



ASSIMILAÇÃO DAS FINALIDADES DA PENA PELA PRISÃO PREVENTIVA

Marta Saad

Advogada, Professora Doutora de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e ex-Presidente do IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Área de Direito

Penal.

RESUMO

A prisão processual não pode servir aos propósitos da pena de prisão. No Brasil, sob a falsa atribuição de caráter cautelar dada à prisão fundada na ordem pública, tem-se visto a presunção de inocência ser violada com a antecipação da pena de prisão para o curso do processo. Este artigo visa à verificação deste fenômeno, em contraposição às garantias constitucionais do processo.

PALAVRAS-CHAVE

Prisão preventiva. Pena de prisão. Garantia da ordem pública. Garantias constitucionais do processo.

ABSTRACT

The arrest cannot serve the purposes of imprisonment. In Brazil, however, the presumption of innocence has been violated by decisions that anticipate imprisonment to the course of the process, under the false argument that prison based on public order could legitimately serve as injunctive relief. This article addresses this practice vis-à-vis the constitutional guarantees of due process.

KEYWORDS

Arrest. Imprisonment. Guarantee of public order. Constitutional guarantees of due process.

RESUMEN

La detención procesal no puede servir a los fines de la prisión. En Brasil, bajo la falsa atribución de carácter cautelar dado a la cárcel sobre la base del Orden Público, ha visto a la presunción de inocencia ser violada con la anticipación de la pena de prisión para el curso del proceso. Este artículo tiene como objetivo verificar este fenómeno, a diferencia de las garantías constitucionales del proceso.

Palabras-clave

Prisión Preventiva. Pena de Prisión. Garantía del Orden Público. Garantías Constitucionales Procesales.

Sumário

1. Introdução. 2. A pena de prisão e a prisão processual. 3. Assimilação finalística: a prisão processual poderia dispor das mesmas finalidades da pena de prisão? 4. A constatação das finalidades da pena na motivação da decretação da prisão processual. 5. A antecipação da pena e de suas finalidades para a prisão processual: críticas. 6. A ilegitimidade de se acenar para identidade funcional entre a prisão processual e a pena de prisão. 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Diversas finalidades, não sem críticas, são atribuídas à pena de prisão, como retribuição e prevenção, em suas modalidades geral e especial, positiva e negativa.

Tais finalidades, todavia, têm sido transportadas da pena para o próprio processo penal, em especial para a prisão decretada no curso da persecução penal, violando, com isso, garantias individuais do acusado.

O presente trabalho visa à verificação de tal fenômeno, em contraposição às garantias constitucionais do acusado.

2. A PENA DE PRISÃO E A PRISÃO PROCESSUAL

Em essência, prisão é privação da liberdade de ir e vir.¹ E, “qualquer que seja a origem ou a finalidade, ela acarreta sempre um sofrimento”.²

Mas, “encarada sob o aspecto teleológico, a prisão pode ser sanção ou providência”.³ A *sanção*, ou *prisão definitiva*, é aquela que se impõe ao acusado condenado à pena privativa de liberdade, após o trânsito em julgado da sentença condenatória. A *prisão providência*, ou *provisória*, por seu turno, é a decretada no curso da persecução penal, antes do proferimento de sentença definitiva ou até que esta se torne irrecorrível.⁴ E “o que distingue a prisão provisória da definitiva é o caráter de providência da primeira, que é meio apenas, destinado a cessar logo que se atinge o fim, enquanto que a outra é fim (embora possa por sua vez ter certas finalidades)”.⁵

Com efeito, a pena de prisão é, em essência, castigo,⁶ revelando-se então o *aspecto retributivo* da imposição da sanção. As chamadas teorias absolutas sustentam que a pena é essencialmente retribuição, compensação do mal causado pelo delito, “decorrente de uma exigência de justiça, seja como compensação da culpabilidade, punição pela transgressão do direito (teoria da retribuição), seja como expiação do agente (teoria da expiação)”.⁷

De forma colateral, a pena comporta, também, segundo as teorias ditas relativas, *fim preventivo*,⁸ funcionando como intimidação, baseada “na crença inabalável de que a ligação imediata entre crime e punição desestimula os demais a praticar fatos delituosos, pois paira a ameaça, como realidade visível, de que nesta hipótese haverá uma sanção”.⁹

Como *prevenção geral*, sustentada por Bentham e Feuerbach,¹⁰ a pena serve como advertência dirigida a todos para que se abstenham de delinquir. Resumia-se na intimidação relativa a todos os cidadãos, para prevenir, de forma geral, a prática de delitos. Se tradicionalmente a prevenção geral era identificada como intimidação, hoje é vislumbrada como exemplaridade, conformidade espontânea à lei, “função pedagógica ou formativa desempenhada pelo direito ao editar as leis penais”.¹¹

E, “de um modo geral pode-se afirmar que a prevenção geral positiva considera que a pena, enquanto instrumento destinado à estabilização normativa, justifica-se pela produção de efeitos positivos consubstanciados no fortalecimento geral da confiança normativa (‘estabilização da consciência do direito’). Conseqüentemente, a pena encontra sua legitimação no incremento e reforço geral da consciência jurídica da norma”.¹²

Em resumo, “três são os *efeitos* principais que se vislumbram dentro do âmbito de atuação de uma pena fundada na prevenção geral positiva: em primeiro lugar, o efeito de aprendizagem, que consiste na possibilidade de recordar ao sujeito as regras sociais básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo direito penal; em segundo lugar, o efeito de confiança, que se consegue quando o cidadão vê que o direito se impõe; e, por derradeiro, o efeito de pacificação social, que se produz quando uma infração normativa é resolvida por meio da intervenção estatal, restabelecendo a paz jurídica”.¹³

Como *prevenção especial*,¹⁴ é função da pena atuar sobre o delinqüente mesmo, seja emendando-o ou corrigindo-o, para que no futuro não volte a delinqüir, seja lhe impedindo uma atividade delitativa, advertindo-o. Ela “se apóia basicamente na periculosidade individual, buscando sua eliminação ou diminuição. Portanto, quando se consegue tal objetivo, assegura-se a integridade do ordenamento jurídico com relação a um determinado indivíduo (sujeito/ agente do delito). Sua ideia essencial é de que a pena *justa* é a pena *necessária*”.¹⁵

As teorias relativas, de prevenção geral e prevenção especial, percebem o fundamento da pena na necessidade de evitar a prática futura de delitos.

