

UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR

HUGO MIRANDA MENDES DA SILVA

**VISÃO CRÍTICA DA PRISÃO PREVENTIVA *STRICTO SENSU* E SUA
EFETIVIDADE NO PROCESSO PENAL**

UMUARAMA – PARANÁ

2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

HUGO MIRANDA MENDES DA SILVA

**VISÃO CRÍTICA DA PRISÃO PREVENTIVA *STRICTO SENSU* E SUA
EFETIVIDADE NO PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de Mestre pelo Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania, da Universidade Paranaense – UNIPAR.

Orientador: Professor Cândido Furtado Maia Neto.

UMUARAMA – PARANÁ

2006

Ata

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos os meus professores que forjaram meu intelecto, e sem os quais jamais teria concluído esta obra. Dedico também a aqueles que querem uma mudança na ordem da justiça criminal, que não se satisfazem com os modelos dogmáticos atuais. E, finalmente, dedico este trabalho em especial ao meu professor orientador Dr. Cândido Furtado Maia Neto, que sempre me auxiliou prontamente repartindo comigo aos seus conhecimentos colocando em minhas mãos e mente as ferramentas necessárias com as quais abriria novos horizontes, rumo à satisfação plena de meus ideais profissionais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Francisco Mendes da Silva e Maria Inês Miranda da Silva, que sempre me apoiaram nos meus estudos dedicando-se incansavelmente para forjar meu caráter, compartilhando meus objetivos e incentivando-me a lutar com as armas da justiça e do conhecimento na busca de meus anseios profissionais. Ao meu irmão, Henrique Miranda Mendes da Silva, que me ajudou nas traduções, por muitas vezes durante o curso, quando me via perdido em razão da complexidade da língua inglesa. A minha noiva, Ângela Brasil D'Onofre, que também me apoiou e sempre entendeu a importância do curso na minha vida. E que com sua paciência e carinho compreendeu as ausências necessárias minimizando com seu amor e incentivo as dificuldades na obtenção deste tão importante título acadêmico.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar uma visão nova a respeito da prisão preventiva *stricto sensu*, fazendo um comparativo entre seus elementos e os elementos da pena privativa de liberdade. O trabalho está embasado na filosofia de Luiz Fernando Coelho, expoente da escola processual crítica do direito do Paraná. Estabelece-se um novo sistema de encarceramento, com princípios próprios e orientadores. Daí que a partir deste sistema é refeita a leitura de princípios como o do Estado de Inocência, da Dignidade da Pessoa Humana e da Imparcialidade do Juízo. Fez-se também a análise do procedimento adotado por países da América do Sul, como Chile, Paraguai, Bolívia e Venezuela, que possui um sistema ordinário tripartido, capaz de assegurar além de uma imediação em relação as provas, como também garantir maior imparcialidade do julgador. Por último, toda a questão dos pressupostos e requisitos para a prisão preventiva *stricto sensu* foi reordenada para melhor adequar-se ao novo sistema proposto.

Palavra-chave: Prisão preventiva; pena privativa de liberdade; processo penal; efetividade;

ABSTRACT

The present work had as objective show a new vision in respect of the preventive custody *stricto sense*, doing a comparative between your elements and the elements of privative penalty of freedom. The work is based on the Luiz Fernando Coelho's philosophy, exponent of the school procedural critical of the right of the Paraná. A new system of prisonment is established, with proper and orienting principles. And from this system the reading of principles is remade the reading of principles as of the innocence state, of the dignity of the Human Been and the impartial judgment. Also it was made the analysis of the procedure adopted from countries of the South American, as Chile, Paraguai, Bolívia and Venezuela, that it possess a tripartite usual system, capable to assure beyond an immediacy in relation of proves, but also guarantee a bigger impartial act of the judge. And finally all the question of the estimated and requirements for the preventive custody *stricto sense* had been rearranged for to be better to adjust itself to the new considered system.

Key-words: Preventive custody; privative penalty of freedom; criminal proceeding; effectiveness;

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
---------------------------	-----------

I – Parte

1 A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO	14
--------------------------------------------	-----------

2 HISTÓRICO DA PRISÃO NO BRASIL	18
----------------------------------------------	-----------

3 ASPECTOS DOGMÁTICOS DA PRISÃO PREVENTIVA	33
---------------------------------------------------------	-----------

3.1 A terminologia e o Conceito Dogmático de Prisão	33
------------------------------------------------------------------	-----------

3.2 Prisão Preventiva <i>Stricto Sensu</i> como Espécie de Encarceramento	34
----------------------------------------------------------------------------------------	-----------

3.3 As Crítica ao Discurso Secular do Estado	39
-----------------------------------------------------------	-----------

3.3.1 O discurso retributivo do estado absolutista	42
-----------------------------------------------------------------	-----------

3.3.2 O discurso retributivo do estado liberal	45
-------------------------------------------------------------	-----------

3.3.3 O discurso preventivo do estado moderno	50
------------------------------------------------------------	-----------

3.3.3 A prevenção especial	57
-----------------------------------------	-----------

II - Parte

4 UMA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO CRÍTICO DE PRISÃO PREVENTIVA	62
------------------------------------------------------------------------	-----------

4.1 Pontos em Comum da Pena Privativa de Liberdade e da Prisão Preventiva <i>Stricto Sensu</i>	62
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

4.2 A Essência Prisão Preventiva, da Pena Privativa de Liberdade e o Conceito Crítico	68
----------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

4.3 Os Princípios Fundantes e o Novo Sistema Crítico	74
-------------------------------------------------------------------	-----------

4.4 Justificação do Discurso	80
-------------------------------------------	-----------

4.5 Os Princípios Fundantes e os Princípios de Direitos Humanos	86
5 A PRISÃO PREVENTIVA DE NATUREZA PENAL: SOLUÇÃO OU PROBLEMA	95
5.1 O Instituto da Detração	95
5.2 Da Lei de Execução Penal	96
5.3 Da Antecipação de Mérito e o Princípio da Imparcialidade do Juiz	100
5.3.1 O juizado de instrução na América do Sul é uma garantia de imparcialidade?	112
5.3.2 O princípio da imediação	123
5.5 Pressupostos e Fundamentos para o Decreto da Prisão <i>Stricto sensu</i>	126
6 CONCLUSÃO	142
REFERÊNCIAS	146

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação possui como tema e objeto de pesquisa a prisão preventiva *stricto sensu*. O trabalho tem como objetivo geral: a) analisar o sistema de encarceramento vigente, e descobrir os princípios que regem este sistema. Como objetivo específico o autor procurou: a) explicar a relação entre a prisão preventiva *stricto sensu* e os princípios do novo sistema crítico; b) estabelecer uma relação estreita entre os conceitos de pena privativa de liberdade e prisão preventiva *stricto sensu*, em razão da natureza mista do instituto; c) apontar soluções aos problemas do procedimento cautelar brasileiro, em relação à prisão preventiva *stricto sensu*.

O autor abordou os seguintes problemas: a) Quais as raízes históricas da prisão em território brasileiro? b) Qual a realidade ôntica da prisão preventiva *stricto sensu*? c) Qual a natureza jurídica da prisão preventiva *stricto sensu*? d) Existe um sistema de encarceramento que possa trabalhar racionalmente com a pena privativa de liberdade e a prisão preventiva *stricto sensu*? e) Se existe tal sistema quais os princípios que o orientam? f) Qual a abrangência e função do princípio do Estado de Inocência? g) A natureza retributiva da prisão preventiva *stricto sensu* soluciona ou ocasiona problemas do procedimento penal brasileiro? h) Admitindo-se a natureza retributiva da prisão preventiva *stricto sensu*, existe imparcialidade do julgador após decreto da prisão preventiva? i) Existe suspeição do juiz que decretou a prisão preventiva? j) O Juizado de Instrução é a solução para garantir a imparcialidade do julgador? l) O procedimento ordinário criminal brasileiro é

causa da ineficácia do princípio da imparcialidade no sistema brasileiro? m) Quais as influências da nova sistematização na aplicação da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)? n) Qual a influência dos princípios do sistema de encarceramento crítico nos pressupostos e requisitos da prisão preventiva *stricto sensu*?

O trabalho será dividido em duas partes. A primeira parte contém três capítulos. No primeiro capítulo do trabalho trata-se da teoria crítica do direito, com base na doutrina do Dr. Luiz Fernando Coelho, que muito influenciou a presente obra. O segundo capítulo trata-se da história da prisão no Brasil; O terceiro capítulo trata-se dos aspectos dogmáticos da prisão preventiva *stricto sensu*, sendo que tal capítulo é subdividido em outros três sub-capítulos, no qual foi abordado respectivamente o conceito dogmático de prisão, as espécies de encarceramento, a crítica ao discurso sobre o cárcere.

A segunda parte do trabalho possui três capítulos. O primeiro capítulo é uma tentativa de construção crítica do conceito de prisão preventiva, e possui cinco sub-capítulos. Respectivamente, nestes sub-capítulos tratou-se: a) dos pontos em comum da pena privativa de liberdade e prisão preventiva *stricto sensu*; b) a Essência da prisão preventiva *stricto sensu*, da pena privativa de liberdade e o conceito crítico; c) os princípios fundantes do novo sistema crítico de encarceramento; d) a justificativa do discurso de retributividade; e) os princípios fundantes e os princípios de Direitos Humanos.

Já o segundo capítulo da segunda parte deste trabalho aborda os

problemas de uma prisão preventiva com natureza penal. Este capítulo possui outros quatro sub-capítulos, que tratam respectivamente: a) do instituto da detração; b) da Lei 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal); c) da antecipação de mérito e o princípio da imparcialidade do juiz; e d) dos pressupostos e fundamentos para o decreto da prisão preventiva *stricto sensu*. O sub-capítulo da antecipação de mérito é subdividido em outros dois que trata do juizado de instrução e do princípio da imediação. O sub-capítulo que trata das teorias da pena é subdividido em outros três, para melhor análise das teorias absolutas, relativas e preventivas especiais da pena.

O terceiro capítulo é destinado às diversas conclusões oriundas da pesquisa realizada.

O leitor notará que a primeira e segunda parte do trabalho estão relacionadas com o método fenomenológico, e possui o principal objetivo de fazer a *descrição empírica* do objeto de estudo, bem como realizar a *redução eidética*.

