

## Terceira Seção

### A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O TRATAMENTO DISPENSADO AOS ACUSADOS NO PROCESSO PENAL

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

Mestre e doutor em Direito Processual Penal  
pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
Advogado criminalista. Membro do Conselho de Prerrogativas  
da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo.

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Mestrando em Direito Processual Penal  
pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
Advogado criminalista.

SUMÁRIO: *1. A perigosa mitigação dos direitos e garantias fundamentais sob o argumento de que tudo é relativo e nada é absoluto – 2. Processo penal, dignidade e liberdade: 2.1 O princípio geral do direito do favor libertatis; 2.2 A incidência do princípio favor libertatis no processo penal; 2.3 Presunção de inocência e desconsideração (ou não-consideração) prévia de culpabilidade – 3. Consequências práticas: 3.1 Prisões escandalosas (os shows proporcionados à mídia); inadmissível propaganda institucional e política dos órgãos de repressão à criminalidade; 3.2 Revistas humilhantes: pessoais e em automóveis; 3.3 O emprego desnecessário de violência; 3.4 O transporte para as audiências e a espera do seu início no Fórum; 3.5 O uso de algemas na sala de audiências e os interrogatórios em pé; 3.6 A retirada do acusado preso da sala de audiências e a solução do Estatuto do Tribunal Penal Internacional – 4. Prisão provisória e*

*presunção de inocência: breves notas: 4.1 Compreendendo a cautelaridade; 4.2 Críticas às prisões em flagrante, temporária e preventiva: 4.2.1 Algumas observações acerca da prisão em flagrante; 4.2.2 Prisão temporária: na prática, uma prisão para interrogar; 4.2.3 Prisão preventiva: ainda algumas ponderações.*

## I. A PERIGOSA MITIGAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS SOB O ARGUMENTO DE QUE TUDO É RELATIVO E NADA É ABSOLUTO

O valor da *dignidade do ser humano*, postulado supralegal que decorre da própria natureza das coisas, daquilo que é insito à nossa existência e pertence ao direito natural, se encontra amalgamado com a *solidariedade* e com o que há de melhor no ser humano que é a busca pela *compreensão* (que não significa aprovação e tampouco tolerância com o que por vezes é intolerável) *dos acertos e erros de nossos pares*.

Dignidade, esta reconhecida como valor supremo por nossa Carta Maior de 1988 (art. 1.º, III), da qual decorre toda a inspiração que nutre o espírito democrático de nosso maravilhoso Brasil, após, em termos históricos, as recentíssimas ditaduras (Estado Novo e Regime Militar) pelas quais passamos.

Nesse contexto, desponta o reconhecimento, por nosso ordenamento constitucional e, sobretudo, pelos tratados internacionais a ele incorporados (art. 5.º, § 2.º, da *Magna Carta*), da *presunção de inocência*, direito fundamental também recente em nosso *direito positivo*, e que suscita controvérsias no âmbito processual penal, sobretudo em face dos seus reflexos, não só na questão da prisão provisória, mas também em relação ao tratamento dispensado aos “acusados em geral”.

O tema abrange, portanto, não somente quem tem denúncia ou queixa-crime recebida contra a sua pessoa, mas também aquele que é investigado, na primeira fase da persecução penal, mesmo que não tenha sido formalmente indiciado pela autoridade policial.

A matéria, como veremos, é de extrema atualidade, existindo *duas tendências*:

a) Uma, que reputamos bastante perigosa, é a de compreender os direitos e garantias fundamentais reconhecidos por nossa *Magna Carta* como algo “relativo”, propiciando sejam eles *esvaziados, murchados em sua pujança*.

Os defensores desse entendimento, sempre caminhando sobre a tábua um tanto quanto estreita e pouco estável da assertiva de que “nada é absoluto”, sustentam que os direitos fundamentais devem ser cotejados com outros valores reconhecidos pela Constituição da República, em seus diversos capítulos, ainda que tal cotejamento implique em *redução de seu alcance literal*.

Seria uma espécie de “interpretação com efeitos restritivos”, ou seja, lembrando ALÍPIO SILVEIRA “quando o significado literal é mais amplo do que aquele obtido pelos outros métodos”<sup>(1)</sup> (lógico, sistemático, teleológico, histórico-evolutivo ou sociológico).

O perigo de tal “relativização”, a nosso ver, é grande. Imagine-se chegar ao extremo, por exemplo, de se admitir a prova obtida por meios ilícitos (*Magna Carta*, art. 5.º, LVI), como a tortura, a interceptação telefônica criminosa etc., sob o argumento de que o crime que se investiga é grave ou de que a vítima corre perigo iminente, fazendo-nos lembrar do nefasto e maquiavélico pensamento de que “os fins justificam os meios”...

(1) *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, vol. I, p. 21.

b) A outra tendência, por nós adotada, é a de que os direitos e garantias fundamentais não admitem interpretação restritiva, bem como relativização que venha a negá-los em sua essência.

Com efeito, não é dado transformar um direito fundamental, que sequer pode ser objeto de emenda constitucional (são as denominadas *cláusulas pétreas*), em *simulacro de direito*, “*pretense*” *direito fundamental*.

*Pretense* direito porque, a qualquer momento, poderia deixar de ser reconhecido, dependendo das circunstâncias e da interpretação que lhe for dada (bem sabemos que a hermenêutica, como arte, tem inquestionável carga subjetiva). Daí o correto entendimento que os direitos e garantias assegurados no art. 5.º da CF/88 não admitirem interpretação com efeitos restritivos, devendo-se, na dúvida, o exegeta optar pelo entendimento que amplie o âmbito de incidência da tutela constitucional.

## 2. PROCESSO PENAL, DIGNIDADE E LIBERDADE

Estabelecidas essas premissas, passamos a abordar alguns temas essenciais à compreensão dos motivos que impõem uma profunda reflexão em face do *status quo* do posicionamento de diversos órgãos do Poder Judiciário, bem como de nossas polícias estaduais e federal.

### 2.1 O princípio geral do direito do favor libertatis

Conforme o primeiro autor deste artigo já teve a oportunidade de escrever,<sup>2</sup> a liberdade, essa virtude suprema, o mais precioso bem de todos aqueles inerentes à vida, é fundamental, como lembra o jusfilósofo LUIS RECASÉNS SICHES, para que o ser humano seja capaz de se desenvolver, de colocar em prática seus potenciais, como “uma criatura filha de Deus com a perspectiva de autosalvação”,<sup>3</sup> ou seja, de realização pessoal, de desenvolvimento dos seus talentos naturais e de sua vocação, seja como músico, pintor, poeta, padre, médico, advogado, juiz, dramaturgo etc.

Ainda segundo SICHES, é com base no pensamento cristão, lendo-se no Antigo Testamento que “o homem foi criado à imagem e à semelhança de Deus”, que o valor da dignidade da pessoa humana adquiriu maior relevo, convertendo-se em “postulado básico da cultura ocidental.”<sup>4</sup>

Assim, ao desenvolver e amadurecer a sua consciência, na eterna procura do *ser*, passando da infância à adolescência e desta a um estágio mais maduro, o ser humano precisa ser livre para atingir essa autorealização; ele necessita ter liberdade de escolha para lutar por seus ideais e alcançar a felicidade, ínsita ao sentimento cristão de salvação perante Deus, ao ponto de chegar ao fim da vida e poder afirmar: fiz tudo aquilo que me foi possível, dentro das limitações impostas pelo respeito ao próximo e pela natureza, na busca da realização dos meus ideais.

Essa liberdade adquire a conotação de *liberdade jurídica*, a partir do momento em que ela passa a ser protegida pelo sistema legal dos povos civilizados, coibindo-se ingerências

(2) Cf. ROBERTO DELMANTO JUNIOR, *As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 19 e ss.

(3) *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 1ª ed., México: Editorial Porrúa, 1959, pp. 560-561.

(4) *Idem*, p. 550.

arbitrárias e injustificáveis, tanto do próprio Estado quanto dos outros membros da sociedade nas esferas mais íntimas de cada um. Daí estar a *liberdade* umbilicalmente atrelada à *intimidade*.

Por ser tão fundamental à própria existência humana, a tutela da liberdade, ao lado daquela da dignidade, exsurge, inegavelmente, como um verdadeiro *princípio geral do direito*, que está acima da lei escrita, consubstanciando-se em um *direito fundamental natural* pelo qual sempre, com incansável e perene continuidade, dever-se-á favorecer a liberdade.

Com efeito, esse princípio já aparece em enunciações do digesto do *Corpus Iuris Civilis*, elaborado por ordem de Justiniano e publicado em 533 d.C., no qual se encontram vários fragmentos textuais de decisões e pareceres de juristas romanos dos primeiros três séculos depois de Cristo.

A propósito, ESTEBAN ROMERO ARIAS traz à colação os seguintes trechos do digesto:

Décio: *Nocentem absolvere satius est quam innocentem damnari* (É preferível absolver um culpado do que condenar um inocente);

Ulpiano: *Satius est, impunitum relinqui facinus nocentes, quam innocentem damnari* (É preferível deixar impune o delito de um culpado do que condenar a um inocente).<sup>5</sup>

Nessa esteira, a partir do momento em que esse princípio fundamental do direito é reconhecido e reafirmado expressamente pelas codificações dos povos civilizados, a tutela da liberdade adquire, ainda mais, irrefutável conotação de *liberdade jurídica*, não só coibindo-se as mencionadas ingerências arbitrárias e injustificáveis do Estado e dos outros membros da comunhão social nas esferas mais íntimas de cada um (a chamada *liberdade subjetiva*), mas também vedando-se limitações a uma ativa participação política na sociedade (a denominada *liberdade objetiva*), como pode ocorrer com a exclusão social de uma parcela de cidadãos, seja pela miséria, pela falta de acesso a uma renda mínima, à saúde, ao ensino etc.