Hoje, por meio das chamadas teorias unitárias ou ecléticas, procura-se conjugar a exigência de retribuição e expiação e retribuição com os fins de prevenção geral e especial. Mas tudo isso, por óbvio, se diz em relação à prisão enquanto pena.

Diversa, todavia, é a prisão preventiva, decretada no curso do processo, que somente encontra justificação “na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual”.¹⁶

Medida excepcional que ostenta constrangimento à liberdade de ir e vir, a prisão processual deve necessariamente ser cautelar: “a prisão processual ostenta constrangimento à liberdade física do indivíduo: de ir e vir. É, pois, coação processual lícita e preventiva, em sentido lato – *potestas coercendi* estatal. Cifra-se no assegurar resultado útil, do processo de conhecimento, de índole condenatória”.¹⁷

E é exatamente, e tão-só, na cautelaridade que se encontra justificativa para a coexistência da prisão decretada no curso do processo¹⁸ e o princípio da presunção de inocência,¹⁹ previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República:²⁰ “em suma, há proibição constitucional de toda prisão provisória não dirigida à exigência de caráter cautelar, impostas ao imputado por uma simples suspeita de culpabilidade”.²¹

Ante a presunção de inocência, a prisão processual é um mal,²² mas nem por isso pode ser encarada como pena.

3. ASSIMILAÇÃO FINALÍSTICA: A PRISÃO PROCESSUAL PODERIA DISPOR DAS MESMAS FINALIDADES DA PENA DE PRISÃO?

A prisão como pena e a prisão processual possuem, portanto e por princípio, finalidades diversas. O direito não permite a intersecção de suas aplicações – vale dizer, não ocorrem situações que possam ser adequadamente tratadas tanto por uma como por outra modalidade de prisão, nem a finalidade de uma medida pode ser satisfeita pela outra.

A prisão processual tem suas regras próprias, que se sujeitam a nítidas diretrizes interpretativas, também próprias. O artigo 312 do Código de Processo

Penal traz os motivos que podem ensejar a decretação da prisão preventiva: garantia da ordem pública e da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assecuramento da execução penal.

Diante do princípio constitucional da presunção de inocência, ou proibição de prévia consideração da culpabilidade (artigo 5º, inciso LXII, da Constituição da República, e artigo 8º, II, do Pacto de São Jose da Costa Rica), contudo, a aplicação dessa regra sujeita-se a rigoroso escrutínio, não se lhe permitindo a extensão que os vagos conceitos do artigo 312 do Código de Processo Penal só aparentemente lhe conferem. Como visto, o caráter de providência transitória é indispensável à boa interpretação da prisão processual; apenas se admite a prisão processual se esta dispuser de cautelaridade, ou seja, se visar a acautelar o resultado útil do processo: “ao contrário, portanto, da prisão como pena, que é retributiva, que se baseia na responsabilidade do acusado, que é injusta para o inocente, a prisão provisória é cautelaratória, funda-se na necessidade de chegar a uma solução correta e é justa de que o bem comum a exija”.²³ Trata-se de regra excepcional, cuja aplicação contorna a bem da verdade disposições legais hierarquicamente superiores.

As regras relativas à prisão processual, porque exceção, precisam ser lidas à luz das garantias constitucionais²⁴ e essa prisão não pode ter outra finalidade que não endoprocessual, ou seja, a garantia do próprio processo em que é decretada. É o que, ademais, hoje prevê o artigo 282, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 12.403/11. Trata-se de finalidade cristalinamente diversa, portanto, em essência, da pena de prisão, que possui finalidades retributiva e preventiva, geral e especial, segundo a teoria que se prefira adotar.

Esse cisma, aliás, é visível no ordenamento. É só a diferença ontológica entre prisão como pena e prisão como providência cautelar que explica os dispositivos do Código de Processo Penal²⁵ e da Lei de Execução Penal²⁶ que determinam a separação de presos provisórios de presos definitivos.²⁷

Por sua natureza, portanto, a prisão processual não poderia assimilar funções ou finalidades da prisão-pena.

Importante notar que a conclusão acima tirada, conquanto suficiente do ponto de vista hermenêutico, restringe-se ao plano ideal. A observação prática mostra aplicação mais extensa da prisão preventiva, sugerindo, de duas, uma: ou a regra dispõe de campo de incidência maior do que a lei posta revela, ou a regra é aplicada de forma transcendental, assimilando a finalidade da prisão-pena.

Isso se ressalta porque, a toda evidência, “existem fundamentos apócrifos da prisão preventiva”,²⁸ cumprindo a prisão processual funções encobertas, ocultas, mascaradas, porque, “quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinqüência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc., que evidentemente nada tem que ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre ‘funções reais’ (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza”.²⁹

E essa realidade é facilmente verificável, mas vendo sendo repudiada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

4. A CONSTATAÇÃO DAS FINALIDADES DA PENA NA MOTIVAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO PROCESSUAL

Na análise de jurisprudência brasileira recente, percebe-se ser primordialmente por meio do conceito de “garantia da ordem pública”, vago e impreciso, que se infiltra no direito a utilização da prisão preventiva com finalidades de prisão-pena.³⁰ Isso porque a *conveniência da instrução criminal* e o *asseguramento da aplicação da lei penal* guardam, de alguma forma, caráter cautelar, na medida em que a prisão serviria ou para tolher do acusado a faculdade de fazer desaparecer os vestígios da infração ou para obstar a fuga do acusado³¹.