Justifica-se a presente pesquisa em vista da:

a) Atualidade do tema: O poder está se justificando pelo poder. A liberdade está sendo posta em segundo ou terceiro plano, na busca de diminuir a criminalidade.

b) Ineditismo do trabalho: Apesar de existirem várias obras sobre a prisão preventiva, ainda não se pesquisou o tema com relação a teoria crítica

do direito, não existindo ainda um trabalho sistemático que aborde a natureza da prisão preventiva *stricto sensu* ;

c) Interesse do autor: o tema é de elevado interesse do autor, face o mesmo residir em uma cidade de fronteira. Ademais, como participante do programa de Assistência Judiciária da Universidade Paranaense, Campus de Guaíra, Estado do Paraná, é freqüentemente solicitado para prestar seus serviços na defesa de cidadãos que são presos preventivamente, e que não possuem condições de pagar advogado.

d) Relevância do tema: A pesquisa sobre o tema tem relevância social, na medida em que procurará solucionar problemas de ordem procedimental, e estrutural do poder judiciário, com relação a decretação da prisão preventiva.

e) Pertinência do tema: O atual método de ampla utilização da prisão preventiva não condiz com o Estado Democrático de Direito. Tal método não soluciona o problema, que é eminentemente social e cultural, mas apenas agrava a marginalização e desigualdades sociais. Se isso não bastasse acaba fomentando a derrocada da legitimidade do próprio poder jurisdicional. Tanto é verdade que o cidadão duvida de nossa polícia, e também do poder jurisdicional.

Portanto, o tema é pertinente e deve ser tratado neste momento onde existe uma escalada da utilização das prisões preventivas, isto porque é

necessária uma revitalização da cidadania, que se perde nos discursos expansionistas e legitimantes do poder punitivo.

I – Parte

1 A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

A Teoria Crítica do Direito tem fundamentos na teoria kantiana. Verifica-se nela uma substituição das categorias proposta por Immanuel Kant por outras categorias, e aqui reside seu brilhantismo.

Kant entendia que o conhecimento certo e verdadeiro não poderia advir apenas dos sentidos, pois estes são múltiplos e chegam ao homem de maneira dispersiva e confusa. Propôs então, que a razão é dotada de um elemento que unifica todos estes sentidos, sintetizando uma idéia única, portanto, compreensiva e dotada de alto grau de certeza. Este elemento unificador dos sentidos humanos é formado por duas espécies de categorias, as sensitivas e a intelectual. As categorias sensitivas são: noção de espaço e tempo; Já a categoria intelectual é a noção de causalidade (causa e efeito).

A idéia das categorias é *a priori*, ou seja, não depende da experiência para existir, ou melhor, ela nasce com o homem. É na idéia de categoria que reside o absoluto, ou, que está a prova de sua existência.

Nesta teoria kantiana a essência mesma dos objetos era impossível de ser atingida, “a metafísica enquanto conhecimento dirigido à

essência das coisas é uma impossibilidade gnoseológica.”¹ Havia, portanto, um problema de se atingir uma realidade que vai além dos fenômenos.

A corrente denominada fenomenologia, traçou teoricamente meios de acesso a essência “através da redução progressiva dos elementos acidentais ou simplesmente fenomênicos dos objetos, até chegar a uma essência que os fenomenólogos definem como *a priori* material.” O *a priori* *formal*, no contexto da fenomenologia cedeu lugar ao *a priori* *material*.²

Os juízos, ou, valores incidem sobre as idéias elaborando conceitos, sendo estes conceitos a contribuição do homem para o conhecimento.

Luiz Fernando Coelho, ao substituir as categorias ideais kantianas por categorias reais e presentes na sociedade, faz surgir novas idéias que são supervalorizadas a ponto de formarem novos e espetaculares conceitos.

A adoção aqui de um modelo crítico, tem sim por base a teoria kantiana, mas não é puramente kantiana, pois - “além de ser concebida como forma *a priori* do conhecimento intelectual, na direção do criticismo kantiano, passou também a designar as formas objetivas da realidade”³ - traz em sua raiz as categorias materiais de COELHO.

¹ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 25.

² Ibid., p. 25 e 26.

³ Ibid., p. 26.

Nas palavras de COELHO, “a teoria crítica do direito deriva de uma concepção que atribui ao sujeito do conhecimento um papel ativo e constitutivo quanto ao respectivo objeto.”⁴

Segundo REALE: “O método fenomenológico de Edmundo Husserl (1859-1938) teve grande repercussão em vários domínios da ciência e tem sido aplicado, com sucesso, também por psicólogos, juristas e médicos, porque, efetivamente, representa uma feliz e rigorosa disciplina de captação da essência dos dados que se nos oferecem na consciência, sejam eles reais ou imaginários.”⁵

O método fenomenológico implica em três fases: a) *descrição do objeto, redução eidética, e reflexão fenomenológica*.⁶ Na realidade o método fenomenológico implica num entrelaçamento entre as teorias empiristas com as teorias neokantianas. Na primeira fase a descrição deve ser objetiva, neutra nos moldes empiristas; Na segunda fase se excluem as qualidades e características desde que não implique na exclusão do conceito; A terceira fase é uma reflexão sobre o próprio método, ou seja, se é possível ou não excluir determinada qualidade ou características sem que se perca o conceito que se quer elaborar.

Nesta dissertação a aplicação prática da Teoria Crítica tem como objetivo construir um conceito novo de prisão, em substituição ao apresentado

⁴ COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de introdução ao direito**. Barueri: Manole, 2004. p. 382.

⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 361 – 362.

⁶ Ibid., p. 364.

pela Dogmática Jurídica.

2 HISTÓRICO DA PRISÃO NO BRASIL

A prisão como método penal é recente⁷, no entanto, como cárcere ou seja, como meio de encarceramento de pessoas é tão antiga quanto a própria humanidade. Segundo SARUBBI e REZENDE, o encarceramento como punição em si mesmo é remanescente da Idade Média, do período entre os anos 395 e 1.453, uma vez que a privação da liberdade, “nos séculos ainda mais anteriores, não constituía um modo de punição”⁸. A pesquisa histórica nos revela que no início o cárcere não era pena propriamente dita, no entanto, quando se pesquisa o discurso a respeito do mesmo constata-se que desde o início ele tinha como finalidade a modificação do caráter humano.

A prisão é algo enraizado na cultura humana, sendo que sua origem remonta a própria racionalidade do homem, razão pela qual o presente estudo adotará uma data específica para início da pesquisa histórica.

A data de início da pesquisa é de 1500, ano do descobrimento do Brasil. É importante lembrar que o descobrimento do Brasil foi um ato político de delimitação do território e publicação das posses da coroa portuguesa.

Também é importante ter em vista que os índios que habitavam o Brasil na época de seu descobrimento não eram tão evoluídos como os incas, os astecas e os maias, ao contrário se encontravam próximos da *Idade da*

⁷ SILVA, Evandro Lins. **História das penas**. Revista Consulex. Brasília, Ano V, n. 104, p. 12 – 23, 15 de maio de 2001.

⁸ SARUBBI, Ary & REZENDE, Afonso Celso F. **Sistema prisional na europa. modelo para o brasil?** Campinas: Paritas, 1997. p. 44.

*Pedra Lascada*⁹. Isto não quer dizer que não existia um senso de justiça reinante, pois, o direito como um todo era encontrado na consciência indígena dessa época, na forma de tradições e costumes. Tanto é, que entre os mesmos, havia crimes, e por consequência também existiam penas. Havia crimes de homicídio, lesões corporais, furto, rapto, adultério da mulher e deserção.¹⁰

O adultério da mulher em algumas tribos era punido com a morte, em outras apenas dava o direito do marido espancá-la. O homicídio e o rapto eram punidos com a morte. Mas, contudo, o direito penal indígena nada contribuiu para o desenvolvimento do sistema penal brasileiro, pois era muito primitivo.¹¹ Ademais, foi a cultura dos conquistadores que prevaleceu, portanto, esta sim influenciou o direito brasileiro.

O fato da primeira sede administrativa somente ter sido fundada em 1532 com a vinda de Martins Afonso, não significa que não existissem colonos portugueses já residindo no novo território, pois, segundo a história oficial do município de São Vicente, “Antônio Rodrigues, João Ramalho e mestre Cosme Fernandes, o ‘Bacharel’ foram os primeiros portugueses a viver em São Vicente. Provavelmente, eram tripulantes da armada de Francisco de Almeida e podem ter chegado em 1493”.¹² Portanto, São Vicente é o berço da colonização portuguesa no Brasil, sendo sua fundação anterior ao

⁹ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil. Evolução histórica.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 41.

¹⁰ Ibid., p. 42.

¹¹ Ibid., p. 44.

¹² SÃO VICENTE recebeu nome de mártir que morreu pela fé. Disponível em <http://www.aggio.jor.br/jornal17/saovicente.htm>. Acesso em 19 jul. 2006.

desembarque de Pedro Álvares Cabral em Porto Seguro-BA¹³.

Consta ainda que “João Ramalho casou-se com Bartira, filha do poderoso cacique Tibiriçá. Antônio Rodrigues também desposou uma índia, filha do cacique Piquerobi”. Já o Mestre Cosme era dono do Japuí e do Porto das Naus, onde construiu um estaleiro muito conhecido pelos navegantes da época.”¹⁴

É fato também que São Vicente já era conhecido dos Europeus desde 1501, sendo ponto de parada para reabastecimento e tráfico de escravos índios. “Tanto isso é verdade que aquele porto já constava do mapa feito em 1501 e trazido por Américo Vespúcio na expedição de Gaspar de Lemos, aportada em 22 de janeiro do ano seguinte”¹⁵.

No entanto, apesar dos relatos de que antes mesmo de 1500 havia colonos portugueses em São Vicente, não se encontra vestígios de que havia prisão nestes lugarejos.

Quando em 1526, a esquadra (seis navios) de Cristóvão Jaques afundou três navios franceses perto da Bahia, a corte portuguesa decidiu iniciar a colonização. D. João III organizou uma expedição que partiu no dia 03 de dezembro de 1530. No comando estava Martins Afonso de Sousa, o qual regimentou seu irmão Pero Lopes de Sousa, além de 400 homens que lotaram

¹³ Local onde consta o marco do descobrimento, e a cruz cabrália.

¹⁴ SÃO VICENTE recebeu nome de mártin que morreu pela fé. Disponível em <http://www.aggio.jor.br/jornal17/saovicente.htm>. Acesso em 19 jul. 2006.

¹⁵ Ibid.

cinco embarcações.