Destarte, cumpre ressaltar que a incidência do princípio *favor libertatis* não se dá, tão-somente, no processo de elaboração dos ordenamentos legais, mas, igualmente, se traduz em uma diretriz que deve orientar a atuação de todos os órgãos e agentes estatais na ação judiciária, no sentido de se admitir, somente na medida do estritamente necessário, restrições a esferas da liberdade individual, visando-se única e exclusivamente a manutenção de uma convivência social harmônica e, paradoxalmente, tutelando a própria liberdade.

A propósito, enfatiza o ex-Primeiro Ministro português MARCELLO CAETANO que “o valor supremo da sociedade política é a liberdade, consistindo a autoridade num sistema de restrições só admissível na medida do estritamente indispensável à coexistência das liberdades individuais.”<sup>6</sup>

## 2.2 A incidência do princípio *favor libertatis* no processo penal

Sendo a *proteção dos direitos individuais naturais* a fonte de toda a ordem jurídica, o seu fim teleológico, uma condição, inclusive, para a possibilidade de convivência social harmônica, livre de repressões gratuitas ou preconceituosas, o processo penal se consubstancia, dentro de sua esfera, sobretudo em um *instrumento de tutela da liberdade, impondo limites ao Estado*, e não simplesmente em um mecanismo que vise, tão-só, assegurar aos órgãos e

<sup>(5)</sup> *La Presuncion de Inocencia*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 1985, p. 18.

<sup>(6)</sup> *Direito Constitucional*, 1977, pp. 374-377, *apud* João Melo Franco e Herlander Antunes Martins (*Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*, Coimbra: Almedina, 1993, p. 399).

agentes Estatais maiors para a descoberta da verdade e para viabilizar a punição ou a imposição de medida de segurança àqueles que tenham violado a lei penal.<sup>7</sup>

Nesse sentido, já em 1853, escrevia o autor lusitano F. J. DUARTE NAZARETH que o processo penal é um instrumento “d’escudo à honra, à liberdade individual, e aos direitos dos cidadãos”,<sup>8</sup> pensamento também adotado, entre nós, por JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR no sentido de que “as formas asseguram a liberdade dos indivíduos”,<sup>9</sup> e por JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, para quem o processo penal é um instrumento da liberdade.<sup>10</sup>

A maior prova de que a rígida e perene observância do princípio *favor libertatis*, notadamente no processo penal, é tão fundamental quanto a *própria manutenção da Democracia*, advém da constatação de que as ditaduras com frequência se utilizam justamente do processo penal para impor o seu regime de exceção. Em consonância com esta observação, JULIO B. J. MAIER<sup>11</sup> aduz que o processo penal pode ser visto como *um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de uma nação*.

Nesse sentido, uma das citações, a nosso ver, mais belas acerca da observância, no processo penal, das liberdades individuais, até para lhe conferir *legitimidade* (que é muito mais do que a mera legalidade), é do autor português GERMANO MARQUES DA SILVA: “A eficácia da justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas porque numa sociedade livre e democrática os fins nunca justificam os meios, só será louvável quando alcançada pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem as sofre, mas não menos quem as usa” (*Curso de Processo Penal*, Lisboa: Verbo Editora, 1993, vol. I, p. 54).

Dada essa sua relevância, as normas processuais penais são verdadeiros complementos de direitos e garantias fundamentais. Tanto assim, que inúmeras regras processuais penais foram erigidas, em 1988, ao patamar constitucional, consubstanciando-se, desta feita, em normas processuais penais constitucionais.

Diante de todo o exposto, verificamos que é da incidência do princípio *favor libertatis* na persecução penal que decorrem as garantias da *presunção de inocência* e da *desconsideração prévia de culpabilidade*.

### 2.3 Presunção de inocência e desconsideração (ou não-consideração) prévia de culpabilidade

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO anota que “o princípio da presunção de inocência, regra tradicional da *common law*, insere-se entre os postulados fundamentais que presidiram a reforma do sistema repressivo empreendida pela revolução liberal do século

(7) Cf. FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO, *El Proceso Penal – Tratamiento Jurisprudencial*, Olviedo, Editorial Forum, 1992, p. 19 e JULIO B. J. MAIER, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, tomo I, p. 112.

(8) *Elementos de Processo Criminal*, 3ª ed., Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 25.

(9) *O Processo Criminal Brasileiro*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, vol. I, p. 14.

(10) Citado por Cândido Rangel Dinamarco, in *Processo de Conhecimento e Liberdade – Estudos em Homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida*, org. por José Ignácio Botelho de Mesquita e outros, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 256.

(11) *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires: Editorias Hammurabi, 1989, tomo I, p. 118.

XVIII”<sup>12</sup> aparecendo no art. 9.º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789: “Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur qui ne serat pas necessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévérement reprimée par la loi”<sup>13</sup>.

A declaração do direito à presunção de inocência surgiu, nessa reforma iluminista, para banir o sistema da prova legal e da tortura, oriundo das antigas ordálias ou juízos de Deus tão frequentes na Inquisição, buscando-se a implementação do sistema da livre apreciação da prova<sup>14</sup> e eliminando-se, outrossim, o pensamento de que o suspeito é que deveria provar a sua inocência perante a sociedade e, também, absurdas práticas como a imposição da “pena extraordinária” – uma pena mais leve que era aplicada quando “o esquema rígrado do sistema das provas legais não autorizava uma condenação” – ou “pena do suspeito” – em que se suspendia o processo enquanto o acusado não apresentava provas cabais de sua inocência, sendo submetido, durante essa suspensão, “a prisão preventiva ou a severíssima vigilância”, como ensina, ainda, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO,<sup>15</sup> lembrando MARIO PISANI.

Mais modernamente, o direito à chamada presunção de inocência aparece em inúmeros diplomas internacionais, como nas recomendações constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. XI), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 2) e no Pacto de San José da Costa Rica (art. 8.º, 2, 1ª parte):

Nas recomendações da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 *	Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica de 1969) **
– “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (art. XI)	– “toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presume sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (art. 14, 2)	– “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presume sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (art. 8º, 2, 1ª parte)

\* Aprovado, no Brasil, pelo Dec. Leg. 226, de 1991 e promulgado pelo Presidente da República através do Dec. 592, de 1992.

\*\* Aprovada pelo Congresso Nacional com o Dec. Leg. 27, de 1992 e promulgada pelo Presidente da República com o Dec. 678, de 1992.

Apesar da *Magna Carta* brasileira não reconhecer originariamente o direito à presunção de inocência, garantindo, em seu art. 5.º, LVII, tão-somente o direito à desconsideração prévia de culpabilidade – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” – que seria mais restritivo, a referida presunção de inocência

(12) *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 9.

(13) *Apud* ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. e pp. cit.

(14) ESTEBAN ROMERO ARIAS observa que, na Espanha, “la constitucionalización de la presunción de inocencia ha significado la *superación definitiva del sistema de valoración legal de la prueba*” (*La Presunción de Inocencia*, Pamplona: Aranzadi, 1985, p. 29).

(15) *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, cit., p. 10, nota de rodapé 4.

acabou sendo acolhida por nosso mais alto ordenamento jurídico em razão do §2.º desse mesmo art. 5.º, ao estipular que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Desta forma, o direito à presunção de inocência restou incorporado à CF/88, ampliando-a, ou seja, estendendo o elenco dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos,<sup>16</sup> e se traduzindo, de fato, em um verdadeiro direito constitucional internacional garantido por nosso mais alto ordenamento, cuja aplicação é imediata em decorrência da conjugação do referido §2.º do art. 5.º da CF/88 com o seu §1.º, *verbis*: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” –,<sup>17</sup> sobrepondo-se, hierarquicamente, a toda legislação ordinária.

Esse entendimento acabou consagrado, recentemente, por meio da EC 45, de 2004, que acrescentou parágrafos ao art. 5.º da *Magna Carta*, dispondo, no novel § 3.º, que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Atente-se, consoante também já tivemos a oportunidade de mencionar,<sup>18</sup> que mesmo para aqueles que possam imaginar haver eventual conflito entre a nossa *Magna Carta* e os dois tratados internacionais referidos, no tocante à desconsideração prévia de culpabilidade e à presunção de inocência, a norma que deve prevalecer será sempre “a mais benéfica ao indivíduo, titular do direito”, nas palavras de FLÁVIA PIOVESAN,<sup>19</sup> a qual lembra as lições de ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE: “(...) desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção, não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno.”<sup>20</sup>

(16) Cf. FLÁVIA PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 121. Quanto à hierarquia constitucional desses tratados internacionais, ver, igualmente, ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 204, p. 52; ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*, San José/Brasília, Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1992, pp. 317-318, citado e referendado por FLÁVIA PIOVESAN, na obra citada, p. 122; J. S. FAGUNDESCUNHA e JOSÉ JAIRO BALUTA, *O Processo Penal à Luz do Facto de San José da Costa Rica*, Curitiba: Juruá, 1997, pp. 31 e ss.; ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCA FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *As Nulidades no Processo Penal*, 6ª ed., São Paulo: 1999, Revista dos Tribunais, p. 76.

(17) *Idem*, p. 103.

(18) Cf. ROBERTO DELMANTO JUNIOR, *ob. cit.*, pp. 59-68.

(19) *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., pp. 121-122.

(20) *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*, San José da Costa Rica/Brasília, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992, pp. 317-318, *apud* FLÁVIA PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 122, nota de rodapé 126.

Passemos, então, à análise do conteúdo dessa presunção, e, posteriormente, às posições doutrinárias acerca de sua admissibilidade.