Mas a *ordem pública*, enunciada como fundamento da prisão preventiva no artigo 312, do Código de Processo Penal, não deveria ser tomada como expressão porosa “posta para absorver qualquer situação, alargando-lhe, sem medida, a interpretação, a qual, por natureza, precisa emergir estreita. O que se garante é a paz pública, ou ordem pública material”.³² Como exceção à liberdade constitucionalmente assegurada e à presunção de inocência, precisa ser interpretada de forma restrita.

Todavia, na medida em que se revisitam as teorias que legitimam a pena de prisão, nota-se um paralelo entre as funções da pena e a função que a prisão preventiva cumpre no plano empírico-social.

Assim, a *gravidade abstrata do crime* apurado no processo penal já foi tomada como argumento suficiente à motivação para a decretação e manutenção da prisão preventiva. O Supremo Tribunal Federal, em decisões recentes, vem rechaçando tal fundamento, entendendo-o insuficiente para a decretação da prisão preventiva.³³

Ainda, a *gravidade concreta do crime* e o *choque na opinião pública* seriam fundamentos a justificar a prisão preventiva, cumprindo então a prisão processual finalidade preventiva geral, que não lhe é própria.

Também a *repercussão do crime* e a *suposta intranqüilidade social dele advinda* são tomadas como justificativas para a decretação da prisão preventiva.³⁴

A prisão preventiva também não tem o condão de *restaurar a credibilidade da Justiça* e *combater a sensação de impunidade*, o que lhe atribuiria nítida função preventiva geral, que é própria da pena de prisão. O Supremo Tribunal Federal não vem admitindo tais argumentos como válidos para justificar a prisão preventiva.³⁵

Também o receio de que o acusado, em liberdade, volte a delinquir não pode ser motivo para decretação e manutenção da prisão preventiva. A prisão processual atuaria, então, com finalidade de prevenção especial, sobre o próprio agente.

A periculosidade do agente, evidenciada pela reiteração delitiva, não necessariamente comprovada por trânsito em julgado de anterior condenação, também não justificaria a prisão preventiva, porque evidencia o uso da prisão processual com fim de prevenção especial.³⁶

5. A ANTECIPAÇÃO DA PENA E DE SUAS FINALIDADES PARA A PRISÃO PROCESSUAL: CRÍTICA

Os argumentos acima mencionados, comuns no decreto de prisão preventiva, revelam, em verdade, que longe se está de uma prisão processual que sirva exclusivamente ao próprio processo. Ao contrário, a prisão, e o próprio

processo, cumprem funções reais, típicas da prisão como pena, e revelam, antes de tudo, as verdadeiras finalidades punitivas da prisão preventiva.

Com efeito, como assinala Ferrajoli, “la perversión más grave del instituto, legitimada desgraciadamente por Carrara, y antes por Pagano, ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a ‘estrictas necesidades’ sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida ‘procesal’, o ‘cautelar’, y, en consecuencia, ‘no penal’, en lugar de una ilegítima *pena sin juicio*”.³⁷

Primordialmente, constata-se a utilização da prisão preventiva, sob o manto genérico da ordem pública, com finalidade de prevenção de delitos, seja geral, seja especial,³⁸ antecipando-se a pena com vistas à demonstração de uma suposta maior eficácia perante a população e a mídia. Inegavelmente, cedendo-se ao apelo da mídia, a resposta precisa ser imediata, e a prisão processual vem sendo usada com vistas à “satisfação” de tais demandas.

O uso da prisão processual para aplacar o alarma social, por exemplo, revela finalidade de prevenção, própria da pena. Quanto a este particular aspecto, parece haver hiper valorização da prisão enquanto instituto capaz de restituir a paz pública³⁹.

Novamente, é preciso registrar que a prisão processual, embora um mal em si, não pode ser encarada como pena, com finalidades de prevenção, nem tampouco com ares de vingança, em um sistema onde vigora a presunção de inocência.⁴⁰ Assim, é ilegítima a prisão preventiva motivada pela *gravidade abstrata* ou *concreta do delito*, pelo *choque na opinião pública*, pela *repercussão do crime* ou pela *intranqüilidade social dele advinda*, nem pode ser a prisão cautelar o instituto que venha a *restaurar a credibilidade da Justiça* e *combater a sensação de impunidade*, porque a prisão processual, para ser íntegra no sistema, precisa ter caráter de medida cautelar, ser instrumento do próprio instrumento que é o processo penal.

A prisão, decretada com base no conceito vago de ordem pública, especificado nos exemplos acima, não cumpre qualquer caráter cautelar, pois “parece evidente que nessas situações a prisão não é um ‘instrumento a serviço do instrumento’, mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõem o reconhecimento da culpabilidade. [...] Essa incompatibilidade se revela ainda mais grave quando se tem em conta a referência a função de pronta reação do delito como forma de aplacar o alarma social: aqui se parte de um dado emotivo, instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à idéia de justiça sumária”.⁴¹

E, por isso, “é acertada a forte resistência doutrinária à introdução de considerações de prevenção geral ou especial, ou de satisfação da psicologia coletiva na legitimação da prisão preventiva. O requisito legal do alarma social mostra claramente que entre as finalidades que cumpre a prisão preventiva se encontra também a prevenção geral, na medida que o legislador pretende contribuir a segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe

funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir. Assim, se põe em perigo o esquema constitucional do Estado de Direito, dando lugar a uma quebra indefensável do que deve ser um processo penal em um Estado Social e Democrático de Direito, pois vulnera o princípio constitucional da presunção de inocência e da liberdade de todo cidadão e a própria essência do instituto da prisão preventiva”.⁴²

Se isso tudo se diz em relação ao uso da prisão processual para aplacar o alarma social, tem-se que a utilização dela para evitar a prática de novos delitos também revela finalidade de prevenção especial, própria da pena.