Afirma PIERANGELI que as Ordenações Afonsinas em nenhum momento foram aplicadas em território brasileiro, uma vez que em 1521, quando foram revogadas pelas Ordenações Manuelinas, nenhum núcleo colonizador havia se instalado no Brasil. É somente em 1532 que Martim Afonso de Souza inicia a colonização com a fundação da cidade de São Vicente.¹⁶ No entanto, parece que a razão assiste a DE PAULA, que afirma ser “inegável que as primeiras manifestações jurídicas no Brasil derivaram das Ordenações Afonsinas e das cartas-régias”¹⁷. Esta afirmação é correta porque após Dom Manuel arrendar terras a Fernão de Noronha e outras pessoas, para a exploração e comércio do pau-brasil, destaca-se a incursão de corsários e contrabandistas, sobretudo de franceses, ao litoral brasileiro, fato este que culminou, por ordem de Dom Manuel, no envio de Cristóvão Jacques para patrulhar e libertar a costa brasileira em 1516, resultando na fundação de feitorias.¹⁸ Portanto, se existiam feitorias no Brasil, se havia navios portugueses nas costas brasileiras, por óbvio que houve aplicação das normas contidas nas Ordenações Afonsinas, no entanto, neste período não se encontra relatos de prisões ou edificações para tal finalidade.

A história da pena não é apenas a história das leis, mas é sobretudo a história dos cárceres, das masmorras e edifícios que serviram pela

¹⁶ PIERANGELI, José Henrique. Códigos penais do Brasil. Evolução histórica. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 61.

¹⁷ DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **História do direito processual brasileiro. Das origens lusas à escola crítica do processo.** Barueri-SP: Manole, 2002. p. 196.

¹⁸ História do Brasil – Trópico Histórico. Apud . DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **História do direito processual brasileiro. Das origens lusas à escola crítica do processo.** Barueri-SP: Manole, 2002. p 195-196.

primeira vez de ergástulo. Neste sentido, é certo afirmar que a história penal e processual penal inicia-se com a chegada de Martins Afonso em São Vicente (1532), foi quando este levantou a primeira sede administrativa da coroa portuguesa em território brasileiro, dando ordem para construir uma igreja e logo ao seu lado uma casa de câmara e cadeia¹⁹. As primeiras manifestações jurídicas processuais penais devem ter emanado desta sede administrativa, pois, historicamente até então não havia local para execução efetiva da medida de encarceramento.

Portanto, as primeiras prisões em território brasileiro se efetivaram em São Vicente, ainda na vigência das Ordenações Manuelinas.

Ocorre que, no ano de 1542, acontece um desastre natural. O mar avança sobre a Vila de São Vicente e pouco a pouco engole a praia, e sepulta sob as suas águas a Matriz, a Casa do Conselho, a Cadeia, os estaleiros, o pelourinho e inúmeras casas. A vila teve que ser reconstruída logo adiante, e a Igreja Matriz foi edificada sob uma pequena elevação.²⁰

Sabe-se que durante a vigência das Ordenações Manuelinas não existia a pena privativa de liberdade como sanção. Ocorre que, a prisão já era de certa forma excepcional mesmo que PIERANGELI afirme que a prisão era a regra. Tal fato é constatado numa minuciosa análise da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, do ano de 1797. Verifica-se que a Ordenação Manuelina faz uma clara distinção dos crimes em que se deve

¹⁹ HISTÓRIA. Disponível em <http://www.geocities.com/RainForest/Jungle/1418/historia.html>. Acessado em 19 jul. 2006.

²⁰ Ibid.

prender logo sejam recebidas querelas, bem como também ressalta daqueles em que não se devem prender mesmo que recebidas querelas. No item 17, Título XLII, do Quinto Livro, das referidas Ordenações encontra-se:

17. E POR QUANTO Temos visto por experiencia o grande dño que se em Nossos Reynos seguia das prisões, que se faziam, por seer ordenado que por qualquer querela jurada, e testemunhada, e recebida prendessem aquellos, de que assi era querelado, Querendo evitar os ditos dñnos com tal ordem, que os maleficios nom fique por punir, nem o Nosso povo receba tanta oppressam, e que se faça toda justiça, Mandamos, que toda pessoa de que for querelado pro querela perfeita, em cada huu dos casos seguintes seja loguo presa. [...]²¹

A excepcionalidade fica mais evidente quando do item 18 do mesmo título e livro:

18. E QUANTO aos outros crimes, que nom forem dos sobreditos, posto que seja querelado por querela perfeita, Mandamos que nom prendam pólas semelhantes querelas, sem embargo de em alguma Nossa Ordenaçam dizer, que sejam presos por a tal querela, atee contra elles seer tanto provado, porque mereçam seer presos.[...]²²

Assim, existiam casos de prisão obrigatória e casos de prisão facultativa.

Portanto, conclui-se que desde a descoberta do Brasil já existia o embrião normativo da prisão preventiva *stricto sensu* nos moldes que se tem hoje. A cultura lusa daquela época fazia a distinção entre prisão obrigatória e prisão facultativa, classificação que foi herdada e que somente foi

²¹ PORTUGAL. **Ordenações manuelinas, livro v.** Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian. 1984. p. 134.

²² Ibid., p. 134.

definitivamente extinta do ordenamento jurídico pátrio quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, mas que teima em retornar em leis infraconstitucionais.

É importante assinalar que a prisão obrigatória levava em consideração não apenas a gravidade do delito, mas também os interesses de determinadas classes hegemônicas. Tanto é verdade que o crime de lesa majestade está no rol daqueles que a prisão é obrigatória.

Mas o fato de existir na Ordenação Manuelina a prisão obrigatória não quer dizer que não estava em vigor o princípio da excepcionalidade da prisão, mas ao contrário ele era subsidiário, pois, somente teria aplicabilidade nos crimes que não estavam expressamente contidos no rol do item 17, Título XLII, do Quinto Livro, daquele diploma legal.

Entre o ano de 1534 a 1536 correram as divisões territoriais para formação das capitanias hereditárias (em número de quatorze), que foram doadas a doze donatários. Nesta carta de doação havia disposição de que o donatário exerceria a jurisdição, e alçada de morte natural, sobre as pessoas que estavam nos territórios, podendo absolver ou condenar, sem haver apelação ou agravo. Portanto, o que vigorava realmente era o poder absoluto dos donatários.²³

Em decorrência da obsessão legislativa devido a reforma da

²³ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil. Evolução histórica.** 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 61.

Universidade de Coimbra que D. João III determinara em 1537, bem como, após sua morte, devido a menoridade de D. Sebastião, herdeiro e sucessor do trono, o regente D. Henrique nomeou Duarte Nunes Leão para realizar a compilação das leis posteriores às Ordenações Manuelinas. Depois de realizada a compilação, esta foi aprovada em 14 de fevereiro de 1569 (também denominada de Código Sebastião), com imediata aplicação.²⁴

Com a morte misteriosa de D. Sebastião na campanha de Marrocos (batalha de Alcácer-Quibir), o seu tio Cardeal D. Henrique assume o trono de Portugal. Com a morte de D. Henrique, Felipe II (de Espanha), por herança, é consagrado o rei de Portugal, com o título de Felipe I (II, de Espanha).²⁵

Logo após assumir o trono, Felipe I manda refundir as ordenações, uma vez que mesmo depois da edição do Código Sebastião, a legislação continuava a aumentar.²⁶

O trabalho de compilação, ordenado por D. Felipe I, encerrou-se em 1595, mas não foi aplicado, mesmo havendo uma lei (daquele mesmo ano) ordenando sua observância. Somente após a morte de D. Felipe I em 1598 o diploma foi revisado e alterado para então formar as Ordenações Filipinas, que foram promulgadas em 11 de janeiro de 1603, no reinado de Felipe II (III, de

²⁴ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil. Evolução histórica.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 55.

²⁵ Ibid., p. 55.

²⁶ Ibid., p. 55.

Espanha).²⁷

Na vigência das Ordenações Filipinas manteve-se a prisão facultativa e obrigatória. Assim as prisões decorrente de querelas deveriam ser fundadas no sumário conhecimento de três ou quatro testemunhas. Mesmo que as querelas fossem perfeitas, os julgadores não podiam mandar prender os acusados antes que existisse prova suficiente que indicasse que mereciam ser presos, mas se o quereloso quisesse a prisão desde logo, deveria fornecer ao julgador três, ou quatro testemunhas que seriam ouvidas secretamente por este, acompanhado do tabelião, sem que a parte seja citada. A ordem de prisão era facultativa, após ouvir as testemunhas, conforme dispõe o item 12, do Título CXVII, do Livro V, das Ordenações do Reino.²⁸

Deve-se ressaltar que, durante a vigência das Ordenações Filipinas, no ano de 1732, após ataques de piratas franceses e holandeses a Fernando de Noronha, e considerando o perigo que o arquipélago representava – tendo em vista que está estrategicamente localizado no meio da travessia do Atlântico – Portugal resolve fortificar a ilha. Foram erguidos dez fortes “em pontos estratégicos onde fosse possível o desembarque, evitando a abordagem por navegadores, como vinha ocorrendo desde o século XVI”.²⁹ A ilha foi transformada em presídio, sendo que tal característica se manteve até o século XX, quando em 1942 o arquipélago tornou-se Território Federal,

²⁷ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil. Evolução histórica.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 56 e 57.

²⁸ PORTUGAL. Código Filipino, de 11 de janeiro de 1603. In: PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil. Evolução histórica.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 17 à 144.

²⁹ CITY BRAZIL. Disponível em <http://www.noronha.pe.gov.br/ctudo-hist-sitios.asp>. Acessado em 18 de agosto de 2006.

subordinado ao Ministério da Guerra, em vista de sua importância como ponto estratégico no Atlântico Sul durante a Segunda Guerra Mundial.³⁰

Neste período a colonização já estava bem avançada, pois em Bonito, cidade situada a cerca de 300 km a sudoeste de Campo Grande, capital do Estado de Mato Grosso do Sul, por volta de 1797, foi construído o Presídio de Miranda numa fazenda chamada Bonito. A partir daí, um povoado foi criado e recebeu o nome da fazenda.³¹

Até então, na sistemática das Ordenações Filipinas não se encontrava a prisão como sanção, mas como mero expediente para garantir o julgamento do acusado.³² Pois, em análise ao referido diploma legal se verifica que a pena de morte era cominada para a maioria dos delitos. Também havia outras espécies de penas graves, chamadas de penas vis, entre as quais se cita: o açoite, corte de membros, galés ou trabalhos públicos, o baraço e pregão.³³ Também eram cominadas penas de multa e degredo. Sendo que esta última tem especial importância histórica para aqueles que pesquisam as origens do povo brasileiro, pois como se verifica no Título CXLIII (Dos degradados, que não cumprem os degredos) das Ordenações Filipinas, a forma de execução mais grave era aquele que cominava o degredo para o Brasil.³⁴

³⁰ MICROSOFT CORPORATION. **Enciclopédia Microsoft Encarta**. 2001. 1 CD-ROM.