Realmente, foram muitas as vozes, no passado, que se insurgiram contra a presunção de inocência, entendendo-a inaceitável. Segundo MANZINI, GABRIELI e CONSENTINO, lembrados por BENTO DE FARIA, a presunção de inocência seria uma inaceitável extravagância, reflexo de exagerados e inconseqüentes excessos dos iluministas.<sup>21</sup> No mesmo sentido manifestam-se GIUSEPPE SABATINI<sup>22</sup> e CARLO UMBERTO DEL POZZO,<sup>23</sup> salientando que o fato do acusado não poder ser considerado culpado antes de decisão penal condenatória passada em julgado, não autoriza seja, todavia, presumido inocente; ele estaria, nas palavras de DEL POZZO,<sup>24</sup> em posição neutra, equidistante da inocência e da culpabilidade. Entre nós, podemos lembrar INOCÊNCIO BORGES DA ROSA,<sup>25</sup> que igualmente assim se posiciona.

Nessa esteira, ainda, a ponderação de VINCENZO MANZINI: “*Se si presume l’innocenza dell’ imputato, chiede il buon senso, perchè dunque si procede contro di lui?*”<sup>26</sup>

Por outro lado, em sentido favorável à presunção de inocência, entre os autores estrangeiros mais antigos, podemos citar BETTIOL, LONGUI, PEZZATINI e BELLAVISTA<sup>27</sup> e, em meio aos doutrinadores atuais, ESTEBAN ROMERO ARIAS, para quem “o direito à presunção de inocência é um ideal, uma forma de ver a realidade”,<sup>28</sup> M. COBO DEL ROSAL e T. S. VIVES ANTON, asseverando que a presunção de inocência deve ser considerada como “regra de tratamento”,<sup>29</sup> ELADIO ESCUSÓL BARRA, esclarecendo que “todas as garantias em respeito ao acusado descansam em uma base: a presunção de inocência”,<sup>30</sup> e MARIO PISANI, lembrado por ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, para o qual há uma “presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja, a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal.”<sup>31</sup>

Inquestionavelmente, a presunção de inocência, como expressão do princípio *favor libertatis* no processo penal, tem dimensões, hoje, muito maiores do que as já enormes e significativas evoluções quando foram banidas as ordálias, o sistema da prova legal, a “pena extraordinária” e a “pena do suspeito”.

Atualmente, ela afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas também o modo pelo qual ele é tratado durante o processo, como devem ser tuteladas a sua liberdade, integridade física e psíquica, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações

(21) *Codice di (sic.) penale illustrato con I lavori preparatori*, p. 85, in BENTO DE FARIA, *Código de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Jacintho, 1942, vol. I, pp. 110-111.

(22) *Novissimo Digesto Italiano*, Torino: UTET, 1968, tomo VIII, voce “*In dubio pro reo*”, p. 615.

(23) *La Libertà Personale nel Processo Penale Italiano*, Torino: UTET, 1962, p. 103.

(24) *Idem, ibidem*.

(25) *Processo Penal Brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942, vol. II, p. 278.

(26) *Apud* RENÉ ARIEL DOTTI, “Princípios do processo penal”, in RT 687, p. 264.

(27) *Apud* CARLO UMBERTO DEL POZZO, *La Libertà Personale nel Processo Penale Italiano*, cit., p. 103.

(28) *La Presunción de Inocencia*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 1985, p. 62.

(29) *Derecho Penal – Parte General*, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, p. 79.

(30) *Manual de Derecho Procesal-Penal*, Madri: Editorial Colex, 1993, p. 70, *in fine*.

(31) *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 37.

desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com o seu *status*, mesmo que presumido, de inocente.

Não obstante o processo penal, diante de sua natureza, seja *a priori* avesso a presunções, pautando-se pela obtenção de provas concretas, o acolhimento, pelo Brasil, dos referidos tratados internacionais inegavelmente impôs no âmbito processual penal uma presunção legal relativa (*juris tantum*) de que o suspeito, o indiciado, preso em flagrante ou não, o acusado e até o condenado que esteja recorrendo são, por mais contraditório que isto possa parecer para alguns, inocentes e, assim, devem ser legalmente tratados.

E em resposta à citada indagação de MANZINI, podemos afirmar que essa presunção legal – que em virtude de sua própria natureza de presunção pode muito bem não refletir a realidade<sup>32</sup> e, às vezes, desde logo parecer descabida pela evidência das provas que vão surgindo durante o desenrolar da persecução penal – acabou se consubstanciando em um verdadeiro direito fundamental constitucionalmente garantido, incumbindo ao Estado, unicamente através do devido processo penal, desconstituir essa presunção. Ela só cederia, portanto, com o trânsito em julgado de uma condenação, devidamente fundamentada em provas lícitas e incontestas,<sup>33</sup> proferida “com respeito a todas as garantias insculpidas em nossa Constituição da República e nos mencionados tratados internacionais.”<sup>34</sup>

Em outras palavras, é justamente em função da presunção de inocência que pessoas são acusadas da prática de infração penal e, nessa condição, processadas. Caso contrário, impor-se-ia desde logo a pena.

Assim, não sendo a presunção de inocência incompatível com a realidade, traduzindo-se na maior expressão do princípio *favor libertatis* no processo penal, restam tuteladas *não só a liberdade e a dignidade de todos que se vêem envolvidos em uma persecução penal, mas também a própria legitimidade do Poder Judiciário, resguardando-se, igualmente, a dignidade da atuação de seus órgãos e agentes.*

### 3. CONSEQÜÊNCIAS PRÁTICAS

Passemos a analisar as conseqüências práticas do reconhecimento do direito à presunção de inocência que, como visto, teleologicamente se justifica com base no princípio secular de sempre se buscar favorecer as mais diversas esferas da liberdade dos membros da sociedade, admitindo-se restrições somente quando indispensáveis à vida em comum.

Para tanto, antes de mais nada, é necessário que façamos um esforço para abstrair de nossas mentes qualquer tendência egoísta que possamos ter em relação ao direito à presunção de inocência, como adverte ESTEBAN ROMERO ARIAS: “el derecho a la presunción de inocencia es *un ideal*, una forma de ver a realidade, que debe presidir todas las conductas.

[32] ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, referindo-se a JERZY WROBLEWSKI, esclarece que as “presunções são normas de comportamento e através delas o legislador formula regras de ‘dever ser’ e não asserções sobre a realidade” (*Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, cit., p. 36).

[33] Nesse sentido, cf. a decisão do Tribunal Constitucional Espanhol 3/1990, de 15 de janeiro, in MANUEL PULIDO QUECEDO, *La Constitución Española – Con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona: Aranzadi, 1993, p. 607.

[34] ROBERTO DELMANTO JUNIOR, *As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 59. No mesmo sentido, cf., também, a decisão do Tribunal Constitucional Espanhol 3/1990, de 15 de janeiro, item 32 supra.

Lo cierto es que el egoísmo nos lleva a considerarlo como un derecho que no tienen los demás pero que, al mismo tiempo, es un derecho que nosotros podemos reclamar y exigir con toda vehemencia cuando el problema nos afecta directamente a nosotros.”<sup>35</sup>

Nesse contexto, verificaremos que inúmeras praxes adotadas pelos órgãos e agentes estatais incumbidos da atividade persecutória penal encontram-se em dissonância com a garantia da presunção de inocência e, também, com total abstração dos direitos à proteção da honra e da imagem, assegurados pelo inc. X do art. 5.º da CF/88<sup>36</sup> a todos os seres humanos.

Com efeito, entendendo-se o direito à presunção de inocência como regra de tratamento, o errôneo cumprimento de prisões provisórias que degradam o acusado, fazem-no perder o emprego, humilham-no diante da sua família e da sociedade etc., bem como a desnecessária utilização de violência ou de pouca discrição por parte dos agentes da Polícia Judiciária ou Militar ao efetuarem detenções, o abusivo uso de algemas, a concessão de entrevistas gratuitas dos agentes e dos órgãos do Poder Judiciário, a proposital causa de alvoroço quando da realização de buscas e apreensões e de reconstituições, a tão comum exposição das pessoas detidas para serem fotografadas e filmadas pela imprensa, exibidas como troféus etc., com vistas à autopromoção ou à intencional submissão do acusado a vexame, como uma espécie de realização de vingança ou justiça sumária, são inadmissíveis.

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, fazendo menção a LAWRENCE M. FRIEDMAN, observa: “Como tem sido ressaltado em importantes estudos sociológicos, o processo penal é sobretudo um cerimonial de degradação do *status* social do indivíduo submetido à persecução. E os sistemas jurídicos freqüentemente se utilizam da humilhação do acusado como uma sanção pouco custosa e, ao mesmo tempo, de grande força nos mecanismos simbólicos de repressão”.<sup>37</sup>

Dentre as várias humilhações a que são submetidos os acusados, mormente quando em regime de prisão provisória, absolutamente desnecessárias, perfeitamente contornáveis e patentemente violadoras da presunção constitucional de inocência, vigorosa enquanto não houver trânsito em julgado de sentença penal condenatória, que afeta a todos, independentemente do maior ou menor arcabouço probatório que se tenha produzido contra determinado acusado ou, ainda, até mesmo de sua confissão, elementos que não de ser avaliados somente após encerrada a instrução judicial e apresentadas as alegações finais, podemos enumerar as seguintes:

### 3.1 *Prisões escandalosas (os shows proporcionados à mídia): inadmissível propaganda institucional e política dos órgãos de repressão à criminalidade*

Diante do primado da presunção de inocência, e sua correlação ao direito da preservação da imagem (CF/88, art. 5.º, X), é pertinente a lembrança de SARA ARAGONESES MARTÍNEZ<sup>38</sup> no sentido de que a prisão deve ser efetuada da maneira que menos prejudique a reputação e o patrimônio da pessoa custodiada.

<sup>(35)</sup> *La Presunción de Inocencia*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 1985, p. 62.