Sob o aspecto de violação da garantia constitucional da proibição de prévia consideração da culpabilidade, a prisão decretada sob o fundamento de que o acusado em liberdade poderá cometer novos delitos importa dupla presunção: “a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade, sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado”.⁴³

O perigo de reiteração delitiva, tantas vezes invocado como motivo ensejador da decretação da prisão preventiva, faz com que a prisão processual atue, em verdade, com nítida finalidade de prevenção especial. Em, com isso, acaba-se identificando o simplesmente acusado com o já condenado, o que é inconstitucional diante da garantia da presunção de inocência ou da proibição de prévia consideração de culpabilidade, exposta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República.⁴⁴ E “somente recorrendo ao fim de prevenção geral próprio da pena é possível justificar a punição antecipada do imputado em favor da sociedade para evitar que outros reincidam no futuro, o que resulta ilegítimo em vista do princípio da presunção de inocência e do devido processo legal”.⁴⁵

O uso da prisão processual com função de prevenção de novos delitos leva, portanto, à execução antecipada da pena de prisão:⁴⁶ “quienes asocian ambos términos [*prisão preventiva e prevenção especial*] estableciendo entre ellos una relación de funcionalidad, lo hacen asociando a la condición de justiciable el valor de indicador de una peligrosidad específica, en cierto modo ya acreditada, que es la que justificaría la medida. Esta responde a una finalidad de prevención de la realización de otros delitos por parte del imputado y, al mismo tiempo, desempeña también una función ejemplarizadora. Como ha señalado Amato, si en todos los casos los fines predicados de la prisión preventiva implican un grado de identificación entre imputado y culpable, en este supuesto se llega al máximo. Lo que no impide que existan opiniones – no necesariamente adscribibles a la escuela positiva – que consideran que tal es la función prevalente de la medida cautelar personal, con plena conciencia, por lo demás, de lo que implica. Paradigmático es el caso de Foschini, que atribuye a la prisión preventiva, entre otros, el fin de asegurar ‘principalmente la inmediatez o la solicitud del efecto reactivo de la colectividad jurídicamente organizada, respecto del delito cometido’. En este caso no existe, pues, duda: el efecto profiláctico que se busca por medio de la privación preventiva de libertad, parte explícitamente de la presuposición de que el imputado podría reincidir en el delito cuya realización ya se le atribuye sin ambages”.⁴⁷

E, “por isso, a função de ‘exemplaridade’ na luta contra o delito ou de ‘prevenção geral do delito’, sai do âmbito processual cautelar, para desenvolver-se em um campo idêntico e exclusivo da pena, com o que se assimila o imputado ao culpado, e verte a prisão preventiva e uma pena antecipada, quando menos, inconstitucional”.⁴⁸ Com isso, a pena é imposta no curso mesmo do processo.⁴⁹

Diante de tal quadro – que não é exclusivo brasileiro –, Perfecto Ibáñez conclui que a prisão processual acaba sendo, na prática, verdadeira pena: “se trata, en suma, de reconocer que no existen prácticas limpias de la prisión provisional; ni siquiera cuando se producen mediante el uso de ese relativamente sofisticado instrumental de origen jurisprudencial que se ha hecho referencia, pues, del principio al fin, la prisión provisional es siempre y ya definitivamente pena. Y es, precisamente, anticipando *de iure y de facto* ese momento punitivo como cumple el fin institucional que tiene objetivamente asignado”.⁵⁰

Portanto, na prática, a prisão motivada pela garantia da ordem pública se revela, no mais das vezes, pena antecipada, com todas as finalidades materiais que lhe são inerentes.⁵¹

Hoje, tramita no Congresso Projeto de Lei que objetiva à alteração global do Código de Processo Penal. O PLS 156/2009, em sua redação final, aprovada no Senado, enuncia no artigo 556 as hipóteses de prisão preventiva. Ao lado as hipóteses nitidamente cautelares (prisão por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal), prevê, no artigo 556, que a prisão preventiva poderá ser decretada i) como garantia da ordem pública ou da ordem econômica, ii) em face da extrema gravidade do fato e iii) diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor. Todas, como se viu, hipóteses legitimadoras da prisão enquanto pena, e não de prisão cautelar. O PLS, todavia, ressalva, no § 1º, que a prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação de pena, o que parece esvaziar as hipóteses antes previstas ou colocar em choque o próprio dispositivo, porque contém preceitos inconciliáveis. Além disso, estabelece expressamente que o clamor público não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva.

6. A ILEGITIMIDADE DE SE ACENAR PARA IDENTIDADE FUNCIONAL ENTRE A PRISÃO PROCESSUAL E A PENA DE PRISÃO

Sempre se sustentou que haveria entre a prisão-pena e prisão cautelar identidade estrutural, porque ambas se resumem na supressão da liberdade de ir e vir. A diferença entre ambas se poria no plano das finalidades perseguidas:⁵² “la diferencia entre la *coerción material* y la *procesal* [...] sólo puede establecerse por el lado de los *finés* que una y otra persiguen. La *coerción procesal*, correctamente regulada y aplicada, no aparecerá vinculada a los fines que persigue el uso de la fuerza pública en l Derecho material, pues, si así fuere, no significaría más que *anticipar* la ejecución de una sanción no establecida por una sentencia firme, mientras se lleva a cabo el proceso regular establecido por la ley para posibilitar esa condenada. [...] En el Derecho procesal penal, como tantas veces se ha dicho, esos fines se resumen en la correcta *averiguación de la verdad* y en la *actuación de la ley penal*”.⁵³

Ainda: “la pena no puede ser aplicada a quien es todavía inocente y ese *status* sólo puede surgir tras la condena y superado el debido proceso. Así, a pesar de la identidad estructural entre pena y prisión provisional porque ambas funcionan como ‘medidas de ‘aislamiento’, y pese a que el fin de prevención o ejemplaridad sea común a los dos institutos, *la prisión provisional – se afirma – no es pena porque actúa cuando aún si existe condena* (diferencia sustancial), no obstante el hecho de que las carencias materiales y la insensibilidad de la conciencia pública hacen que, *en la práctica*, desde el punto de vista de los *efectos*

sobre la libertad personal, la diferencia desaparezca y la prisión provisional actúe anticipando los efectos de la pena".⁵⁴