³¹ Ibid.

³² PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil. Evolução histórica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 97 à 217.

³³ Ibid., p. 57.

³⁴ "Se algum degradado fôr achado fora do lugar, para onde foi degradado, sem mostrar certidão pública, per que se possa saber, que tem cumprido o degredo, seja logo preso, e tempo que ainda lhe ficar por servir, postoque para sempre fosse degradado, se era degradado para Couto de Castro-Marim, seja-lhe mudado, e o vá cumprir, e servir a África.

As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil na sua parte criminal até 1830 (Código Criminal do Império), e na sua parte civil até 1916 (Código Civil).³⁵

Deve-se ressaltar neste período que, na Europa, em 1764 Cesare Beccaria (1738 - 1794) – o Marques de Beccaria – publica seu livro intitulado “Dos Delitos e Das Penas”, denunciando a forma com que a matéria criminal era tratada no Estado da França. Neste livro, considerado um marco da história das penas no mundo ocidental, BECCARIA declara que a prisão difere das outras penas, por dever necessariamente preceder a declaração jurídica do delito, isto porque ainda não havia a noção delimitada de prisão como forma de pena privativa de liberdade, mas seu conceito estava ligado ao que na atualidade se denomina de prisão cautelar.³⁶

Com a vinda da Família Real portuguesa para o Brasil, em 1808, fuga das tropas de Napoleão Bonaparte, ocorreu a emancipação política através da edição da Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, fato este que não interferiu na legislação então vigente.³⁷

Em 26 de abril de 1821, D. João VI, retorna a Portugal, e deixa

E se era para África, vão cumprir ao Brazil. E o que era degradado para o Brazil, se por tempo, dobre-se-lhe o degredo, que tiver por cumprir. E se era para sempre, morra por isso, não cumprindo o dito degredo. E fugindo do Navio em que tiver embarcado, para ser levado para o Brazil para sempre, morra por isso.”

³⁵ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil. Evolução histórica.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 60.

³⁶ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Flório de Angelis. Bauru-SP: EDIPRO, 1999. p. 24.

³⁷ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil. Evolução histórica.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 65.

seu filho, D. Pedro I, como Príncipe Regente. Alguns dias depois, o D. Pedro I, através do Decreto de 23 de maio de 1821, amplia a garantia da liberdade individual ordenando que:

[...] desde sua data em diante nenhuma pessoa no Brazil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do Juiz, ou Magistrado Criminal do território, excepto sómente o caso de flagrante delicto, em que qualquer do Povo deve prender o delinqüente.³⁸

A ordem judicial por escrito é requisito fundamental que permanece até os nossos dias, podendo ser encontrada no art. 5º, inc. LXI, da Constituição Federativa do Brasil, de 1988.

No mesmo decreto de 23 de maio de 1821, D. Pedro também ordena:

[...] que nenhum Juiz ou Magistrado Criminal possa expedir ordem de prisão sem proceder culpa formada por inquirição summaria de três testemunhas, duas das quaes jurem contestes assim o facto que em Lei expressa seja declarado culposo, com a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutória que o obrigue a prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente. [...] ³⁹

Com a Proclamação da Independência, em 04 de março de 1823, D. Pedro I, proclama-se imperador do Brasil, e em 25 de março 1824 outorga a Constituição Imperial, de cunho liberal, pois em seu art. 179 consagrou: a) o princípio da irretroatividade da lei; b) o princípio da igualdade da lei; c) o

³⁸ BRASIL. Decreto, de 23 de maio de 1821. In: PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal. Evolução histórica e fontes legislativas**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.331 e 332.

³⁹ Ibid., p. 331 e 332.

princípio da intranscendência da pena, uma vez que esta já não mais passará da pessoa do acusado. Também dispõe que *nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública*. Declara a abolição das penas como a tortura, os açoites, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis.⁴⁰

No art. 8º da Constituição Imperial, apresentou-se um sistema cuja prisão preventiva poderia ser decretada por **culpa formada**, ou , desde que houvesse **previsão legal**, sendo que esta última modalidade (a prisão preventiva obrigatória) foi herança da cultura jurídica lusa, não se desgarrando do que já dispunha as Ordenações Manuelinas e Filipinas que a precederam.

Dispunha o referido art. 8º da Constituição Imperial que:

8º) Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei; e nestes dentro de 24 horas, contadas na entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz e nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta a extensão do território, o juiz por uma nota por ele assinada, fará contar ao réu o motivo da prisão, o nome do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as.⁴¹

No art. 9º da Constituição Imperial reforçou-se a garantia de que ninguém poderá ser preso sem ordem escrita da autoridade legítima, com exceção do flagrante delito.

Em 30 de agosto de 1828, é publicada lei que declara os casos, em que se pode proceder à prisão por crimes, sem culpa formada, cita-se os

⁴⁰ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil. Evolução histórica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 65 e 66.

⁴¹ BRASIL. Constituição, de 25 de março de 1824. In: PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal. Evolução histórica e fontes legislativas**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.89.

que forem indiciados em crimes, em que a lei impõe pena de morte natural, prisão perpétua, ou galés por toda a vida, ou temporariamente. A referida lei, ressalta no art. 2º que mesmo nos casos mencionados, não se procederá a prisão sem ordem escrita do juiz, salvo em flagrante delito.⁴²

Em quatro de maio de 1827, o Deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos apresenta um projeto de Código Criminal Penal, seguido dias após pelo projeto do outro Deputado Clemente Pereira. Em junho de 1828, optou-se por uma comissão bicameral para estudarem os dois projetos. Começou-se, então, uma discussão a respeito da pena de morte e galés. Apesar da supressão da pena capital para os crimes políticos, manteve-se a mesma, bem como a de galés, para os crimes comuns.⁴³

Em 19 de outubro de 1830, o projeto de Código Criminal Penal foi aprovado pela Câmara dos Deputados, e em 26 de novembro foi aprovado pelo senado, e somente em 16 de dezembro daquele ano foi o mesmo promulgado, sendo publicado em 8 de janeiro de 1831.⁴⁴

Se na Europa o fim dos suplícios do corpo tem por marco na Revolução Francesa, “quando houve a transição para o novo regime de mais liberdade e garantias”⁴⁵, no Brasil, esta influência foi evidente na Constituição Imperial de 1824, e com promulgação do Código Criminal Penal de 1830, que

⁴² BRASIL. Constituição, de 25 de março de 1824. In: PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal. Evolução histórica e fontes legislativas**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.356 - 357.

⁴³ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil. Evolução histórica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 67.

⁴⁴ Ibid., p. 68.

⁴⁵ BOCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 93.

revogou as Ordenações Filipinas.

O então novíssimo Código Criminal Penal de 1830 revogou as penas de galés, mas preservou a pena de morte. As penas perpétuas foram reduzidas ao limite de trinta anos. As penas de prisão provisórias eram computadas no tempo das prisões definitivas,⁴⁶ o que corresponde hoje ao instituto da detração.

⁴⁶ BOCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 99.

3 ASPECTOS DOGMÁTICOS DA PRISÃO PREVENTIVA

3.1 Terminologia e o Conceito Dogmático de Prisão

Prisão é outra palavra que merece conceituação prévia. Para TOURINHO FILHO, prisão é “a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir; e, tendo em vista a denominada prisão albergue, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria.”⁴⁷ Já para MIRABETE prisão “é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal.”⁴⁸

Para NORONHA, “a prisão, de que o Código ora cogita, é a privação da liberdade pessoal, por motivo lícito ou por ordem legal”.⁴⁹ No mesmo sentido afirma NOGUEIRA que a “prisão é a supressão da liberdade individual, mediante recolhimento.”⁵⁰

MARQUES leciona primeiramente que a prisão “é pena privativa de liberdade imposta ao delinqüente, cumprida, mediante clausura, em estabelecimento penal para este fim”⁵¹, mas logo faz uma ressalva dizendo que “nem toda prisão é providência penal [...]”. Para MARQUES atualmente o

⁴⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 3 v. p. 375

⁴⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 388.

⁴⁹ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28 ed. São Paulo:Saraiva, 2002. p. 195.

⁵⁰ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 143.

⁵¹ MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. Capinas: Bookseller, 1998. 4 v. p. 38

Direito dispõe da prisão penal, da prisão civil, da prisão cautelar, da prisão administrativa e da prisão compulsória.

Estes conceitos dogmáticos de prisão parecem estar presos e limitados a afirmar que prisão é a privação do direito de ir e vir, como se ali esgotasse todo o conhecimento do objeto de estudo. Esta limitação do conceito de prisão afeta todo o processo penal, e principalmente os institutos que estão contidos no sistema jurídico de encarceramento, como se verá no decorrer da obra.

3.2 Prisão Preventiva *Stricto sensu* como Espécie de Encarceramento

É consequência direta da limitação atual do conceito de prisão o fato da doutrina dogmática radicalizar na separação das várias espécies de encarceramento, ao ponto de não se considerar elementos naturais inerentes aos mesmos.

Aqui vale lembrar as palavras de MARQUES que afirma: *“Muita incerteza e confusão reinam sobre o assunto, visto que ainda não se fez nítida e perfeita separação de cada um desses institutos pertinentes às formas e espécies de prisão.”*⁵²

A dogmática jurídica leciona que existem duas espécies de

⁵² MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 2 ed. Capinas: Millennium, 2001. p. 222.

prisão: a prisão pena – que denominamos pena privativa de liberdade – e a prisão sem pena.

Para TOURINHO FILHO, a pena privativa de liberdade, ou, *ad poenam* ou prisão-sanção, é aquela “decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível, utilizada como meio de repressão aos crimes e contravenções.”⁵³ Tem notórias características de retribuição do mal e inibição, ou, contenção das libidos humanas perniciosas ao próprio convívio social. O mesmo autor rotula como prisão pena a reclusão, a detenção, a prisão simples (Lei de Contravenções Penais), a prisão militar (art. 240 do CCPM), e a prisão especialíssima dos jornalistas⁵⁴.

Para ACOSTA, a pena privativa de liberdade é utilizada como meio de repressão dos crimes e contravenções, apresentando-se em três modalidades: a reclusão, a detenção e a prisão simples.⁵⁵

No mesmo sentido, MARQUES leciona que a:

prisão penal propriamente dita é tão-só a que se impõe, na Justiça penal, como sanção repressiva ao autor de crime ou contravenção. Em sentido amplo porém, é toda providência, que prive alguém de sua liberdade de locomoção, decretada no processo penal.⁵⁶

É bom alertar que a classificação de MARQUES é apenas de

⁵³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 3 v. 376 p.