<sup>(36)</sup> O referido inciso assim está redigido: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

<sup>(37)</sup> “O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)”, in *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, abril de 1994, n. 42, p. 32.

<sup>(38)</sup> *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 2ª tiragem, 1994, p. 389.

E é nesse sentido que está redigido o art. 520, 1, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola: “La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio ...”.

Portanto, ao invés de prender um acusado, por exemplo, em meio a uma refeição em um restaurante cheio, as autoridades policiais deveriam, se possível, aguardar o seu término e prendê-lo, discretamente, na sua saída desse estabelecimento. O mesmo se aplica a prisões em clubes esportivos, no horário comercial do prédio do escritório onde o acusado trabalha etc.

Assim, os direitos à preservação da honra e da imagem, intimamente unidos ao direito à presunção de inocência, impõem que a polícia seja discreta ao efetuar a captura e a conseqüente prisão.

Todavia, como é do conhecimento de todos, isto quase não é observado por nossos policiais que até por repórteres se fazem acompanhar, sobretudo nas operações da Polícia Federal verificadas no ano de 2004, nas quais há indisfarçável *propaganda institucional e política* com verdadeiros *shows* da vida real proporcionados por aquele órgão de investigação.

Acerca ainda da imprensa, ela, via de regra, infelizmente acompanha as atividades da polícia não pelo nobre motivo de resguardar a integridade física do preso e de inibir o uso da violência, mas sim com o exclusivo e único intuito de explorar a imagem daquelas pessoas que são detidas ou abordadas por policiais, patenteando-se, em muitos casos, verdadeiras violações à lei por parte de maus agentes, que passam despercebidas ou, pior ainda, que contam com o aval da população e das autoridades que assistem a esses programas.

### 3.2 *Revistas humilhantes: pessoais e em automóveis*

São freqüentes, hoje, nas conhecidas “batidas policiais”, revistas pessoais que acabam sendo *humilhantes* e, também, buscas em automóveis feitas de modo espalhafatoso, tratando as pessoas como se fossem criminosos, e não raras vezes, com revólveres e até metralhadoras desnecessariamente exibidos.

Já não é incomum a exposição de pessoas a verdadeiro *vexame* quando da realização de revistas pessoais, sendo obrigadas, na frente de todos, a se voltarem contra muros com as mãos para cima ou a se deitarem no chão, configurando-se, nos casos de abuso, inclusive, o crime do art. 4º, b, da Lei 4.898/65.

Aliás, a questão da revista pessoal e da busca em automóveis por amostragem, sem qualquer atitude considerada suspeita do revistado, como é freqüente nas referidas *blitzes*, têm a sua legalidade, afora a questão da tutela constitucional da intimidade, da honra e da imagem (CF/88, art. 5º, X), muito questionável.

Com efeito, o próprio CPP, que data de um momento histórico brasileiro de índole fascista, ao tratar da busca pessoal, exige, no § 2.º do seu art. 240, que haja “fundada suspeita” de que alguém oculte consigo arma proibida, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos (§ 1.º, b), instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos (§ 1.º, c), armas e munições ou instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a tal fim (§ 1.º, d) e objetos necessários à prova de infração ou à própria defesa de um acusado (§ 1.º, e).

Isto, entendendo-se inaplicável, diante da vedação constitucional que garante o *sigilo absoluto da correspondência* (CF/88, art. 5º, XII<sup>39</sup>), o permissivo da alínea f do §1º do referi-

(39) *Verbis*: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal”.

do art. 240 que faz alusão à busca e apreensão de “cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato”.

Evidentemente, quando as pessoas são paradas em *blitzes*, aleatoriamente, ou seja, por amostragem, e submetidas a revista ou busca, há patente desrespeito ao CPP no que toca à verificação dessa “fundada suspeita”.

Tal fato, acrescido dos referidos direitos à honra e à imagem, bem como à intimidade, assegurados todos no inc. X do art. 5º da *Magna Carta*, estando os dois primeiros intimamente atrelados à garantia da presunção de inocência, não obstante aqui nem haja acusados, mas sim, pessoas escolhidas ao acaso, ou pior, selecionadas com base em critérios absolutamente subjetivos, desprovidos de logicidade, apegados à aparência e, por vezes, carregados de preconceito – é muito mais difícil, por exemplo, observarmos um automóvel *Mercedes-Benz*, último tipo, ser parado, do que um carro nacional de alguns anos e com a lataria enfeijada – como se houvesse uma presunção de que todo cidadão, mormente o mais pobre e negro, fosse suspeito, nos leva a ponderar acerca da ilegalidade dessas revistas pessoais e buscas em automóveis e, conseqüentemente, dos reflexos dessa ilegalidade na verificação da ocorrência de um crime, por exemplo, de posse de entorpecentes ou armas sem licença de porte.

Incontestemente que tais buscas são o retrato de um abuso, que não encontra amparo sequer no nosso CPP, que foi elaborado durante o Estado Novo e cuja ideologia dispensa comentários.

Abuso este, porém, que em função do verdadeiro desespero em se lutar contra o aumento da criminalidade, recebe “vistas grossas” de quase todos, valendo referir, aqui, a advertência de MARIO CHIAVAIRO no sentido de que *um forte clima emergencial é o maior inimigo dos direitos humanos*.<sup>40</sup>

No âmbito probatório, nos deparamos, a esta altura, com uma das mais polêmicas discussões travadas em nosso processo penal, que é a questão da *prova ilícita por derivação* (também chamada de *fruto da árvore envenenada*), ficando no ar a pergunta que foi objeto de ardorosa discussão no STF: até que ponto a ilegalidade da colheita de uma prova contamina as outras dela oriundas e, por conseqüência, todo o processo?<sup>41</sup>

### 3.3 O emprego desnecessário de violência

Sobre o emprego de violência, JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR lembra o texto do art. 28 do Dec. 4.824, de 22.11.1871, ou seja, do Século XIX, *verbis*: “O preso não será conduzido com ferros, algemas ou cordas, salvo caso extremo de segurança, que deverá ser

<sup>(40)</sup> *Problemi Attuali della Libertà Personale*, Milano: Giuffrè, 1985, p. 20.

<sup>(41)</sup> Somente para ilustrar, no julgamento do HC 69.912-0-RS (*RBCCRIM 7/176*), ao menos cinco Ministros do Supremo Tribunal Federal responderam afirmativamente a essa indagação, que tem origem em precedentes norte-americanos; entre eles: Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek. *Contra*: Paulo Brossard, Moreira Alves (salientando que a CF/88 não diz que todo o processo que contenha prova ilícita será nulo), Sydney Sanches, Octavio Gallotti e o Min. Carlos Velloso, este salientando bastar que a condenação se baseie em *outras provas*. Impedido o Min. Néri da Silveira, o que levou o julgamento ao *empate*, foi anulado o processo por tráfico, que se iniciou com uma interceptação telefônica autorizada judicialmente, sem que houvesse à época, contudo, lei que definisse como deverá ser essa autorização, o que é atualmente tratado pela Lei 9.269/96.

justificado pelo condutor; e, quando não o justifique, além das penas em que incorrer, será multado na quantia de 10\$000 a 50\$000 pela autoridade a quem for apresentado o mesmo preso.<sup>42</sup>

Atualmente, o CPP, em seu art. 284, estipula que “não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso” e, em seu art. 292, que “se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas”.

De todo censurável, portanto, e tipificador de crime de abuso de autoridade (art. 4º, *a*, *in fine*, da Lei 4.898/65), a conduta de policiais que se utilizam de força desnecessária, e se excedem no uso de algemas, ao efetuar prisões, não só de pessoas ainda não condenadas definitivamente, que gozam do direito de serem tratadas como inocentes, como também até de condenados definitivos, ofendendo-se, aqui, a *dignidade* do ser humano constitucionalmente tutelada.

Observe-se, como salienta SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO, que o uso abusivo de algemas “se constitui em prática atroz, bestial ou aviltante, podendo chegar à tortura”,<sup>43</sup> devendo ser objeto de extrema atenção e controle.

### 3.4 O transporte para as audiências e a espera do seu início no Fórum

Mesmo antes de chegar ao Fórum Criminal, pelo menos na Comarca de São Paulo, não é incomum que os acusados passem horas a fio sem se alimentar e sequer beber água, durante todo o trâmite de sua condução, sendo muitas vezes “jogados” e forçados a permanecerem deitados dentro dos chamados “camburões” de forma desnecessariamente dolorosa, bem como objeto de intencionais manobras bruscas e em “zigzague”, sempre com o intuito de causar-lhes maior sofrimento.

Ademais, não raras as vezes em que os acusados são, nas vésperas da audiência, transportados para determinado distrito policial, especialmente designado para tanto, o qual, também em razão do fato de acolher presos que aguardam audiência provenientes de diversos estabelecimentos prisionais, está sempre superlotado, permanecendo até 48 horas sem dormir, o que denota tratamento desumano e cruel.

De outra sorte, afora o transporte, o modo pelo qual os acusados presos aguardam a realização da audiência é, por vezes, extremamente vexatório. São eles, amiúde, obrigados a permanecer nos corredores dos Fóruns por longos períodos em pé, algemados com as mãos para trás e com o rosto encostado na parede, e ainda com armas, inclusive por vezes metralhadoras, prontas para serem a eles apontadas.

De uma forma ou de outra, quase todos fazem “vistas grossas” para essas violações a preceitos constitucionais, como o art. 1º, III, que reconhece a dignidade humana como valor fundamental, o art. 5º, X, em que se assegura a inviolabilidade da honra e da imagem, o art. 5º, XLIX, através do qual se garante o respeito à integridade física e moral dos presos etc., além do já mencionado direito à presunção de inocência constante do art. 5º, LVII e §2º, *c/c* Pacto In-

<sup>(42)</sup> *O Processo Criminal Brasileiro*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 295.