Todavía, aplicação prática da prisão preventiva – ao menos enquanto não revista por decisão de Tribunais Superiores – tem feito desaparecer tais distinções finalísticas, transformando, sob falsa nomenclatura, a prisão processual em pena antecipada, com todas as finalidades materiais que lhe são inerentes: “a satisfação de um sentimento coletivo de indignação, vingança ou insegurança (medida de prevenção geral no sentido de que pretende dar exemplaridade da ação da Justiça, tanto para tranquilizar a sociedade como para amedrontar os possíveis delinquentes); e a prevenção de possíveis futuros delitos cometidos pelo imputado (prevenção especial)”.⁵⁵

E, se isso de fato acontece, tal prática pode ser creditada à infidelidade ao modelo constitucional traçado e à importância imediata, e mediática, que se dá à prisão processual em detrimento da própria pena de prisão, que precisa aguardar o término de todo um processo que respeite as garantias individuais.⁵⁶

Em conclusão, pode-se dizer que as funções antes atribuídas à pena de prisão são hoje cumpridas pela prisão processual, mesmo de forma inconstitucional: “la prisión provisional ocupa un lugar privilegiado en la economía real del sistema penal. Ello quiere decir, cuando menos, dos cosas. La primera es que, desborda funcionalmente los límites que le están asignados en tal caracterización formal, marcados en apariencia por las notas de provisionalidad y accesoriedad, puesto que no sólo cumple fines procesales, sino que en su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata. La respuesta penal a la desviación criminal descansa en una medida significativa sobre la utilización – en general bastante generosa – del instrumento que nos ocupa. En efecto, el tópico, sin duda fundado, de que el proceso tiene una inevitable dimensión penalizadora, ha tenido que ser revisado al alza, a la luz de los datos de que se dispone, en el sentido sugerido por Nobile: ‘hoy asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención y de intimidación, de manera pronta y ejemplar, dentro del juicio penal... Es el proceso que se convierte en pena, por retomar la recordada ecuación carneltuttiana’. Y en esta transfiguración la prisión provisional desempeña un papel nuclear”.⁵⁷ Quando chamado a decidir, o Supremo Tribunal Federal tem, no mais das vezes, rechaçado tais prisões.

Talvez uma forma de conciliar os anseios modernos por punição e a resposta estatal seja o manejo de processos mais rápidos,⁵⁸ desde que respeitantes de todas as garantias do devido processo penal, conquistas históricas que não podem ser esquecidas.

Assim, “o caminho legítimo para acalmar o alarma social – essa espécie de ‘sede de vingança’ coletiva que alguns parecem alentar e por desgraça em certos casos aflora – não pode ser a prisão preventiva, encarcerando por qualquer motivo e ao maior número possível dos que *prima facie* apareçam como autores de fatos delitivos, mas uma rápida sentença sobre o mérito, condenado ou absolvendo, porque somente a decisão judicial prolatada em um processo pode determinar a culpabilidade e a sanção penal. Ademais, o excessivo conteúdo de irracionalidade do critério da excitação da opinião pública potencializa os perigos de abusos a que se presta, pela possibilidade de ser criado por meio da imprensa ou de organizações políticas, e pela dificuldade de determinar o âmbito pelo qual é

necessário que o sentimento de indignação se difunda para adquirir relevância jurídica”.⁵⁹

O que se tem claro, enfim, é que a prática desvirtuada, porque inconstitucional, deve ser criticada e combatida, e projetos legislativos que acenem para a consolidação desta confusão entre prisão preventiva e pena de prisão devem ser exaustivamente repelidos, porque inconstitucionais.

7. BIBLIOGRAFIA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Presunción de inocencia y prisión sin condena. *Revista de Ciências Penales de Costa Rica*, São José, ano 9, n. 13, p. 5-18, ago. 1997.
- BASILEU GARCIA. *Comentários ao Código de Processo Penal anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. v. 3.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. A pena e suas teorias. *Fascículos de Ciências Criminais*, Porto Alegre, ano 5, n. 3, p. 90-113, jul.-set. 1992.
- DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed.. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MAIER, Julio B. J.. *Derecho procesal penal argentino*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. v. 1.
- MENDES DE ALMEIDA JUNIOR, João. *O processo criminal brasileiro*. 2. ed. aum.. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. v. 1.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Prisão preventiva, em sentido estrito. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça Penal 7: críticas e sugestões: justiça criminal: proteção à vítima e à testemunha, comissões parlamentares de inquéritos, crimes de informática, trabalho infantil, TV e crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2000.
- PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, ano 1, n. 00, p. 143-158, 2004.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, ⁶⁰2004. v. 1.
- SANGUINÉ, Odone. Prisão provisória e princípios constitucionais. *Fascículos de Ciências Criminais*, Porto Alegre, ano 5, n. 2, p. 96-124, abr.-jun. 1992.
- _____. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 107, p. 29-31, out. 2001.
- _____. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.
- TORNAGHI, Helio. *Instituições de Direito Penal*. 2. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹ Hélio Tornaghi, *Instituições de Direito Penal*, 2. ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1978, v. 3, p. 144.

² Hélio Tornaghi, *Instituições...*, cit., p. 144.

³ Hélio Tornaghi, *Instituições...*, cit., p. 144.

⁴ Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 3. ed. rev. e atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 315.

⁵ Hélio Tornaghi, *Instituições...*, cit., p. 144.

⁶ “Se imposta a pena, a restrição a que fica sujeito o condenado será sempre vivenciada como um castigo, mesmo quando ocorra a suspensão da execução da pena privativa de liberdade. A pena restritiva de direitos, como a prestação de serviços à comunidade, ao menos em seu início, ou a interdição temporária da carteira de habilitação serão também visualizadas como cumprimento de um castigo. [...] A sociedade por sua vez reconhece a pena como um castigo e ela mesma acrescenta ao castigo imposto o julgamento moral negativo do condenado, discriminando-o e dificultando, de acordo com o crime, a vida do condenado em sociedade. A pena seria, para a sociedade, um castigo merecido. A existência de punição, especialmente nos dias de hoje, de insegurança urbana e de dramatização da violência pelos meios de comunicação, forma na sociedade a noção clara da pena como castigo, como uma retribuição” (Miguel Reale Júnior, *Instituições de direito penal*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. 1, p. 44).

