contentamento nesses casos torna-se indescritível, a cegueira popular atinge as raias de um regozijo imensurável[22]".

E em relação à magnitude da lesão causada, esta não teria seus efeitos diminuídos com a decretação da preventiva do seu autor. Portanto, muito mais eficaz seriam outras espécies de atitude para punir os responsáveis pelo delito.

De mais a mais, se se fosse decretar a preventiva tendo em vista a magnitude da lesão, poderíamos indagar: e no caso de homicídio, existe lesão maior? Algum bem é mais importante do que a vida? Da análise do princípio da proporcionalidade, percebemos a intolerância desse novo requisito da preventiva criado. Ora, a vida é o bem de maior valor tutelado pelo nosso ordenamento jurídico; dessa forma, não seria razoável a decretação da preventiva sempre que houvesse magnitude da lesão causada, uma vez que o autor de um delito contra a vida, em algumas hipóteses, aguarda o julgamento final em liberdade; além do que, nesse último requisito criado para a decretação da preventiva, o fim almejado pelo processo não é alcançado, havendo apenas uma antecipação do castigo.

Afora esses requisitos, existem outros que são chamados requisitos normativos. Como veremos adiante, o princípio da proporcionalidade impõe algumas restrições à prisão preventiva, de maneira a impedir que

21 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.p. 616.
22 TOURINHO FILHO, 2006, p. 617.

a medida seja mais intensa e grave do que a pena a ser aplicada após o trânsito em julgado. De início, através de uma interpretação a *contrario sensu*, podemos dizer que não é cabível a preventiva nos crimes culposos e nas contravenções[23]. Daí se conclui que a regra geral é a permissão somente nos crimes dolosos punidos com reclusão e desde que presentes os requisitos do artigo 312 do CPP[24].

Para os crimes punidos com detenção, será possível, se houver dúvida quanto à identidade do acusado, pela ausência de elementos para o esclarecimento ou quando se tratar de réu vadio, devendo-se ter muito cuidado com essa última previsão, pois não se pode presumir que alguém seja culpado somente pelo fato de não trabalhar, sob pena de afrontar a Carta Magna. E a última exceção para preventiva nos crimes punidos com detenção, é o caso de ser o réu reincidente em outro crime doloso com sentença passada em julgado. Nessas situações, o magistrado deve sempre ter o cuidado com o *"periculum in mora"* inverso.

Dessa maneira, como já ressaltado, não se pode, por exemplo, decretar uma prisão preventiva nos crimes punidos com detenção, fora exceções previstas no CPP, mesmo que estejam presentes os requisitos fáticos que lhe permitam a aplicação (art. 312). Defendemos essa opinião com fulcro no seguinte raciocínio: mesmo que seja futuramente condenado o autor do crime culposo, certamente lhe será imposta uma das medidas despenalizadoras, porquanto dificilmente lhe será imposta uma pena privativa de liberdade. Então, como se percebe, a imposição de prisão provisória seria mais gravoso do que o resultado final do processo, gerando a seguinte inconveniência: enquanto presumido inocente (fase processual), estaria submetido a privação da liberdade e após considerado culpado (sentença transitada em julgado), não teria a privação da liberdade, pois, certamente, teria a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direito, por exemplo, prestação pecuniária. Sendo assim, resta totalmente comprometida a função acautelatória da prisão processual.

Sobre o tema, leciona Pacelli que:

23 Cf. art. 313 do Código de Processo Penal.

24 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.

> [...] a prisão cautelar é utilizada, e somente ai se legitima, como instrumento de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente previstas em lei. Se sua aplicação pudesse trazer conseqüências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva. A proporcionalidade da prisão cautelar é, portanto, a medida da sua legitimação, a sua ratio essendi.[25]

O *periculum in mora* inverso mostra-se cada vez mais presente com a mudança do perfil de nossa legislação processual penal decorrente da CF de 88, visto que passamos de um modelo fundado na presunção de culpabilidade para outro, baseado na presunção de não-culpabilidade. Com isso, surgiram várias medidas despenalizadoras, como as das Leis 9.099/95 , 9.714/98 etc. A partir delas, a necessidade da prisão provisória deve ser aferida com maiores cuidados, em virtude da possibilidade concreta de desproporção entre o processo cautelar e o processo principal.