⁵⁴ Ibid., p. 377.

⁵⁵ ACOSTA, WALTER P. O processo penal. 14^a ed. [S.l.]: Coleção Jurídica da Editora do Autor, 1979. p. 82.

⁵⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2 ed. Capinas: Millennium, 2000. 4v. p. 25 – 26.

cunho pedagógico e orientada pelo que dispõe o tipo penal, mas não está levando em conta que no contexto atual, antes de uma condenação ou do início do processo penal, as contravenções e os crimes cujas penas máxima não ultrapassem 2 (dois) anos, quando praticados de forma isolada, podem ser transacionadas, substituídas ou suspensas, isto porque estão plenamente em vigor os institutos da transação penal e suspensão do processo previstos na Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, bem como os institutos da substituição da pena privativa de liberdade pelas restritiva de direitos ou multa (art. 44) e suspensão da pena (art. 77), ambos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Ademais, quando a pena ou a soma das penas não ultrapassa os 4 (quatro) anos de privação de liberdade também é aplicável à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito ou multa, ou a suspensão da pena.

É evidente que a classificação das espécies de prisão pena se baseia no que dispõe o tipo penal – não importando se ao final ela será transacionada ou substituída, ou mesmo suspensa – bem como no regime de cumprimento e também no local onde a mesma é cumprida, portanto, faltou inserir a prisão domiciliar, que dentre aquelas é a mais branda.

Ainda segundo TOURINHO FILHO a *prisão sem pena* é “uma execução cautelar de natureza pessoal (em oposição à coerção processual de natureza real – como as buscas e apreensões, seqüestros, arrestos etc.) e que se justifica como medida imprescindível para assegurar o império da lei

penal.”⁵⁷ O mesmo autor apresenta cinco modalidades de prisão sem pena: a prisão *stricto sensu*, prisão em flagrante, prisão temporária e as prisões resultantes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível.⁵⁸

Esta classificação por outro lado está baseada no momento processual em que ocorrem: a) a prisão em flagrante é aquela que ocorre durante o *inter criminis* ou logo após a consumação do crime; b) a prisão *stricto sensu* temporária ocorre durante as investigações do crime (leia-se durante o inquérito); c) a prisão preventiva *stricto sensu* ocorre após a ação penal; d) a prisões resultantes de pronúncia ocorre após a pronúncia em casos de crimes dolosos contra a vida; e e) a prisão decorrente da sentença condenatória recorrível ocorre após a sentença, desde que a apelação não tenha efeito suspensivo.

Parece ser oportuno ressaltar que existem vários locais e diversos regimes de cumprimento das prisões cautelares, previstos em outros tantos diplomas legais. Para demonstrar esta diversidade legislativa, MAIA NETO relaciona: a) a prisão especial para diretores de prisão e comandantes militares prevista no Decreto-Lei n. 38.016 de 05 outubro 1955; b) a prisão especial prevista no art. 295, caput e incisos, do Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) de ministros de Estado, governadores ou interventores de Estados, ou Territórios, do prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, dos prefeitos municipais, dos

⁵⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 3 v. 385.

⁵⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 3 v. 386.

vereadores, dos chefes de Polícia, dos membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados; dos cidadão inscritos no livro de Mérito; dos oficiais das Armada, oficiais do Corpo de Bombeiros e dos magistrados; c) a prisão especial prevista no art. 33, incisos III, VII, VIII, IX, X, XI, da Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN), para o magistrado, os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; os ministros de confissão religiosa; os ministros do Tribunal de Contas; os cidadãos que já tiveram exercido efetivamente a função de jurados, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função, os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados Territórios, ativos e inativos; d) as prisões especiais dispostas no Decreto-Lei n. 1.022, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar); e) as prisões especiais para crimes contra a segurança nacional disposta na Lei. N. 6.620, de 17 de dezembro de 1978; f) a prisão especial para estrangeiros disposta na Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980; g) a prisão especial dos membros do Ministério Público disposta na Lei Federal n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993; h) a prisão especial do agente de segurança privada, disposta na Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983; i) a prisão especial dos advogados, disposta na Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB); j) a prisão especial de jornalista, da lei n. 5.256, de 06 de abril de 1867; e l) a prisão especial para os dirigentes de entidade sindicais e para o empregado no exercício de representação profissional ou no cargo de administração sindical, da Lei n. 2.860, de 31 de agosto de 1965.⁵⁹

⁵⁹ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos do preso: lei de execução penal, lei n. 7.210/84**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 141 à 146.

A prisão preventiva disposta nos arts. 311 à 316 do CPP, objeto que interessa para o presente estudo, aqui será referida como **prisão preventiva *stricto sensu***, uma vez que todas as demais *prisões sem pena* tem caráter preventivo. Quanto a prisão definitiva, de caráter penal, adotar-se-á a terminologia: **pena privativa de liberdade**, tendo em vista que os documentos de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário utiliza de tal terminologia. Ambos os conceitos pertencem ao tronco comum a que se denomina **encarceramento**. A prisão preventiva *stricto sensu*, bem como a pena privativa de liberdade são espécies de **encarceramento**.

Todos os encarceramentos preventivos, inclusive a prisão preventiva *stricto sensu*, vêm atrelados a um discurso de que são *males necessários*. Isto porque não se ignoram os diversos problemas oriundos de sua existência antes da declaração definitiva da culpa do acusado.

É fato que existem algumas diferenças entre o conceito de prisão preventiva e pena privativa de liberdade, no entanto, não há uma total e radical separação, conforme será devidamente explicado no decorrer da presente dissertação.

3.3 Crítica ao Discurso Secular do Estado

Todas estas tentativas dos autores de separar a definição de

encarceramento preventivo do conceito de encarceramento definitivo também passa pelo discurso estatal a respeito da punição. É importante considerar que tudo se explica a partir da origem da prisão enquanto função e da pena enquanto tal. Parte-se do princípio de que a prisão foi a primeira, e que posteriormente ocorreu a transformação, ou transmutação de prisão para pena privativa de liberdade. Um grande engano. Segundo FOUCAULT é claro que a prisão não foi primeiro uma privação de liberdade que historicamente se tenha dado (em seguida) uma função técnica de correção, mas “ela foi desde o início uma ‘detenção legal’ encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação legal.”⁶⁰ É por esse motivo que se constata grandes pontos em comum entre a pena privativa de liberdade e a prisão preventiva *stricto sensu*.

Em termos gerais o fato é que o Estado vem se utilizando de discursos para garantir o eterno direito de punir. O discurso visa garantir até as últimas conseqüências a legitimidade estatal para impor uma vingança pública sobre o condenado. Assim, o discurso do Estado sempre buscou defender o princípio preventivo (funcionalista) com nuances do princípio retributivo. A maior ou menor intensidade do princípio retributivo se deu conforme a época, a cultura do povo e a forma de governo.

Para ZAFFARONI, esses “discursos legitimantes do poder punitivo” devem ser evitados por razões que para ele são básicas:

⁶⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 23 ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p.196.

a) Primeiro porque ainda que não estejam em sua forma pura conservam-se vigentes em construções ecléticas. Não existindo formas novas de discursos legitimantes do poder punitivo, mas novas combinações dos discursos tradicionais;

b) segundo porque destas aglutinações de discursos resulta uma disparidade, construções diversas e incompatíveis entre si, o que resulta uma crise permanente no discurso;⁶¹

c) terceiro porque é possível “racionalizar” qualquer decisão, adotando o discurso mais adequado ao caso.⁶²

Para BITENCOURT as teorias podem ser divididas em três: teorias retributivas, teorias relativas e teorias unificadoras ou ecléticas.⁶³ Desde o início o Estado tanto se apegou ao discurso preventivo quanto ao retributivo. Os discursos jamais se deram separados ou sucederam-se de forma que uma teoria suplantasse a outra. Mas sempre estiveram presentes e atuantes, pois de forma dialética foram se aperfeiçoando, como o carrasco que após muitas execuções torna-se cada vez mais letal.

⁶¹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 114.

⁶² Ibid., p. 114.

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. volume 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 66.

3.3.1 O discurso retributivo do estado absolutista

O Estado Absoluto nasce, no início da Idade Moderna, da dissolução da sociedade medieval que era eminentemente pluralista (originário de diferentes fontes de produção jurídica, o costume, o legislativo, o científico, a jurisprudencial). Esta pluralidade dos ordenamentos jurídicos da sociedade medieval era oriunda da descentralização do poder que tanto estava nas mãos do Império e Igreja, como nas mãos dos senhores feudais.⁶⁴

Portanto as grandes monarquias nasceram do processo de unificação do poder, que pode ser dividido em: I - unificação de todas as fontes de produção jurídica na lei, como expressão da vontade do soberano; II - unificação de todos os ordenamentos jurídicos superiores e inferiores ao Estado no ordenamento jurídico estatal; Sendo que esta última se desenvolveu nas seguintes direções: a) na luta contra a supremacia da igreja universal, com o intuito de formar a igreja nacional (religião oficial); b) na luta contra o império universal para formação do Estado Nacional; c) na absorção dos poderes inferiores (luta contra os senhores feudais).⁶⁵

O maquiavelismo, como luta para a formação do Estado sem limites jurídicos, religiosos e morais (além do bem e do mal) se consolida como a posição teórica mais audaciosa sobre o absolutismo do poder estatal.⁶⁶

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução: Alfredo Fait. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, c1969. p. 11-12

⁶⁵ Ibid., p. 12

⁶⁶ Ibid., p. 12 - 13

No mesmo sentido BITERN COURT leciona que as características mais significativas do Estado Absoluto era a identidade entre o Soberano e o Estado, a unidade entre moral e direito, *entre Estado e a religião*,⁶⁷ onde esta última era a nacional (ou oficial) imposta pelo Soberano.⁶⁸ **Mesmo porque, a gênese do Estado absoluto era a luta contra a igreja universal.**

Afirmava-se que o poder era concedido por Deus diretamente ao Soberano. Portanto, neste período, a punição era conceituada como *um mal pelo qual o condenado expiava o pecado*. Deve-se ressaltar que até então vigorava as punições cruéis e infamantes.

Vale lembrar que o descobrimento do Brasil se deu neste período da história, no ano de 1500, no reinado de D. Manoel I (de Portugal), que ficou no trono até 1521, quando assumiu D. João III, que reinou até 1557. Neste período foi instituídas as capitânicas hereditárias, em numero de quinze, bem como a inquisição.

Como leciona MAIA NETO, o descobrimento do Brasil esta entre os períodos em que a inquisição atuou com mais força, cita-se os séculos XVI e XVII (anos de 1500 a 1700). Acrescenta mais que, no período da inquisição havia grande preocupação com a construção dos cárceres, sempre nas proximidades do local da realização das audiências e do local onde moravam os inquisidores.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial, volume 2.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 67.