⁷ Luiz Regis Prado, Teoria dos fins da pena: breves reflexões, *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, ano 1, n. 00, p. 143-158, 2004, p.145.

⁸ “A pena, como desejam os adeptos da prevenção geral positiva, pode ter como conseqüência o reforço das convicções dos membros da sociedade na vigência da norma e assim exercitar a sua lealdade para com a ordem estabelecida, mas este efeito colateral não significa o fim pelo qual se comina e executa uma pena, a não ser que se tenha uma visão acrítica, plena e imutável, da vida social, cuja harmonia tão só exige que se recomponha a confiança de todos nos sistema abalado pela pratica delituosa, menosprezando-se o aspecto valorativo do direito” (Miguel Reale Júnior, *Instituições...*, cit., p. 57).

⁹ Miguel Reale Júnior, *Instituições...*, cit., p. 45.

¹⁰ Cf. Juan Bustos Ramírez, A pena e suas teorias. *Fascículos de Ciências Criminais*, Porto Alegre, ano 5, n. 3, p. 90-113, jul.-set. 1992, p. 95.

¹¹ Luiz Regis Prado, Teoria dos fins da pena..., cit., p. 147.

¹² Luiz Regis Prado, Teoria dos fins da pena..., cit., p. 148.

¹³ Luiz Regis Prado, Teoria dos fins da pena..., cit., p. 149.

¹⁴ Foi V. Liszt que universalizou a prevenção especial como finalidade da pena. Cf. Juan Bustos Ramírez, A pena..., cit., p. 100.

¹⁵ Luiz Regis Prado, Teoria dos fins da pena..., cit., p. 152-153.

¹⁶ Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 65.

¹⁷ Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Prisão preventiva, em sentido estrito, In: Jaques de Camargo Penteado (Coord.), *Justiça Penal 7: críticas e sugestões: justiça penal moderna: proteção à vítima e à testemunha, comissões parlamentares de inquéritos, crimes de informática, trabalho infantil, TV e crime*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 122.” De fato, “afirma-se que toda prisão processual surge cautelar. A assertiva desponta verdadeira, mas desde que se entenda possuir a cautelaridade, no processo penal, conceito próprio e arredante das idéias de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, cabentes no direito processual civil. A aparência de bom direito irrompe suficiente, no processo penal. Além de que é, no mínimo, difícil sustentar a existência de perigo de dano iminente, na prisão temporária e na decorrente de condenação

apelável. A prisão processual penal exhibe cautelaridade, se e quando surge instrumento imprescindível para o processo, e, ainda, proporcionalidade ao fato perquirido. Não basta que o pretense crime se desenhe, pois, doloso, punido com reclusão e severa cominação da pena” (Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Prisão preventiva...*, cit., p. 123-124. Ainda, Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias...*, cit., p. 310).

¹⁸ Indesejável, mas imprescindível no sistema. Cf., a respeito das discussões acerca da eliminação da prisão preventiva, João Mendes de Almeida Júnior, *O processo criminal brasileiro*, 2. ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1911, v. 1, p. 332.

¹⁹ “A chamada presunção de inocência – em verdade *status* de inocência, posto que inexistente ilação a tirar, para firmar fato desconhecido – não impede, de modo isolado, a tutela cautelar processual penal, por óbvio (art. 5º, inc. LVII, da CF). Não consiste a prisão, dita provisória, em antecipada admissão da culpabilidade do suspeito, indiciado ou acusado., Nem jamais hão de servir as prisões processuais como iníquas formas antecipadoras de castigo. A ação penal condenatória exsurge, em si mesmo, sancionatória – abstração de seu resultado final. O acusado sofre o processo, ainda que termina absoluto. Descabido lhe piorar a situação e sem justa causa” (Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Prisão preventiva...*, cit., p. 133-134).

²⁰ Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Artigo 8, II, do Pacto de São José da Costa Rica: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

²¹ Odone Sanguiné, *Prisão provisória e princípios constitucionais*, *Fascículos de Ciências Criminais*, Porto Alegre, ano 5, n. 2, p. 96-124, abr.-jun. 1992, p. 106.

²² No dizer de Basileu Garcia, “uma providência violenta, apesar do seu cunho legal” (*Comentários ao Código de Processo Penal anotado*, Rio de Janeiro, Forense, 1945, v. 3, p. 152).

²³ Hélio Tornaghi, *Instituições...*, cit., p. 147.

²⁴ “Todos sabem de raiz que a exceção se interpreta de modo restrito. A liberdade individual – contida no valor básico ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, inc. III, da CF) –, ao ganhar as duas mencionadas limitações constitucionais, força as leis do processo, que as regulamentam, a aceitarem, unicamente, interpretação limitada. Vale afirmar: a Lei Maior determina o sentido e o alcance sobre as prisões, ocorrentes em razão do processo, ditas provisórias” (Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Prisão preventiva...*, cit., p. 121-122).

²⁵ Artigo 300, do Código de Processo Penal: “Sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas”.

²⁶ Artigo 84, *caput*, da Lei 7.210/1984: “O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado”.

²⁷ Notícia Hélio Tornaghi que Fierangeli, no fim do século XVIII, propunha tal divisão: “os acusados não mais seriam misturados, na mesma prisão, com aqueles cuja culpa estivesse evidenciada em sentença condenatória”. Com isso seria evitada a difamação que decorre do encarceramento, uma vez que ‘a opinião pública, mais formada pelos meios do que pela coisa em si, vinculou o aprisionamento como uma espécie de infâmia’. E ainda: apartando-se os processados dos punidos desapareceria um inconveniente ainda mais funesto, o da ‘união do crime e da inocência no mesmo lugar’” (*Instituições...*, cit., p. 158).

²⁸ Odone Sanguiné, A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva, *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 107, p. 29-31, out. 2001.