Diante dos balizamentos constitucionais acerca da prisão preventiva que foram expostos, deve o juiz, sempre que for decretá-la, ou mesmo denegar a prisão preventiva, fundamentar sua decisão de acordo com os preceitos constitucionais e os elementos constantes do inquérito ou do processo, sempre observando o princípio da presunção de não-culpabilidade, sob pena de cometer injustiças, ferindo os direitos garantidos aos cidadãos.

Tornaghi, citado por Tourinho Filho, afirmava que o juiz que não fazia essas observações e essa interpretação se tornava mau feitor e prepotente. Pedimos vênia para transcrever a lição do mestre "o juiz prepotente é uma calamidade, é um criminoso que tem em uma das mão a poderosa arma da prisão provisória e na outra um bill de indenidade. Para ele não há freios internos nem disposição de espírito; só a lei pode coartá-lo e contê-lo dentro dos limites da razão ou mandá-lo para o manicômio[26]". E, vamos mais adiante, afirmando que só a constituição pode detê-lo.

25 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 416.
26 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 620.

4 CONCLUSÃO

Concluídos os apontamentos sobre a estrutura da prisão provisória, mais especificamente a prisão preventiva, abrangendo os aspectos e princípios constitucionais que a cercam, chegamos às seguintes conclusões:

a) para a decretação da prisão preventiva, deve haver, por parte do magistrado, a observância dos preceitos constitucionais, principalmente o princípio da presunção de não-culpabilidade, bem como o preenchimento dos requisitos que autorizam a decretação da custódia, sempre através da avaliação minuciosa do caso concreto. Os princípios previstos constitucionalmente devem ser preservados e sempre ponderados no momento da interpretação e aplicação da lei pelo magistrado, em virtude da supremacia constitucional existente no nosso ordenamento, razão pela qual ganha enorme importância o princípio da presunção de não-culpabilidade;
b) toda e qualquer prisão que anteceda a sentença condenatória transitada em julgado deve ser revestida de bases cautelares e reservada para os casos excepcionais;
c) o magistrado, quando da decretação da prisão cautelar, deve ter em vista o resultado final do processo, abstendo-se de utilizar tal medida, caso esta seja mais gravosa que o resultado final pretendido, sob pena da ocorrência do *periculum in mora inverso*;
d) a prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública é incabível em face do sistema garantista proporcionado pela nossa Constituição, somente podendo ser admitida prisão baseada nesse argumento em situações excepcionais, em virtude da existência do princípio da presunção de não-culpabilidade, o qual, só admite prisões que possuam natureza cautelar.
e) a prisão preventiva decretada para garantia da ordem econômica apresenta-se-nos inviável juridicamente, porquanto, a despeito de encontrar-se expressamente prevista no Código de Processo Penal, além de não possuir natureza cautelar, malfere o princípio da presunção da não-culpabilidade. Além disso, não se mostra útil, visto que não é medida ideal para coibir qualquer abuso contra a ordem econômica, existindo meios mais eficazes para garantir esta, como por exemplo, o

seqüestro de bens do agente infrator;

f) a prisão preventiva decretada em face da magnitude da lesão causada é igualmente inadmissível, dado que o fim almejado pelo processo não é alcançado, havendo apenas antecipação do castigo, com infringência do princípio da não-culpabilidade.

REFERÊNCIAS

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 2.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v. 1.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 38. ed. São Paulo: Saraiva. 2004. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Silva, Antônia Claudiene da; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. A impossibilidade de vedação legislativa absoluta à liberdade provisória: uma construção do processo penal constitucional. **Revista Direito e Liberdade,** Mossoró, v. 3, p. 53-69, 2006. (ISSN 1809-3280).

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.