<sup>(43)</sup> *Inquérito Policial – Novas Tendências*, 1986, Belém: CEJUP, p. 69. A propósito, o mesmo autor critica fortemente, ainda, a ausência de regulamentação a respeito do uso de algemas, em obediência ao disposto no art. 199 da Lei de Execução Penal: – “O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal” (*idem, ibidem*, pp. 90 a 92).

ternacional sobre Direitos Civis e Políticos – PIDCP, art. 14, 2, e Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH, art. 8º, 2, 1ª parte, ambos subscritos pelo Brasil.

O tratamento não condizente com o *status dignitatis* do acusado, para dizer o mínimo, é, assim, manifesto e contínuo, mesmo porque muitos presos provisórios relutam em reclamar ao juiz e, inclusive, relatar o fato ao próprio advogado, temendo represálias.

E aqui, indaga-se: se já é natural que toda pessoa que esteja sendo processada fique tensa ao ser interrogada, seja ela inocente ou culpada, qual será o estado psicológico desse preso para responder às indagações feitas pelo magistrado, depois de ter passado até dois dias sem dormir, privado de água e de alimentação?! Não é incomum, aliás, que tratando-se de longas sessões do Plenário do Júri, fique o acusado sem comer por um ou até dois dias, diante da carceragem do Fórum não dispor de adequado serviço de entrega de “marmitas”...

Em outros termos, o acusado preso, antes de ser interrogado, passa por um verdadeiro processo de humilhação, sendo privado das condições físicas necessárias para poder responder com lucidez àquilo que lhe é indagado, bem como, no âmbito psicológico, de todo e qualquer resquício de autoestima, levando à sua “despersonificação”, tratado sem a mínima dignidade, como um ser desprezível que compõe a escória da sociedade.

E isto, tratando-se de uma pessoa ainda não julgada definitivamente, que poderá vir a ser absolvida, e que goza, sobretudo, do direito constitucional de ser tratada como inocente!

Muitos advogados, por talvez não quererem tumultuar a audiência antes mesmo dela começar, não pedem ao juiz que seja oferecida água ao seu cliente, e de forma condigna, tiradas as suas algemas; deixam de pleitear, também, que possam conversar a sós com o seu cliente para orientá-lo ou discutir acerca das testemunhas que serão ouvidas, acabando por se submeter a esta situação e conversando com o acusado ali mesmo, de forma que até ao profissional é humilhante!

Isso, salvo honrosas exceções, como a verificada em São Paulo, no Complexo Judiciário Ministro Mário Guimarães, em razão da Portaria 01/2004, baixada pelo seu DD. Juiz Diretor Dr. ALEX TADEU MONTEIRO ZILENOVSKI, a qual, embora não seja perfeita ao prever a limitação da conversa entre o advogado e seu cliente, antes do interrogatório deste, em 15 minutos (o que não nos parece adequado, por limitar a atuação defensiva em casos complexos, por exemplo), representa notável avanço ao regulamentar a utilização do parlatório pelos advogados.

Por sinal, a prisão provisória não implica restrições outras que não da sua *liberdade estritamente considerada*, não podendo abranger restrições extras como as acima apontadas, que, violando a dignidade do acusado, acabam também cerceando a sua defesa.

Claro que nestes casos é a atuação do advogado que é posta em jogo. Lamentável, porém, que se necessite sempre ter um advogado lutando, diuturnamente e de forma bastante cansativa, não só para defender o seu cliente, mas também para que ele seja tratado com dignidade, incluindo-se até a sua hidratação, alimentação e o modo como são colocadas as algemas!

Aliás, o eminente criminalista WALDIR TRONCOSO PERES, discursando na solenidade em que foi descerrado um busto em homenagem ao advogado DANTE DELMANTO, avô dos autores deste artigo, no Plenário do antigo Tribunal do Júri de São Paulo, atual Museu do Tribunal de Justiça do Estado, em 17 de outubro de 1990,<sup>44</sup> contou um episódio em que ambos atuaram conjuntamente.

(44) Cf. *Jornal do Advogado*, OAB-SP, edição de novembro de 1990, p. 20.

Tratava-se de um caso em que um major-médico do exército aposentado era acusado de matar um pescador que havia invadido a sua propriedade na Ilha Porchat, em São Vicente, tendo sido o julgamento desafortunado para Mogi das Cruzes. Anulado o primeiro júri, no segundo foi ele condenado.

Nesse episódio, lembrou WALDIR que após o veredicto desfavorável, precedido de réplica e tréplica exaustivas, disse a DANTE que haviam feito tudo o que estava ao seu alcance e que poderiam ir embora, tendo este último, então, respondido que ainda não iria, posto que desejava certificar-se de como o cliente seria acomodado na viatura destinada a transportá-lo de volta ao quartel em que estava preso!

Com efeito, não só antes, mas também durante e após a audiência são comuns os abusos e a verdadeira *negação do direito constitucional à presunção de inocência*, entendido como *regra de tratamento* a uma pessoa que legalmente é inocente e que poderá vir a ser absolvida.

Cumprе consignar, por fim, que as violações à *Magna Carta*, acima retratadas, não tem o condão, evidentemente, de justificar a falácia do chamado interrogatório *on-line*, o qual também consubstancia-se em manifesta ilegalidade, posto que atentatório ao direito de presença do acusado preso a todos os atos de instrução e, também, violador até mesmo de prerrogativa profissional do advogado, que para exercer o seu *munus*, necessita estar junto ao cliente durante o interrogatório deste. Ademais, como imaginar, por exemplo, que um acusado, interrogado na própria cadeia, tenha a coragem de denunciar a tortura a que foi submetido... De que forma supor-se que, durante o interrogatório, não esteja aquele que o ameaça vigiando-o, à espreita, na sala ao lado, só esperando tudo acabar para ir à desforra...

Como cediço, uma ilegalidade não pode nunca justificar outra...

### 3.5 O uso de algemas na sala de audiências e os interrogatórios em pé

O saudoso Desembargador SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO, como já referido, sempre se preocupou com a questão da necessidade de se regulamentar o uso das algemas, as quais podem, quando utilizadas de forma abusiva, tornar-se modalidade até de tortura.<sup>45</sup>

Sem necessidade de se chegar ao extremo da *tortura*, mas com evidente situação de *constrangimento moral*, freqüentes são os interrogatórios, audiências e até júris em que os acusados permanecem algemados, entendendo alguns membros do Ministério Público, que “acusado preso tem que ficar na audiência algemado; não existe acusado preso sem algemas!”

Se é verdade que ainda não temos – e pelo jeito que a coisa vai não estamos muito distantes de mais esta humilhação – aquelas “jaulas” que observamos existir em países como a Itália e a Rússia, nas quais os acusados ficam durante o julgamento, não é menos verdade que o uso indiscriminado de algemas gera, significa, sem dúvida, violência física, moral e psicológica.<sup>46</sup>

Isto, sem deixar de considerar a humilhação imposta aos acusados presos, de serem obrigados a assinar os termos judiciais fazendo um esforço incrível e vexatório com as mãos algemadas!

Nem segurar uma caneta com dignidade eles podem...

A referida manutenção das algemas constitui, portanto, violência desnecessária e abusiva, mormente diante da própria escolta armada que acompanha o acusado.

<sup>(45)</sup> *Inquérito Policial – Novas Tendências*, 1986, Belém: CEJUP, p. 69. Cf. item 3.3, onde também discorreu-se sobre o tema.

<sup>(46)</sup> Cf., novamente, ROBERTO DELMANTO JUNIOR, ob. cit., pp. 122-123.

Aliás, enquanto um acusado sem algemas pode se comunicar por escrito com seu defensor, ajudando-o quando uma testemunha esteja mentindo, aquele que está algemado fica impossibilitado de assim atuar, configurando-se, aí, um tratamento desigual entre o exercício da defesa de um acusado solto e um preso.

Por esse motivo, também, que o acusado deveria sempre permanecer ao lado do seu defensor,<sup>47</sup> tanto na sala de audiências quanto no plenário do júri, e sem algemas, só se admitindo o seu uso excepcionalmente se, durante os trabalhos, ele tentasse, por exemplo, fugir, avançar em alguém ou até rasgar os depoimentos colhidos...

Outra forma de abuso é lembrada por ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO. Trata-se da exigência, mais freqüente no júri, de que o acusado (preso ou solto) responda ao interrogatório em pé.

Afirmando ser essa prática incompatível com o direito à presunção de inocência e o conseqüente *tratamento respeitoso ao acusado*, escreve:

“Sob outro aspecto, o princípio da presunção de inocência, visto como garantia do *status* do cidadão impõe às autoridades e ao pessoal administrativo em geral, que intervêm nas atividades processuais, tratamento respeitoso à pessoa do acusado, o que não se revela apenas no plano formal e abstrato, mas sobretudo nas pequenas práticas em que seja possível sua assimilação com a condição de culpado; assim, o uso de algemas deve ser restrito aos casos de absoluta necessidade, do mesmo modo que certas praxes, como a de realizar o interrogatório com o réu em pé, merecem ser revistas, em face da regra constitucional”.<sup>48</sup>

A simbologia que está por trás dessas praxes é a mesma daquela que deriva da exigência, feita por alguns juízes, de que o interrogatório seja feito com o acusado em pé...

### 3.6 A retirada do acusado preso da sala de audiências e a solução do Estatuto do Tribunal Penal Internacional

Outra questão que merece especial abordagem é a freqüente retirada do acusado da sala de audiências, sem que ele tenha se comportado inconvenientemente.