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial, volume 2.** 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 67.

Ainda segundo MAIA NETO, “os estabelecimentos penais eram destinados essencialmente para a prática de torturas, ou seja, fazer confessar os acusados, um lugar apenas para guarda e custódia dos processados até julgamento final”.⁶⁹

Parece evidente que o encarceramento cautelar não apenas buscava a guarda do preso de modo a acautelar uma possível fuga, mas também a expiação do pecado, a retribuição, tanto é verdade que havia uma separação dos condenados em razão da espécie de delito: “os locais mais iluminados eram destinados aos delitos leves, e os mais rigorosos crimes, as celas incômodas.”⁷⁰

Também, para corroborar com a afirmação verifica-se que havia uma classificação dos calabouços: “Classificavam-se em Calabouço do Tormento, prisão subterrânea onde réus eram torturados e não podiam ser ouvidos; Cárcere Secreto, em que não se permitia comunicação do preso; e Cárcere Comum para aqueles que usufruíam de privilégios.”⁷¹

Em suma o discurso absolutista vem do antigüíssimo *princípio do talião*, que vigorou na Idade Antiga utilizando aspectos mitológicos, bem como na Idade Média através de fundamentos racionais religiosos. Nestas épocas estas teorias louvam-se da idéia de que a justiça no mundo como mandamento

⁶⁹ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Inquisição e justiça penal contemporânea. tribunais do santo ofício e as heranças da repressão. estado democrático versus regime ditatorial.** Prática Jurídica. Brasília, Ano III, n. 32, p. 16 – 26, 30 de novembro de 2004.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

de Deus, legitima o soberano a aplicar a pena como retribuição do mal, com fim de expiar o pecado.⁷² Havia uma acentuada preocupação com a retribuição, mas sem se deixar de lado que a expiação do pecado era uma espécie de prevenção especial positiva, re-socialização do indivíduo, que após confessar os delitos e sofrer os martírios que lhe era infringido poderia ter lugar no céu. O corpo poderia se perder durante o processo, mas a alma estaria salva.

3.3.2 O discurso retributivo do estado liberal

Surgem os “constitucionalistas”, que inspiram a Revolução Inglesas do século XVII, e a Revolução Francesa do Século XVIII. A idéia principal dos “constitucionalistas” era que se o príncipe tem um poder absoluto, pode abusar dele. Portanto, a preocupação primeira residia em como impedir este abuso de poder. A solução apresentada consistia na limitação do poder do príncipe.⁷³

É neste período que Thomas Hobbes (1588—1679) publica (em 1642) o seu livro *De Cive*, a princípio para satisfazer a curiosidade de seus amigos.⁷⁴ Neste livro HOBBS eleva a questão da pena a sexta lei natural dizendo: “O sexto preceito da lei natural é que na vingança ou na punição é preciso olhar não ao mal do passado e sim ao bem do futuro”. Portanto, é

⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 92.

⁷³ BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução: Alfredo Fait. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, c1969. p. 15

⁷⁴ HOBBS, Thomas. **De Cive. Elementos filosóficos a respeito do cidadão**. Tradução: Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 21.

errado dizer que este autor tinha uma visão restrita da punição, pois, para ele a pena não poderia ser apenas retributiva, mas pelo contrário entendia que “não é lícito infligir uma pena por nenhum outro fim que seja a correção do próprio infrator, ou a melhora dos outros, alertados pelo exemplo do castigo.”⁷⁵ Constata-se facilmente que é errado afirmar que no Estado Absoluto a idéia estava centrada apenas no aspecto retributivo da punição, mas como se vê, uma das maiores vozes do Absolutismo tem declarada a idéia de prevenção, corroborando com a tese de que um discurso não suplantou o outro, mas se aperfeiçoaram de forma dialética durante vários séculos.

John Locke em 1690 publica seu livro *Segundo Tratado Sobre o Governo*, onde separa o conceito de *estado de natureza* do conceito de *estado de guerra*, afirmando que neste último prepondera “[...] um estado de inimizade, malícia, violência e destruição recíproca.”⁷⁶ Portanto, neste estado de guerra qualquer um possui o direito de “aniquilar a outra parte sempre que puder”.⁷⁷ No entanto, em comunidade o cidadão em primeiro lugar abandona o poder de “fazer aquilo que julgar oportuno para a própria preservação [...], até o ponto em que o exija sua própria preservação e dos outros. [...]. Em segundo lugar, abdica por completo do poder de punir e compromete a força física que tem [...] para auxiliar o poder executivo da sociedade, de acordo com suas exigências.”⁷⁸ Portanto, mesmo que seu discurso do contrato social seja considerado individualista, com relação a punição e segurança pública este

⁷⁵ HOBBS, Thomas. **De Cive. Elementos filosóficos a respeito do cidadão**. Tradução: Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 74.

⁷⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução: Alex Mrins. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 32.

⁷⁷ Ibid., p. 33.

⁷⁸ Ibid., p. 94.

autor é tão ou mais defensor do coletivo e da defesa social, que os autores atuais.

Com o mercantilismo e ascensão da burguesia, o Estado absoluto enfraquece e dá espaço ao Estado Burguês,⁷⁹ fundado na *Teoria do Contrato Social* de Jean-Jaques Rosseau, e da divisão dos poderes como freio e contrapeso de Montesquieu.

O Estado Liberal Burguês afasta a idéia de que o poder emana de Deus e do Soberano seu representante, bem como afasta a idéia da identidade entre Estado e Religião.

Sob o enfoque de um Estado Liberal, a punição não poderia mais ser a *expição do pecado*, pois os delitos deixam de ser uma ofensa às leis divinas, para constituírem uma ofensa ao pacto social, portanto, a pena deveria ter outra finalidade. O cárcere nesta fase passa a ser a retribuição à perturbação da ordem jurídica, adotada pelos homens e consagrada pelas leis.

A partir do século XVIII com o movimento de humanização das penas ocorreu uma maciça substituição das penas cruéis pelo encarceramento, porque o cárcere tanto é utilizado para prevenir quanto para retribuir. Segundo FOUCAULT a pena privativa de liberdade se instituiu fora do aparelho judiciário:

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial, volume 2**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 68.

[...] quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixa-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de força [...], mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza.”⁸⁰

O cárcere é apresentado como meio adequado para retribuir a perturbação da ordem pública. O princípio da pena e da prisão cautelar passa a ser a proteção da ordem pública, da ordem jurídica como um todo. Tanto a pena privativa de liberdade como as prisões preventivas visam garantir esta ordem jurídica, retribuindo um mal, pelo mal da privação da liberdade. Por *ordem pública* compreende-se, a paz social, a tranqüilidade pública, a ausência de conflitos, a harmonia social, portanto, a garantia desta ordem pública é manter no cárcere quem ameaça quebra-la, seja através de um encarceramento definitivo, seja através de um encarceramento provisório.

Deve-se compreender que o momento que uma ou outra medida é adotada não retira o fato de que ambas visam retribuir o “mal da perturbação da ordem”. A partir deste momento histórico este discurso de manutenção de ordem pública se mantém até os dias atuais. Este discurso, mesmo que não pareça continua fomentando uma instrumentalidade do homem, sendo que este último passa a ser tratado como alvo dos desejos humanos.

Na Idade Moderna, as teorias absolutas passam a fundar-se nas formulações idealistas do alemão Immanuel Kant, período em que a preventividade entra em conflito com a retributividade.

⁸⁰ FOUCAUT, Michel. **Vigiar e punir. nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 23 ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 195.

Segundo KANT, a pena jurídica, *poena forensis*: “não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade; mas deve ser contra o culpado pela simples razão de haver delinqüido”⁸¹. O direito de castigar não encontra suas bases em razões de utilidade social, pois, não seria eticamente permitido, portanto, a pena somente pode ser aplicada porque houve uma infração à lei. O réu deve ser castigado pela única razão de ter delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da punição.⁸² Esta visão kantiana de retribuição deve ser entendida como meio de se garantir externamente a eticidade⁸³. Ou seja, não seria eticamente permitido utilizar o homem como instrumento para qualquer finalidade.

Neste momento histórico existe um afastamento entre o conceito de prisão preventiva e de pena privativa de liberdade, pois, KANT não aceita uma retribuição com finalidades, e se é assim, nos dias de hoje sua doutrina de garantia da eticidade é contrária a própria existência da prisão preventiva *stricto sensu*, tendo em vista que esta possui como condição de existência a própria prevenção. E como se verá nos capítulos seguinte a doutrina da prevenção vêm fazendo do homem um instrumento.

⁸¹ KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos de la doutrina del derecho**, México 1983, apud, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial, volume 2**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71.

⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial, volume 2**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71 e 72.

⁸³ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 115.

3.3.3 O discurso preventivo do Estado Moderno.

No Estado Moderno, o cárcere, passa a ser efetivado como instrumento de uma política criminal. Podem-se apontar duas metas desta política Estatal: a) a prevenção geral; e b) a prevenção específica.

Segundo ZAFFARONI esta política forma “dois grandes modelos legitimantes do poder punitivo”:

a) “o que pretende que o valor positivo da criminalização *atue sobre os que não delinqüiram*, das chamadas *teorias da prevenção geral*, as quais se subdividem em *negativas* (dissuasórias) e *positivas* (reforçadoras);”

b) “o que afirma que o referido valor *atua sobre os que delinqüiram* das chamadas *teoria da prevenção especial*, as quais se subdividem em *negativas* (neutralizantes) e *positivas* (ideologias **re:** reproduzem um valor positivo na pessoa).”⁸⁴

Diz-se que o cárcere possui finalidade de **prevenção geral** quando “destina-se a atuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da aplicação judicial das penas e da efetividade

⁸⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 115.

da sua execução”⁸⁵.

Para ZAFFARONI as teorias da prevenção geral podem ser subdivididas em:

- a) Teoria preventiva geral negativa; e
- b) Teoria preventiva geral positiva.⁸⁶

Nesta teoria de **prevenção geral negativa**, “a criminalização assumiria uma função utilitária, livre de toda consideração ética e, por conseguinte, sua medida deveria ser a necessária para intimidar aqueles que possam sentir a tentação de cometer delitos, embora tenta a doutrina imposto limites mais ou menos arbitrários a tal medida.”⁸⁷

Apesar de estar bem delimitada a finalidade da punição em HOBBS como prevenção geral e específica positiva, segundo DIAS uma das primeiras formulações doutrinária no campo da prevenção geral se deve a Paul Johann Anselm v. Feuerbach, denominada de *coação psicológica*. Tal doutrina diz que a finalidade do cárcere seria a de criar no espírito daqueles que tinham propensão ao delito, um *contra-motivo* forte, suficiente para afastá-los da

⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 99.