²⁹ Odone Sanguiné, *A inconstitucionalidade do clamor público...*, cit..

³⁰ O clamor público, que é requisito à denegação da liberdade provisória com fiança (artigo 323, inciso V, do Código de Processo Penal) é usado como fundamento da prisão preventiva, dentro da chamada garantia da ordem pública, prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal. Clamor público, todavia, possui noção ampla, e a jurisprudência o identifica como “(1) a repercussão do crime na comunidade; 2) a preservação da credibilidade do Estado e da Justiça; 3) a satisfação da opinião pública; 4) a proteção à paz pública; 5) a comoção social ou popular; 6) o desassossego, temor geral, espanto, perplexidade, abalo ou inquietação social; 7) a indignação, repulsa profunda ou revolta na comunidade; 8) a gravidade do crime: periculosidade ou ‘modus operandi’” (Odone Sanguiné, *A inconstitucionalidade do clamor público...*, cit..).

³¹ Roberto Delmanto Júnior, *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 148.

³² Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Prisão preventiva...*, cit., p. 127.

³³ STF – HC 95.460 – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJ de 21.10.10. STF – HC 101.981 – Rel. Min. Dias Toffoli – DJ de 28.10.10. STF – HC 101.705 – Rel. Min. Ayres Britto – DJ de 02.09.10.

³⁴ Assim decidiu o STF – HC 91.741 – Rel. Min. Eros Grau – DJ de 04.09.08.

³⁵ STF – HC 101.055 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJ de 17.12.09. STF – HC 99.379 – Rel. Min. Eros Grau – DJ de 22.10.09.

³⁶ Inadmitindo a prisão com base na periculosidade, cf. STF – HC 95.460 – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJ de 21/10/10. E STF – HC 93.296 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJ de 17.06.10.

³⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 2. ed., Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 553.

³⁸ “A pesar del discurso cautelar ampliamente seguido por la doctrina, la mayoría de los criterios establecidos en las legislaciones confirman la tesis de que se viene utilizando la prisión provisional con finalidad de prevención de delitos, sea la prevención general, sea la prevención especial, de manera que en el curso del proceso penal se anticipa la pena en busca de una mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad. Ahora bien, la cuestión que se debe plantear precisamente es hasta qué punto es legítimo en el Estado Social y Democrático de Derecho atribuir a la prisión provisional la finalidad de prevención de delitos, es decir, de lucha contra la criminalidad durante el proceso penal, interrogante que intentaremos responder a continuación y que pasa antes por la identificación de los requisitos legales que cumplen dicha finalidad. Según hemos visto, la gravedad de la pena, el peligro de fuga, la frecuencia con la que se cometan hechos análogos y la alarma social son criterios que atienden a la finalidad de protección del orden público y, a la vez, de prevención *general* propias de la pena, que son exclusivas del Derecho Penal material” (Odone Sanguiné, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, p. 222).

³⁹ E por isso “torna-se, pois, imprescindível verificar se a prisão ou a soltura importam, ou não, no quebramento da paz pública, influenciando sobre o processo. Vale dizer, se a tranquilidade e a ordem sociais devem-se garantir por meio da prisão processual. A paz pública é o produto da tranquilidade social, não artificial, e da ordem social, entendida como harmonia, na comunidade. Nos grandes centros urbanos, é difícil aceitar que a prisão preventiva, de que se cuida, decrete-se para servir ao processo” (Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Prisão preventiva...*, cit., p. 127-128).

⁴⁰ Sendo então “inconstitucional atribuir à prisão preventiva a função de acalmar o alarma social ocasionado pelo delito, pois, por muito respeitáveis que sejam os sentimentos sociais de ‘vingança’, a prisão preventiva não está concebida como uma pena antecipada que possa cumprir fins de prevenção. Quando ainda não se determinou quem seja o responsável, somente raciocinando dentro do esquema lógico da presunção

de culpabilidade poderia conceber-se a prisão preventiva como instrumento apaziguador das ânsias e temores suscitados pelo delito. Uma idéia desta natureza resulta insustentável em um sistema constitucional que acolheu um rigoroso respeito pelos direitos dos cidadãos e proclama a presunção de inocência” (Odone Sanguiné, A inconstitucionalidade do clamor público..., cit..).

⁴¹ Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência...*, cit., p. 68.

⁴² Odone Sanguiné, A inconstitucionalidade do clamor público..., cit..

⁴³ Roberto Delmanto Júnior, *As modalidades de prisão provisória...*, cit., p. 152.

⁴⁴ “Asociar la prisión provisional y prevención especial significa vincular a la condición de justificable el valor de indicador de una peligrosidad específica, en cierto modo ya acreditada. La medida responde, por tanto, a una finalidad de prevención especial contra la realización de *otros* delitos por parte del imputado y, al mismo tiempo, desempeña una función ejemplarizadora. Pero, en este caso, no hay duda de que el efecto profiláctico que se persigue con la privación preventiva de la libertad, parte explícitamente de la presuposición de que el imputado podría *reincidir* en el delito cuya realización ya se le atribuye sin ambages. En este supuesto el grado de identificación entre imputado y culpable llega al máximo” (Odone Sanguiné, *Prisión provisional...*, cit., p. 226).

⁴⁵ “Como señala Moreno Catena, cuando se toma en consideración el criterio espurio del peligro de reiteración delictiva, se está partiendo de la presunción de culpabilidad y se impone la prisión provisional con un fin de prevención especial. Este uso directamente defensivo de la prisión provisional en función de prevención de la peligrosidad del reo conlleva innegablemente una ejecución anticipada de la pena” (Odone Sanguiné, *Prisión provisória...*, cit., p. 115).

⁴⁶ “Com relação ao discurso que procura justificar a prisão cautelar pela finalidade de prevenção especial, atribuindo-lhe o caráter de medida de segurança aplicada não com base em uma presunção de culpabilidade, mas sim tendo em vista a periculosidade do agente e, ainda que considerada meramente acessória às demais finalidades do instituto, trata-se de mero jogo de palavras, que não consegue esconder a ofensa à regra constitucional” (Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência...*, cit., p. 68). No mesmo sentido, cf. Odone Sanguiné, *Prisión provisional...*, cit., p. 228.