Atualmente, no Fórum Criminal Central de São Paulo, é regra geral os juízes (muitas vezes até mesmo o escrevente ao apregoar as partes e pessoas que irão depor) perguntarem às testemunhas ou vítimas se “*a presença do acusado as constrange*” e se elas “*ficariam mais à vontade se o réu fosse retirado da sala de audiências*”. Sendo a resposta “sim” um tanto óbvia, e não havendo um advogado extremamente combativo para reclamar e consignar este verdadeiro cerceamento de defesa, hoje, no ano 2005, proliferam os processos em que o acusado mal chega a ouvir a colheita dos depoimentos, podendo as testemunhas e vítimas faltarem com a verdade, sem que o advogado possa ser alertado pelo seu cliente acerca dessas mentiras!

E isto, ressalte-se, ao arrepio do próprio CPP, que é expresso:

“Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo a inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram”.

(47) ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO igualmente trata do assunto, aduzindo: “Até mesmo o lugar destinado aos acusados nas sessões de julgamento evidencia posição de inferioridade em face do poder punitivo” (ob. e p. cit., nota de rodapé 32).

(48) *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, cit., p. 45.

Evidente, portanto, que a lei processual penal exige uma conduta comissiva do acusado, ou seja, que ele faça alguma coisa, o que não se confunde, por óbvio, com a conduta delituosa a ele imputada pela denúncia e, tampouco, com o seu comportamento absolutamente passivo, de simplesmente estar lá, para que lhe seja tolhido o direito de estar presente à colheita dos depoimentos e ajudar o seu defensor.

Aliás, agora em nível constitucional e não ordinário, essa prática fere o direito à ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV), a qual se divide na defesa técnica e na autodefesa, englobando esta última não só o direito de audiência, ou seja, de ser ouvido, mas também o direito de presença, isto é, de estar presente aos atos de seu julgamento;<sup>49</sup> são direitos do acusado no processo, protegidos também pela garantia do *due process of law* (CF/88, art. 5º, LIV), impedindo-se que a ação penal seja uma farsa, um faz de conta...

É de se frisar, ainda acerca do direito do acusado estar presente a todos os atos processuais, que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, recepcionado por nossa *Magna Carta* (art. 5º, §2.º), como já visto, é expresso em garantir ao acusado o direito de “estar presente no julgamento e defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor” (art. 14, 3, d).

Nem se diga, por fim, que a eventual necessidade de realizar o reconhecimento do acusado impediria que o ele estivesse presente na sala de audiência, pois, nessa hipótese, aquele que iria proceder ao reconhecimento não veria o acusado ao lado de outras pessoas, consoante determina o inc. II do art. 226 do CPP, o que prejudicaria o ato.

Evidentemente, bastaria, aqui, que o magistrado *primeiro* procedesse ao reconhecimento, por parte da vítima e testemunhas e, *somente depois*, tomasse seus depoimentos.<sup>50</sup>

De qualquer modo, é interessante lembrar, nesse âmbito, a solução encontrada pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional, subscrito pelo Brasil, aprovado internamente pelo Dec. Leg. 112, de 6 de junho de 2002 e promulgado pelo Dec. 4.388, de 25.7.2002, *verbis*:

“Artigo 63

Presença do Acusado em Julgamento

1. O acusado estará presente durante o julgamento.

2. Se o acusado, presente em tribunal, *perturbar persistentemente a audiência*, o juízo de julgamento em primeira instância poderá ordenar a sua remoção da sala e *providenciar para que acompanhe o processo e dê instruções ao seu defensor a partir do exterior da mesma*, utilizando, se necessário, meios técnicos de comunicação. Estas medidas só serão adotadas em circunstâncias excepcionais e pelo período estritamente necessário, após se terem esgotado outras possibilidades razoáveis.”

A solução é interessante e poderia significar, em casos excepcionais como o de estudo, significativa evolução.

(49) ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCA FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO anotam: “Com relação à autodefesa, cumpre salientar que se compõe ela de dois aspectos, a serem *escrupulosamente observados*: o *direito de audiência* e o *direito de presença*. O primeiro traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o *interrogatório*. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas”, observando, em seguida, que “a 1ª Turma do STF firmou posição no sentido do direito do acusado de comparecer, assistir e presenciar os atos processuais, especialmente os realizados na fase instrutória: HC 67.755-0-SP, DJU 11.9.92, p. 14.714” (*As Nulidades no Processo Penal*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 72).

(50) Sobre o tema, cf., também, artigo de ROBERTO DELMANTO intitulado “Reconhecimento de réu precisa ser aperfeiçoado”, in RT 676, pp. 389-390.

#### 4. PRISÃO PROVISÓRIA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: BREVES NOTAS

##### 4.1 Compreendendo a cautelaridade

Afora as questões tratadas nos itens anteriores, que por vezes não são lembradas pelos autores, o mais importante reflexo do direito à presunção de inocência é o que concerne ao tratamento dado à prisão provisória, isto é, aquela “que consiste na segregação da liberdade do suposto infrator da lei penal antes de apurada, por sentença definitiva, pronunciada por órgão jurisdicional, sua culpabilidade”, consoante lição de ROGÉRIO LAURIA TUCCI.<sup>51</sup>

Antes de tecermos alguns comentários acerca do seu indispensável fundamento cautelar, é necessário consignar que, a exemplo do que sucede com outras medidas cautelares processuais penais, toda providência determinada no curso da persecução penal e em função dela, que imponha restrições ao acusado, deve estar devidamente tipificada na lei processual penal.<sup>52</sup> Essa imposição decorre, como cediço, do princípio da legalidade (CF/88, art. 5.º, II), que se aplica não só ao âmbito do direito material penal, mas também ao da lei adjetiva penal, mesmo porque esta última, como visto, *expressa garantia* e não pode distanciar-se do “direito objetivo escrito”,<sup>53</sup> ou seja, do direito positivo.

Por conseguinte, é de fundamental importância, em conformidade ao que foi exposto acerca da presunção de inocência, a adequação da prisão provisória a essa garantia, no sentido de que aquela prisão *jamais* poderá ser confundida com pena, isto é, basear-se *pura e simplesmente no mérito da causa* e, tampouco, na *gravidade da acusação*.

Em outras palavras, toda custódia imposta durante a persecução penal há que ser determinada, única e exclusivamente, em função da necessidade de tutela do *bom andamento do processo penal* (incluindo, aqui, o inquérito policial) e da garantia da *eficácia de eventual condenação (necessidade cautelar: instrumental e final)*, lastrando-se em *atitudes concretas* do acusado nesse sentido, não se admitindo meras ilações a respeito e muito menos que o Legislador, ou o juiz, presuma a sua necessidade em face da gravidade da imputação ou do momento processual que se tenha alcançado, como o da pronúncia, o da sentença condenatória recorrível ou o do acórdão condenatório ou confirmatório de condenação não passado em julgado, nos termos dos arts. 5.º, LXI, e 93, X, da *Magna Carta*.

Isto tudo, em consonância com o art. 9.º, 3, 3.ª parte, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, recepcionado por nosso ordenamento legal em patamar constitucional, nos termos do §2.º do art. 5.º da CF/88, conforme já salientado, assim disposto: “A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir regra geral”.

<sup>(51)</sup> *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 218.

<sup>(52)</sup> Cf. ROBERTO DELMANTO JUNIOR, *As Modalidades ...*, cit., p. 52. ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO adverte, lembrando JORGE DE FIGUEIREDO DIAS: “Assim é que, em primeiro lugar, não se pode cogitar em matéria criminal de um ‘poder geral de cautela’, através do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil; tratando-se de limitação da liberdade, é indispensável a expressa permissão legal para tanto, pois o *princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à ‘legalidade da inteira repressão’*, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta” (*Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, cit., p. 57).

<sup>(53)</sup> Cf. ELADIO ESCUSOL BARRA, *Manual de Derecho Procesal-Penal*, Madri: Colex, 1993, pp. 87- 89.

E dentro do princípio *favor libertatis*, ou seja, de que a regra é a liberdade e não a prisão, do qual a presunção de inocência é oriunda, as prisões provisórias hão de ser, como toda medida cautelar que imponha restrições a qualquer exercício de um direito, *excepcionais, adequadas e proporcionais*.

Nesse diapasão, conforme o primeiro autor deste artigo já registrou em monografia específica sobre o tema,<sup>54</sup> observa-se que no processo penal existem *seis modalidades* de encarceramento provisório:

- (1) prisão em flagrante (CPP, arts. 301 e ss);
- (2) prisão temporária (Lei 7.960/89, art. 1.º);
- (3) prisão preventiva (CPP, art. 312);
- (4) prisão decorrente de pronúncia (CPP, art. 408, §2.º);
- (5) prisão em virtude de sentença condenatória recorrível (CPP, art. 594); e

(6) prisão determinada em grau de apelação, em função de acórdão condenatório ou confirmatório de sentença condenatória, mesmo que pendentes recursos extraordinário e/ou especial (art. 27, §2.º, da Lei 8.038/90).

E aqui, cotejando-se a disciplina de nossa lei processual com o que acima foi exposto, verifica-se, desde logo, que as prisões daqueles que estejam respondendo ao processo em liberdade, em virtude de decisão de pronúncia (CPP, art. 408, §2.º), de sentença condenatória recorrível (CPP, art. 594) ou de acórdão condenatório ou confirmatório de condenação imposta pelo juízo *a quo*, mesmo que pendentes recursos especial e/ou extraordinário (art. 27, §2.º, da Lei 8.038/90), *não possuem natureza cautelar*.

Por isso mesmo, as prisões que têm por fundamento a pronúncia e a sentença condenatória recorrível, taxadas por ROGÉRIO LAURIA TUCCI de *prisões de natureza processual* e não cautelar, posto que o seu fundamento restringe-se ao “proferimento de ato decisório”,<sup>55</sup> de mérito, após cognição derivada de toda a instrução, *não tendo sido, assim, recepcionadas* pela Constituição da República de 1988.