⁸⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 115 e 116.

⁸⁷ Ibid., p. 117

prática do crime.⁸⁸

Estas idéias de prevenção geral surgiram na transição do Estado Absoluto ao Estado Liberal. Os mesmos princípios, com os quais se combateu o absolutismo, ou seja, de Direito Natural ou de estrito laicismo: livre-arbítrio ou medo. Em ambos substitui-se o poder corporal pelo poder psíquico.⁸⁹

Em se tratando de encarceramento preventivo, o discurso é de que a sociedade sabe que ninguém está isento de ser preso preventivamente, em razão da perturbação da ordem, conveniência da instrução criminal, e garantia da aplicação da lei. A prisão preventiva *stricto sensu* em sua essência deve prevenir o delito através de uma coação psicológica exercida sobre a sociedade, onde o Estado ameaça agir previamente antes que outros delitos ocorram.

A crítica de DIAS ressalta não ser possível determinar empiricamente o *quantum* de encarceramento é necessário para alcançar a prevenção geral, portanto, por *falta de efetividade*, há uma tendência de se aplicarem punições cada vez mais severas e desumanas, ao ponto de constituir um *direito penal do terror*.⁹⁰ Mas na realidade, não é o quantum mas a certeza de que irá ser aplicado a medida que gera a coação. A certeza da aplicação da medida, mesmo que por algumas horas faz com que exista uma reflexão e

⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 99.

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial, volume 2**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77.

⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 101.

retração da delinquência.

De outro lado, este discurso de falta de efetividade do cárcere preventivo é pernicioso, pois, faz com que exista uma tensão de ampliação e prorrogação dos prazos de prisão, de criação de regimes mais rigorosos para presos provisórios, como o Regime Disciplinar Diferenciado, instituído pela Lei 10.792/2003, que alterou a Lei n. 7.210/84. Isto tudo não apenas para produzir um contra-motivo forte para afastar as pessoas das condutas de obstrução ao devido processo legal, mas muito mais para produzir um sentimento social positivo de paz e ordem, que muitas vezes é ilusório.

Tal situação corriqueira somente reafirma que a preventividade é aparente, tendo em vista a falta de prova de sua efetividade. É neste sentido que ZAFFARONI leciona:

No plano político e teórico essa teoria permite legitimar a imposição de penas sempre mais graves, porque não se consegue nunca a dissuasão total, como demonstra a circunstância de que os crimes continuam sendo praticados.⁹¹

Neste sentido também é o pensamento de REALE JUNIOR, afirmando que “o elevado número dos que reincidem após permanecerem pouco ou muito tempo, aprisionados, indica que o mal sofrido e a ameaça de novo gravame não operam a necessária intimidação”.⁹²

⁹¹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 119.

⁹² REALE JUNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 72.

Ademais, neste ponto que trata da eficiência da teoria da prevenção geral negativa, existem divergências: DIAS argumenta que nada vale dizer “que os índices da criminalidade por toda parte crescente” mostrando “a inefetividade de se apontar à maioria (a uma esmagadora maioria!) da população”; Ressalta também que o argumento só poderia fazer prova contra a efetividade da pena e não contra a finalidade que lhe é assinalada.⁹³ ZAFFARONI, por sua vez, diz que “a imensa maioria evitam as condutas aberrantes e lesivas por uma enorme e diversificada quantidade de motivações éticas, jurídicas e afetivas que nada têm a ver com o temor à criminalização secundária.”⁹⁴

BITENCOURT tratou de fazer uma crítica a prevenção geral negativa, apesar de não fazer uma expressa distinção entre prevenção geral negativa e positiva. Este autor apontou outros problemas de ordens empíricas para se aceitar a validade desta teoria:

a) Primeiro o *conhecimento da norma jurídica por seu destinatário*: Ao contrario do que afirma o princípio a *ignorantia legis no excusat* (não há excusas por ignorância da lei), a prevenção geral necessita de que todos conheçam a lei com sua sanção, bem como tomem conhecimento das execuções penais. Pois do contrario, se não há infração legal, ou, se todos agem conforme o Direito, em total desconhecimento dos dois fatores mencionados (cominação e execução da pena) a afirmação de que existe uma

⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 101.

⁹⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 118.

prevenção geral é falsa.⁹⁵

b) Segundo a *motivação do destinatário das normas*: parte da idéia de que existe um *homo economicus*, que procura avaliar vantagens e desvantagens para pratica de um determinado delito, portanto, a norma sancionadora produz nele um motivo suficiente para não praticar um determinado delito. No entanto, tal homem não existe⁹⁶, pois o delito é praticado muitas vezes por paixões, emoções, que são opostos ao sentido racional pregado pela prevenção geral.

c) Terceiro a *idoneidade dos meios preventivos*:⁹⁷ Esta idoneidade dos meios preventivos é a mesma crítica já lançado por DIAS, pelo fato de que é impossível determinar a quantidade de pena para se obter a prevenção geral.

Esta teoria da prevenção geral, prega a utilização de pessoas como instrumentos empregados pelo Estado, para seu único fim.⁹⁸

A **prevenção geral positiva** tem por base uma filosofia da *alteridade*, da comunicação entre o poder público e a sociedade.

A prevenção geral positiva é concebida como forma pelo qual o

⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial, volume 2**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial, volume 2**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

⁹⁷ Ibid., p. 79.

⁹⁸ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 120

Estado mantêm e reforça “a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal”⁹⁹.

Em harmonia com a teoria o Estado amplia as medidas preventivas, para que toda vez que se prende preventivamente se reforce a validade do sistema penal.

ZAFFARONI ao criticar o discurso da prevenção geral positiva – que para ele é legitimante do poder punitivo – argumenta que a comunicação seria um símbolo que se utilizaria para manter a confiança no sistema penal. Os delitos somente seriam punidos se chegassem a ser conhecidos e, desse modo, as agências judiciais somente puniriam “por obras delituosas toscas”. Neste caso, salienta que a medida da pena seria a necessária para “renormatizar” o sistema penal, completamente dissociada da culpabilidade ou do conteúdo do injusto.¹⁰⁰

No tocante a prisão preventiva *stricto sensu* a crítica é a mesma. Se a prisão possui função de garantir a validade do sistema, é possível racionalizar que quanto mais prisão, mais validade. Neste caso a prisão seria a *prima ratio* e não *ultima ratio*, repelindo assim todos os princípios humanitários.

Segundo SANCHEZ, se a punição pode encontrar-se sob críticas,

⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 99.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 123.

ainda sim a linguagem, o vestuário, o cenário, a sacralização do Direito Penal, constituem um importante fator de prevenção.¹⁰¹

3.3.3 A prevenção especial

A **prevenção especial**, como finalidade do cárcere dirige-se apenas ao delinqüente em particular. Neste discurso o cárcere tem a finalidade de evitar a reincidência do delinqüente. Para DIAS a prevenção especial como doutrina vigorou na 2^o metade do séc. XIX, por força da *escola correcionalista* (Península Ibérica).¹⁰² Para LUISI, o cárcere era desprovida de finalidade e hoje se apresenta em um quadro de polifuncionalidade.¹⁰³ Mas como já foi dito, isto não é fato verdadeiro, pois este quadro polifuncional existe desde a origem do encarceramento, pois é certo que o cárcere sempre foi “uma empresa de modificação legal.”¹⁰⁴

Esta idéia de que a prevenção deveria visar o delinqüente em particular e não mais a sociedade, acentuou-se quando da crise do Estado Liberal, uma vez que o binômio pena-Estado foi afetado pelo desenvolvimento industrial e científico, pelo crescimento demográfico, pela migração massiva do

¹⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 72

¹⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 104.

¹⁰³ LUISI, Luiz. **Princípios constitucionais penais**. 2 ed. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 185.

¹⁰⁴ FOUCAUT, Michel. **Vigiar e punir. nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 23 ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p.196.

campo às grandes cidades, dando lugar ao modo de produção capitalista.¹⁰⁵ A crise da era industrial, a exploração e miséria mudaram o enfoque que o Estado dava ao cárcere. O cárcere não mais poderia ser entendido como restaurador da ordem jurídica, ou intimidação geral dos possíveis delinqüentes. Neste discurso o delinqüente passa a ser considerado um anormal que põe em risco a sociedade (nova ordem). É a passagem de um Estado guardião a um Estado intervencionista.¹⁰⁶

A prevenção especial busca fazer com que aquele que já delinqüiu não volte a transgredir as normas jurídico-penais.¹⁰⁷

Fala-se em **prevenção especial negativa** ou de *inocuição*, quando a pena tem por finalidade de intimidar o delinqüente até o ponto em que ele não repita a conduta delituosa, ou, alcançar um efeito de pura defesa social, através da segregação do delinqüente, neutralizando sua periculosidade. Em **prevenção especial positiva** ou de *socialização* quando a pena tem por finalidade o tratamento das tendências individuais do criminoso que o conduzem ao crime, procurando sua *inserção social*.¹⁰⁸

Tanto no discurso da prevenção negativa, como da positiva, “o importante é o *corpo social*”. Considera-se a sociedade como se fosse um organismo vivo, onde as pessoas não passam de meras células que, quando

¹⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial, volume 2**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80.

¹⁰⁶ Ibid., p. 81.

¹⁰⁷ Ibid., p. 81.

¹⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 103.

defeituosas ou incorrigíveis, devem ser eliminadas.¹⁰⁹

A prisão preventiva *stricto sensu* quando influenciada por um princípio absoluto de segurança pública, passa a ser um instrumento da defesa do corpo social, e o *indubio pro reo* passa a *in dubio pro societate*. E nestes casos a prisão preventiva *stricto sensu* passa a segregar o delinqüente para evitar a reincidência.

Segundo ZAFFARONI no plano teórico a prevenção especial positiva, adota um discurso de que a pena é “*um bem para quem a sofre, de caráter moral ou psicológico*”. E se é assim, a pena não possui outro limite senão aquele necessário a efetivar a “ideologia **re**” (ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação).¹¹⁰

A teoria da prevenção especial positiva tenta efetivar a reeducação não através da coação, mas pelo sofrimento infringido no cárcere, e neste ponto a teoria falha.