⁴⁷ Perfecto Andrés Ibáñez, Presunción de inocencia y prisión sin condena, *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, São José, ano 9, n. 13, p. 5-18, ago. 1997, p. 9.

⁴⁸ Odone Sanguiné, A inconstitucionalidade do clamor público..., cit.. Ainda, “o apelo à exemplaridade, como critério de decretação da custódia preventiva, constitui seguramente a mais patente violação do princípio da presunção de inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade, e termina por atribuir no processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada *a priori*” (Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência...*, cit., p. 68).

⁴⁹ “El motivo de *evitar el peligro de futuros delitos* por parte del imputado, señala Ferrajoli, es irremediavelmente *policial*, y revela el carácter de medida de prevención y de defensa social asumido también por la prisión preventiva, que se acaba transformando de medida procesal cautelar en *medida de policía*. La captura del imputado sospechoso en la inmediatez del hecho representa indudablemente la medida de defensa social más eficaz: antes se castiga y luego se procesa, o se pune procesando, de manera que se produce un *cambio del proceso en pena informal anticipada*, pero de forma más gravosa que la pena misma, por cuanto, por un lado, tiene una función de prevención general no basada todavía, como en la pena, sobre una amenaza legal, sino directamente sobre el *carácter ejemplar de su imposición judicial*; y, por otro, porque esta medida preventiva *es conminada no ya con base en pruebas, sino por la simples*

sospecha de culpabilidad o, peor, por la presunta peligrosidad social del reo” (Odone Sanguiné, *Prisión provisional...*, cit., p. 234).

⁵⁰ Perfecto Andrés Ibáñez, *Presunción de inocencia...*, cit., p. 17.

⁵¹ Conclui Odone Sanguiné: “a prisão a título de *ordem pública* tem nítido fim de pena antecipada. Como observa Carlo Fiore, o recurso à expressão ordem pública visa fazer prevalecer o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais. Eu diria que esse conceito é largamente indeterminado e, como tal sujeito a juízos subjetivos incompatíveis com a segurança jurídica. Por isso, há que interpretar tal requisito como alheio à finalidade estritamente cautelar. Cabem aí distintas finalidades, como por exemplo, aquelas de prevenção geral e especial próprias da pena. E isso, embora freqüente na práxis judiciária, é *inconstitucional*, por violar o devido processo legal, a presunção de inocência e o princípio da proporcionalidade. Como já afirmamos em outra ocasião, a inconstitucionalidade aparecer quando a lei dá à prisão preventiva funções diretamente conexas a exigências de defesa social, com fins de exemplaridade ou de prevenção de crimes, porque seria transferir o efeito intimidatório e repressivo da pena para a prisão preventiva, que atuaria, então, dotada de uma carga de aflictividade imediata, como uma verdadeira pena antecipada, sem observância do devido processo legal e assimilando as figuras do imputado ao culpado, em frontal contraste com o princípio da presunção de inocência” (Odone Sanguiné, *Prisão provisória...*, cit., p. 112-113).

⁵² “Na realidade, e apesar de toda acrobacia lógica, a prisão provisória não encontra distinção com a pena no plano estrutural, pois ambas consistem numa privação da liberdade pessoal. A diferença somente pode ser mantida no plano *funcional* das finalidades perseguidas. A questão da *legitimidade constitucional* da prisão provisória se identifica com aquela da legitimidade dos *fins* que a ela são atribuídos” (Odone Sanguiné, *Prisão provisória...*, cit., p. 107).

⁵³ Julio Maier, *Derecho procesal penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, v. 1, p. 278-279.

⁵⁴ Odone Sanguiné, *Prisión provisional...*, cit., p. 190.

⁵⁵ Odone Sanguiné, *Prisão provisória...*, cit., p. 113. Continua o autor: “desse modo, para atender essa verdadeira ideologia da *Law and Order*, ou seja, uma teoria preventivo-geral disfarçada, visando à estabilização social mediante a satisfação dos impulsos reativos suscitados na comunidade pela realização do crime, a prisão provisória se converte em uma *medida de segurança* oculta ou encoberta em uma natureza aparente de medida cautelar, com função de prevenção geral, o que é rechaçável tanto desde o ponto de vista ético como jurídico, ao cumprir a função de pena antecipada” (Odone Sanguiné, *Prisão provisória...*, cit., p. 113).

⁵⁶ Assim, “si el proceso penal vigente en la generalidad de los países, puede permitirse ser como es, o sea, mantener el extraordinario grado de infidelidad al modelo ideal-constitucional, el impresionante nivel de desfuncionalidad y divergencia respecto de los fines proclamados en ese plano, que le caracteriza, es porque la prisión provisional – y con ella el proceso – ocupa, en notable medida, y no de manera accidental, el lugar de la pena, y absorbe buena parte del papel represivo que a ésta jurídico-formalmente le corresponde” (Perfecto Andrés Ibáñez, *Presunción de inocencia...*, cit., p. 17-18).

⁵⁷ Perfecto Andrés Ibáñez, *Presunción de inocencia...*, cit., p. 5.

⁵⁸ Cf. Perfecto Andrés Ibáñez, arrimado no ensinamento de Illuminatti: “El catálogo de distintas necesidades sobre cuya base se construye el habitual discurso de la prisión provisional como instrumento – lamentable pero – procesalmente legítimo (al fin, por imprescindible), tiene mucho más que ver genéticamente con el degradado modo de ser actual del proceso, con sus diversas desviaciones del modelo constitucional y con las

disfunciones derivadas de la deficiente articulación de los recursos orgánicos y materiales, que con cualquier otra cosa” (Perfecto Andrés Ibáñez, Presunción de inocencia..., cit., p. 11-12).

⁵⁹ Odone Sanguiné, A inconstitucionalidade do clamor público..., cit..