O mesmo sucede, aduzimos, com a prisão determinada após o proferimento de acórdão condenatório ou confirmatório de condenação não transitado em julgado, cuja previsão legal, disposta pela Lei 8.038/90, em momento posterior à promulgação da nova *Magna Carta*, portanto, *é inconstitucional*.

Não se nega que o processo penal, a par de sua essencial função garantista – criando instrumentos eficientes para que o Estado descubra a verdade e, ao mesmo tempo (e precipuamente) impondo correlatos *limites estritos* à sua atuação – tenha repercussões políticas e sociais importantes, inclusive no âmbito da política criminal.

Isto porque a sociedade, por exemplo, com a simples ciência de que determinado crime está sendo apurado, e de que o seu indigitado autor está sendo devidamente processado, sente, sem dúvida, *tranqüilizada*. Afinal, algo está sendo feito, e com presumível competência.

Essa função *pacificadora dos anseios sociais* que o processo penal, *como instrumento até mesmo de política criminal*, indiretamente proporciona, *não autoriza* que o Poder Judiciário se utilize de prisões provisórias, como a prisão preventiva para a garantia da “ordem pública”, que nada têm de cautelar, consoante veremos logo adiante, violando a nossa ordem constitucional.

<sup>(54)</sup> Cf. ROBERTO DELMANTO JUNIOR, ob. cit., pp. 403-406.

<sup>(55)</sup> *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 406 e ss.

A propósito, impecavelmente assevera FERNANDO FERNANDES que “é possível reconhecer entre o direito penal e o direito processual penal uma relação mútua de *complementariedade funcional*, estando ambos interligados no *Sistema Jurídico-Penal*”, mas sempre “nos limites postos pelo modelo jurídico-constitucional.”<sup>56</sup>

Vedada constitucionalmente, assim, qualquer medida que imponha ao acusado o tratamento equivalente ao de quem encontra-se já condenado, como ocorre com a prisão para a garantia da ordem pública.

A prisão provisória, portanto, há que ser admitida somente como um “*instrumento do instrumento*”, ou seja, um *instrumento de proteção do próprio processo penal*, que, como ensina ROGÉRIO LAURIA TUCCI,<sup>57</sup> é, por sua vez, um *instrumento técnico, público, político, ético*, e, aduzimos, *justo* de distribuição de justiça criminal, literalmente instrumentalizando o Poder Judiciário (Estado-Juiz) para que ele possa, consoante o *devido processo penal*, descobrir a verdade (embora só Deus tenha a onisciência, ao menos formar convicção, com base em provas, que ela foi descoberta), para assim, com juízo de *certeza* da culpabilidade do autor do fato tido como criminoso ou contravençional, *condená-lo*, e liberar a coação estatal que, até então, restava em potência.

#### 4.2 Críticas às prisões em flagrante, temporária e preventiva

No que tange às outras modalidades de prisão provisória, ou seja, aquelas *tipicamente cautelares* (em flagrante – CPP, arts. 301 e ss.; temporária – Lei 7.960/89, art. 1.º; e preventiva – CPP, art. 312), alguns de seus termos merecem restrições, o que passamos, sucintamente, a fazer:

##### 4.2.1 Algumas observações acerca da prisão em flagrante

Como sabido, se a *prisão em flagrante* possui vícios que a tornam ilegal em face dos regramentos impostos pelo CPP ou, com maior razão ainda, pela própria Constituição da República, deve o juiz *relaxá-la*, nos termos do art. 5.º, LXV, da Lei Maior.

Estando ela isenta de vícios, a sua convalidação judicial se impõe, nos termos do art. 310, parágrafo único, do CPP.

Essa convalidação, todavia, há que ser *devidamente fundamentada*, o que, na prática, quase nunca ocorre.

Desse modo, não sendo o caso de delito afiançável, para que se denegue a liberdade provisória sem fiança, deverá o juiz manifestar-se sobre a necessidade cautelar que justifique a manutenção da custódia, posto que os primeiros elementos de prova já foram colhidos pela autoridade policial. *Não bastará, por conseguinte, que o magistrado simplesmente profira despacho que se limite a declarar a prisão em flagrante formalmente perfeita.*

Cumprе consignar, ainda em se tratando da prisão em flagrante, que as disposições constantes do art. 2.º, II, 2.ª parte, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), do art. 7.º da Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95) e do art. 3.º da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) *vedam, em absoluto, qualquer modalidade de liberdade provisória* àqueles que tenham sido presos em flagrante sob acusação da prática dos crimes de que tratam, extrapolando os termos do art. 5.º, LXIII, da CF/88, o qual apenas determina que a lei ordinária considerará “*inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia*” os crimes hediondos e equiparados.

<sup>(56)</sup> *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 829.

<sup>(57)</sup> *Teoria do Direito Processual Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 161.

Em outras palavras, segundo o comando literal desses três diplomas, mesmo que o juiz entenda que a prisão em flagrante formalmente perfeita não encontra *nenhum embasamento cautelar*, nos termos do art. 310, parágrafo único, do CPP, deverá ela persistir, como uma verdadeira prisão provisória *obrigatória*.

Como tal, além de violar o citado inc. LXIII do art. 5º da CF/88, também agride a garantia da presunção de inocência prevista no inc. LVII do mesmo artigo, combinado com o art. 8.º, 2, do Pacto de San José da Costa Rica e arts. 9.º, 3, 3ª parte e 14, 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, posto que a transforma em *punição antecipada*.

#### 4.2.2 Prisão temporária: na prática, uma prisão para interrogar

No que concerne à *prisão temporária*, verifica-se, outrossim, que em face do direito ao silêncio constitucionalmente assegurado a todo o acusado, o inc. I do art. 1.º, da Lei 7.960/89, ao dispor que caberá prisão temporária “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”, é vazio de conteúdo, abrindo espaço para a sua perigosa má utilização.

Como o primeiro autor deste artigo já teve a oportunidade de se manifestar, “se imprescindível é o necessário, o indispensável”, em que consistiria a indispensabilidade da prisão para as investigações do inquérito? Para interrogá-lo ou fazê-lo participar de acareação? Sabemos que ele tem o direito ao silêncio. A fim de participar de reconstituição? É inegável que ele pode não colaborar e, inclusive, negar-se a estar presente e a que se tirem fotografias suas na cena do crime. Para submetê-lo a reconhecimento? Um simples ato como este, que pode ser realizado em meia hora, não seria motivo para decretar-se uma prisão, a qual pode durar até 60 dias tratando-se de imputação de crime hediondo ou equiparado.

Ademais, lembre-se a possibilidade da condução coercitiva do investigado ou indiciado, prevista no art. 260 do CPP, a qual se justificaria, por exemplo, na hipótese de reiterado não atendimento a intimações *pessoais* para a realização do ato de reconhecimento, tornando absolutamente desnecessária a prisão temporária.

Por outro lado, se o *imprescindível* decorresse de coação ou suborno de testemunhas, o que teria incidência seria a prisão preventiva e não a temporária. Assim, a outra conclusão não se pode chegar, a não ser a de que o referido inciso I é *realmente vazio de conteúdo*.

Resta, portanto, somente a combinação dos incs. II e III do art.1.º da Lei 7.960/89 para justificar-se a decretação de uma prisão temporária, ou seja, “fundadas razões ... de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes ...” (inc. III), acrescida da não-identificação ou falta de residência fixa (inc. II).

Neste caso, há indício de que o acusado possa nunca mais ser encontrado, frustrando-se a eventual aplicação da lei penal, circunstância, por si só, insuficiente para a decretação de uma prisão preventiva com vistas à garantia da aplicação da lei penal (que exige real fuga, por exemplo), mas suficiente para a prisão temporária.

Sem prejuízo do reconhecimento de que a falta de identificação é, também, um fator que dificulta as próprias investigações, o inc. II, neste caso, é a *única hipótese* em que a prisão temporária seria *necessária às investigações*, o que vem a esvaziar, ainda mais, o inc. I.

É de se ressaltar, por fim, que a combinação dos incs. II e III é imprescindível, não só em face da exposição de motivos dessa Lei, que menciona que a prisão temporária só teria incidência nos delitos elencados no inc. III, mas também porque admitir-se a isolada incidência deste último significaria o retorno da nefasta prisão obrigatória que, no passado, já foi uma realidade entre nós.

De qualquer forma, passados 15 anos da sua criação, verifica-se, na prática, que a prisão temporária tem mostrado a sua face mais perversa: a da tortura psicológica direcionada para o interrogatório e criação de obstáculos à assistência do defensor.

Isto, sobretudo no âmbito da Polícia Federal, que tem realizado investigações praticamente secretas, quase sempre tendo como principal base interceptações telefônicas que se prolongam por meses, ao arpejo dos expressos termos do art. 5.º da Lei 9.296/96, que a limita por, no máximo, 30 dias.

A verdade é que muitas pessoas investigadas não mais têm sido intimadas a comparecer para serem interrogadas e indiciadas, como normalmente deveria ocorrer. Após angariados alguns elementos de prova, os juízes, a pedido das autoridades policiais, têm decretado prisões temporárias entendendo-as “imprescindíveis para as investigações”, o que na prática tem se mostrado um eufemismo da “prisão para interrogatório”.

De início, percebe-se que o interrogatório de quem tem a sua prisão temporária decretada é, por vezes, desacompanhado de advogado, já que são os acusados, evidentemente, pegos de *surpresa* para se evitar qualquer risco de fuga.

Assim, ao contrário do que ocorreria se intimados, em liberdade, para depor, sendo natural que procurem um advogado antes de comparecerem à delegacia de polícia, com a prisão temporária a assistência advocatícia acaba sendo dificultada, para não dizer por vezes prejudicada, mesmo porque, como entendem alguns, a presença do advogado incomoda, atrapalha as investigações.

Isto porque, quando o advogado chega ao distrito policial ou à sede da Polícia Federal, o seu cliente já foi interrogado.

Embora o tratamento concedido ao preso temporário deva ser o mesmo do preso em flagrante, no sentido de ser ele advertido do seu direito ao silêncio e de assistência advocatícia e familiar (mesmo porque a *Magna Carta* fala em *preso* e não em *preso em flagrante*, no ser art. 5.º, LXIII), isso, no dia-a-dia, não tem ocorrido na prisão temporária.

De outra sorte, os acusados ficam à disposição da autoridade policial 24 horas por dia, durante 5 dias, prorrogáveis por outros 5, ou, então, tratando-se de crime hediondo ou equiparado (art. 2.º, § 3º, da Lei 8.072/90), 30 dias, prorrogáveis por outro tanto, de forma absolutamente irrazoável e desproporcional!

Este ou aquele Delegado de Polícia menos atento à estrita observância dos nossos ditames constitucionais, encontra, com a prisão temporária, ampla possibilidade para utilizar-se de expedientes ética e juridicamente reprováveis, como, por exemplo, o de interrogar novamente o preso, ou de acará-lo com outros, durante toda a madrugada, após o defensor, que havia acompanhado o interrogatório regularmente feito de dia, ter ido embora, infligindo-lhe inquestionável tortura psicológica, para dizer o mínimo... Lembramos, aqui, rumoroso caso de uma jovem, acusada de assassinar os pais, juntamente com o namorado e seu irmão, e que foi, segundo televisionado, interrogada por toda uma madrugada...

Interrogatório, este, com todos os tipos de pressão imagináveis, como: “se confessar, não pediremos a prorrogação de sua prisão por outros 5 dias”; “eu se fosse você, trocava de advogado; com o seu silêncio ou a sua negativa, as coisas vão ficar pior” etc.

Dia após dia, o estado psicológico do preso vai, a cada hora, sendo enfraquecido, até o momento em que a sua autoestima se esvanece, passando o acusado a falar tudo o que a má autoridade policial gostaria que ele falasse, na vã esperança, como salientado, de que não haja pedido de prorrogação de sua prisão temporária ou de decretação de subsequente prisão preventiva etc.

De outra parte, tem sido recorrente, sobretudo no âmbito da Justiça Federal, a decretação de prisões temporárias nos chamados “crimes do colarinho branco”, onde pessoas com mais de 60 anos (idosas, portanto), inclusive grandes empresários e políticos, são jogados em camburões, mantidos em celas superlotadas.

Por vezes, esta ou aquela autoridade policial, igualmente menos atenta à estrita observância das garantias constitucionais, deixa para interrogá-los não no 1.º ou no 2.º dia de prisão, mas justamente no 5.º dia, denotando manifesto abuso.

Daí, as faces mais perversas da prisão temporária. Só não vê que não quer.

Cumpra lembrar que a prisão temporária, historicamente, veio justamente para buscar trazer para a legalidade as antigas e odiosas *prisões para averiguações*, tachadas, por GALDINO SIQUEIRA, de “inqualificável abuso.”<sup>58</sup>

Com efeito, tal regulamentação já se antevia desde 1935, com o Projeto Vicente Rao, o qual, até de modo menos rigoroso do que a Lei 7.960/89, pelo menos, falava em detenção por no máximo 10 dias, em “sala especial.”<sup>59</sup>

Foi a prisão temporária igualmente tratada pelo Projeto de CPP de 1935.

Poder-se-ia argumentar que, agora, pelo menos temos uma supervisão judicial dessas prisões, sabendo-se aonde está o preso, qual a autoridade responsável etc.

Todavia, o que foi idealizado, sem dúvida, para dar maior garantia aos cidadãos que se vejam envolvidos em uma perseguição penal, tornou-se, como assinalado acima, um verdadeiro instrumento de terror, de desnecessária humilhação. Tudo, para uma única coisa: interrogar um acusado e obter a confissão e, de preferência, com a delação de comparsas! Os tempos mudam, mas a busca pela confissão policial, até para legitimar a prisão, continua, infelizmente, incrustada no modo pelo qual as nossas investigações são levadas a termo, criando terreno próprio para a prática da tortura. Cultura, aliás, nutrida, ainda que indiretamente, por os nossos Tribunais, quando, como curial, dão valor à confissão policial, desde que corroborada por algum elemento de prova colhido sob o crivo do contraditório.

Sem contar que a imprensa televisiva, dia após dia, tem sido convidada para acompanhar prisões feitas de forma escandalosa de pessoas que sequer foram denunciadas, violando-se o direito constitucional à preservação da sua imagem e, assim, a sua própria dignidade.

Para completar o quadro draconiano dessa violenta medida, é que não há tempo, diante de nossa realidade forense, para um *habeas corpus* ser julgado; no máximo um pedido de liminar, cuja cognição, como sabemos, é estreitíssima. Enfim, ou se obtém uma liminar, ou o *habeas corpus* perde o seu objeto, após 5 dias.

Em resumo, vivemos, hoje, o processo penal da interceptação telefônica e da prisão temporária para interrogar, medidas que têm extrapolado os limites do razoável, distanciando-se e desvirtuando o idealizado pela *mens legislatoris*, ou seja, dar maior garantia ao cidadão envolvido em uma perseguição penal. O que temos visto é, como demonstrado, justamente o contrário...

#### 4.2.3 Prisão preventiva: ainda algumas ponderações

No que tange à prisão preventiva (CPP, art. 312), o reconhecimento do direito à presunção de inocência, atrelado, como visto, ao respeito à dignidade humana, impõe restrições aos conceitos de “ordem pública” e de “ordem econômica”.

A chamada “garantia da ordem pública” é conceito extremamente vago, sendo que as duas principais vertentes quanto à sua interpretação significam, de uma forma ou de outra, *punição antecipada*.

<sup>(58)</sup> *Curso de Processo Criminal*, 3º milheiro, São Paulo: Livraria Magalhães, 1924, pp. 82-83.

<sup>(59)</sup> “Art. 50. O juiz de instrução, a requerimento da autoridade policial, quando for necessário aos interesses da justiça ou conveniente à investigação, poderá ordenar a detenção provisória do indiciado. Parágrafo único. A detenção será em sala especial e não poderá exceder de dez dias”.

Com efeito, na denominada hipótese de “perigo de reiteração criminosa”, presume-se, em primeiro lugar, que o acusado efetivamente cometeu o ilícito que lhe é imputado e, em segundo, que em liberdade delinquirá novamente, sendo ele *presumido culpado*, portanto, *duas vezes*: para o passado e, pior, também para o futuro.

De outro lado, o entendimento de que a garantia da ordem pública refere-se à necessidade de se acalmar o “alarme social” gerado pela gravidade do crime, sua grande repercussão no meio social, ou, então, ao resguardo da “credibilidade do Poder Judiciário”, a prisão deixa de “servir ao processo”, passando a servir, exclusivamente, de “instrumento de tentativa, efêmera e ilusória, de pacificação social”, restando *desnaturado* o seu caráter *instrumental*.

Não se nega, aqui, que o processo penal, como já dito, tem, ao lado da sua função garantista, outra, de caráter político-criminal.

Uma sociedade que disponha de um bom e célere e eficiente sistema processual penal será, certamente, uma sociedade mais tranqüila e justa, confiante em suas instituições, servindo esse fato, por si só, como contra estímulo à prática de crimes.

Essa função político-criminal, todavia, não autoriza, de forma alguma, que se passe a admitir prisões provisórias de pessoas que ainda não foram julgadas, sob tal pretexto.

A prisão para a garantia da ordem pública também confunde prisão provisória com *pena antecipada*, ou seja, com segregação de caráter retributivo e preventivo (tanto em seu aspecto individual quanto geral), ínsitos à *resposta penal*.

O mesmo sucede com a denominada “garantia da ordem econômica”, que é, da mesma forma, completamente *vazia de significado cautelar*, o qual exige que a prisão seja *instrumento de tutela do próprio processo* e, não, meio de prevenção especial e geral, isto é, de punição e ressocialização do condenado para que ele não mais infrinja a lei e, também, como exemplo para que outros igualmente não violem a lei penal.

Diante de todo o exposto, temos convicção de que as ressalvas acima deduzidas são inafastáveis, uma vez que a admissão de qualquer modalidade de prisão provisória, destituída de fundamento cautelar, implicará no reconhecimento de que a custódia, na verdade, consubstancia-se em forma disfarçada de punição antecipada.

E aqui, além da violação à *Magna Carta*, ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, se fosse admitida prisão provisória sem fundamento cautelar, *o processo penal perderia a razão de existir*.

Isto porque, sendo o devido processo penal o *único* instrumento em nosso Estado Democrático de Direito capaz de *desconstituir a presunção relativa de inocência* de que todos gozam, nos termos dos incs. LIV e LVII da CF/88, a prisão provisória significaria a *própria negação do processo penal*.

Em outras palavras, se através da prisão provisória o Estado, por meio do Poder Judiciário, presume que o acusado é culpado, o processo penal não passaria de mero *mise en scène*, de simples instrumento formal destinado apenas a reafirmar um prévio juízo de culpabilidade, já traduzido em sua prisão provisória, com fins punitivos.

Longe disso, a legislação processual penal, que expressa *garantia*, ao dotar o Poder Judiciário de mecanismos para que desempenhe a árdua tarefa consistente na descoberta da verdade material, viabilizando, se for o caso, a liberação da coação penal somente após o trânsito em julgado da decisão condenatória, tem como primordial fundamento justamente a vedação da punição antecipada, impondo-se limites ao Estado no cumprimento do seu dever de prestar jurisdição penal, com *intransigente respeito aos direitos e garantias individuais*.