Falha porque o que fundamenta a teoria da reeducação é a figura do **caráter humano**, e como afirma SÁNCHEZ VÁZQUEZ ele não é apenas modificável, mas também adquirido e dinâmico. Fazem parte do caráter humano os “traços da sua constituição orgânica (estrutura emocional, sistema

¹⁰⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 128.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 126 e 127.

nervoso etc.); contudo, o caráter se forma, sobretudo, sob a influência do meio social e no decorrer da participação do indivíduo na vida social”.¹¹¹ Neste sentido, a privação da liberdade não pode ser o meio adequado ao fim da reeducação ou ressocialização, mas ao contrário, retira qualquer possibilidade de se obter tal finalidade, pois não permite que se tenham relações sociais adequadas.

É como diz REALE JUNIOR “a pretensão, de transformar a pena em oportunidade para promover a reintegração social do condenado, esbarra em dificuldades inerentes ao próprio encarceramento”.¹¹²

Em apertada síntese, o importante foi a verificação de que o discurso sempre buscou defender a pretensão de punir do Estado a princípio com uma prevenção geral tosca, em que a retribuição somente ocorria para legitimar os detentores do poder e manter o Estado próximo a Igreja. Com a separação do Estado da Igreja, verificou-se uma acentuada preocupação com o princípio da segurança pública, pois o crime passa a ser a quebra do contrato social. Não existe grande alteração, pois, a retribuição e a prevenção são discursos para manutenção da ordem das coisas, e do próprio Estado Liberal. Com a divulgação das idéias republicanas e constitucionalistas, operam-se as revoluções, mas o foco permanece centrado no princípio da segurança pública. A prevenção ganha força com o aumento da imprensa escrita e falada. A mídia, atua como maior difusor da idéia da segurança pública.

¹¹¹ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. **Ética**. Tradução de João Dell’Anna. 27 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 211 à 213.

¹¹² REALE JUNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983 p.72.

O conceito de cárcere atual não é apenas retribuição, mas se enquadra na prevenção geral e específica. E mesmo que seja atribuída uma nobre finalidade, o cárcere sempre trará em seu conceito, de forma expressa ou implícita, a característica de causar sofrimento humano, de legitimar o poder punitivo do Estado em detrimento dos princípios éticos humanitários.

II - Parte

4 UMA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO CRÍTICO DE PRISÃO PREVENTIVA

4.1 Pontos em Comum da Pena Privativa de Liberdade e da Prisão Preventiva *Stricto sensu*.

O problema central da dissertação é um problema de filosofia que fundamenta o atual sistema. É um problema mais especificamente com o conceito do referido objeto de estudo. De regra a *ontologia*, ou seja, a análise mais rigorosa do objeto de estudo deverá guiar o trabalho a uma conclusão mais crítica.

Segundo CHAUI, a palavra ontologia é composta por *onto* e *logia*. *Onto*, deriva dos substantivos gregos, *ta onta* – que significa os bens e as coisas realmente possuídas por alguém – e *ta eonta* – que significa as coisas realmente existentes. Por sua vez os substantivos *ta onta* e *ta eonta* derivam do verbo *ser*, que, em grego se diz *einai*. O particípio presente desse verbo se diz *on* (sendo, ente) e *ontos* (sendo, entes). Portanto, ontologia “*significa: estudo ou conhecimento do Ser, dos entes ou das coisas tais como são em si mesmas, real e verdadeiramente.*”¹¹³

¹¹³ CHAUI, Madilena. **Convite à filosofia**. 12 ed. São Paulo: Ática, 2002. p.209 à 210.

CHAUI complementa que, as palavras *onta* e *eonta* (as coisas) e *on* (ente) levaram um substantivo: *to on*, que significa o *Ser*. “O ser é o que é realmente e se opõe ao que parece ser, à aparência.”¹¹⁴

Esta parte do trabalho tem por base uma análise do objeto (prisão), através da teoria dos objetos e por consequência da teoria dos valores (ontologia). A teoria crítica como técnica nos proporciona o discurso de fundamental importância. O método fenomenológico orientará os estudos através da sua fase descritiva e de redução eidética.

Os objetos em questão a serem estudados é a prisão preventiva *stricto sensu* e a pena privativa de liberdade. Tentaremos descobrir qual a essência destas medidas, ou seja, quais os elementos que dão o toque fundamental daquilo que denominam prisão preventiva *stricto sensu* e daquilo que denominam pena privativa de liberdade.

Neste ponto passemos a considerar a realidade *ôntica* da prisão preventiva *stricto sensu* e da pena privativa de liberdade.

A prisão preventiva *stricto sensu* é uma cautelar, portanto, possui certas características inerentes a todas as cautelares.

As características das cautelares citadas por JARDIM são a: *acessoriedade, preventividade, instrumentalidade e provisoriedade*.¹¹⁵

¹¹⁴ CHAUI, Madilena. **Convite à filosofia**. 12 ed. São Paulo: Ática, 2002. p. 210.

¹¹⁵ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 270.

RANGEL acrescenta a *judicialidade* e a *homogeneidade*.¹¹⁶

Entre a pena privativa de liberdade e a prisão preventiva *stricto sensu* enumeram-se quatro características em comum, que são: *a legalidade, a judicialidade, a preventividade, a retributividade, e a instrumentalidade*.

A legalidade: Tanto a pena privativa de liberdade quanto a prisão preventiva *stricto sensu* não podem existir sem lei anterior que as defina, conforme dispõe o art. 5º, inc. XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, art. 1º do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

A judicialidade: A pena privativa de liberdade e a prisão preventiva *stricto sensu* não podem ser decretadas senão por autoridade judicial, conforme dispõe o art. 5º, incs. LIV e LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A preventividade: Comumente, a *prisão privativa de liberdade* quanto a prisão preventiva *stricto sensu* recebem da doutrina a finalidade de prevenir o delito. O Estado utiliza do discurso preventivo do cárcere para atingir ora o encarcerado ora a população em geral, como já foi constatado em capítulos anteriores. A própria expressão que é utilizada no discurso muitas vezes é um meio de camuflar o princípio informador, ou seja, as palavras “garantia”, “conveniência”, “prevenção geral ou especial”, todas estas expressões emanam do princípio da segurança pública que será melhor

¹¹⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p.266.

trabalhado nos capítulos seguintes.

A retributividade é elemento a todas as espécies de encarceramentos, inclusive da pena privativa de liberdade e da prisão preventiva *stricto sensu*. É uma característica natural dos fenômenos estudados. O cárcere é uma realidade física, essencial aos dois conceitos. O cárcere submete o corpo aos males mais diversos, bem como submete a mente aos traumas dos quais trata a ciência da psicologia.

Não há como pensar na prisão ou na pena privativa de liberdade sem o cárcere, portanto, é um elemento essencial sem o qual ambos os conceitos não existiriam. A retributividade será melhor tratada nos capítulos seguintes.

A instrumentalidade: A instrumentalidade da prisão preventiva está intimamente relacionada com os fundamentos das cautelares. Diz-se que é instrumental a prisão preventiva *stricto sensu* porque ela é um meio, um veículo para determinado escopo. A prisão preventiva *stricto sensu* visa a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal.

Facilmente se verifica que a pena privativa de liberdade também garante a ordem pública e econômica, possuindo certa instrumentalidade, pois, não são totalmente distintos os conceitos de pena privativa de liberdade e prisão preventiva *stricto sensu*.

Entretanto, não se pode negar que a pena privativa de liberdade não é decretada em razão da conveniência da instrução criminal, nem para garantia de sua aplicação, como o é para a prisão preventiva *stricto sensu*.

Todavia, a instrumentalidade e a acessoriedade não exclui a natureza penal do instituto da prisão preventiva *stricto sensu*, pois, sempre implicará em certa antecipação da medida punitiva, mesmo que de caráter provisório e preventivo.

Existem outros elementos que devem ser revistos, apesar de alguns doutrinadores declararem que são verdadeiros divisores de águas entre os institutos da pena privativa de liberdade e da prisão preventiva *stricto sensu*, cita-se a característica da provisoriedade.

As únicas diferenças entre os conceitos são a **acessoriedade e provisoriedade**, características da prisão preventiva *stricto sensu*.

A acessoriedade: A existência da prisão preventiva *stricto sensu* sempre depende de um procedimento próprio, que por sua vez depende da existência do processo principal. O processo principal não depende da existência da prisão preventiva *stricto sensu*, mas o inverso não é verdadeiro.

A provisoriedade como característica da prisão preventiva *stricto sensu* se refere ao fato de que tal medida pode ser revista e revogada a

qualquer momento, se extinguindo com o trânsito em julgado da sentença. Ao contrário da provisoriedade das cautelares temos a coisa julgada da pena privativa de liberdade. Costuma-se apresentar como ponto distinto entre estas duas modalidades de prisão a existência de sentença com trânsito em julgado, que seria característica apenas da pena privativa de liberdade. Neste sentido é o pensamento de SOUZA NETTO que ensina: “A prisão pena [...] tem como pressuposto sentença penal transitada em julgado, sendo uma resposta jurídica ao condenando.”¹¹⁷ Neste mesmo sentido ACOSTA ensina que a distinção entre *prisão pena* e *prisão sem pena* esta no trânsito em julgado. Ademais, segundo este doutrinador a palavra “prisão” refere-se tecnicamente a medida cautelar, e somente no sentido vulgar poderia se referir a penalidade imposta pela sentença irrecorrível:

Há de convir-se, assim, que toda ‘prisão’ (tomada esta palavra em sua acepção processual e específica) é provisória. Depois da condenação por sentença irrecorrível, não haverá mais prisão, em seu caráter atípico (a não ser no sentido genérico ou sentido vulgar) porém reclusão, detenção ou prisão simples.¹¹⁸

Data venia o pensamento dos doutrinadores supra mencionados, o manto do trânsito em julgado não pode ser considerado um elemento essencial da pena privativa de liberdade, pois, do contrário não se poderia declarar o direito de detração, bem como o direito de remissão ou progressão de regime para os presos provisórios.

¹¹⁷ SOUZA NETTO. José Laurindo. **Processo Penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 161.

¹¹⁸ ACOSTA, WALTER P. **O processo penal**. 14ª ed. [S.L]: Coleção Jurídica da Editora do Autor, 1979. p. 81.

A provisoriedade da medida está intimamente relacionada com a ausência de declaração de culpa. O princípio da culpabilidade previsto no art. 5º., inc LVII, da Constituição Federal de 1988, parece informar que as medidas cautelares não poderão declarar culpa. O princípio da culpabilidade informa também que a declaração de culpa é elemento da pena privativa de liberdade e o Estado de Inocência é elemento da prisão preventiva *stricto sensu*. No entanto, o princípio da culpabilidade não retira a característica da retributividade de ambos os conceitos, pois a própria Constituição Federal de 1988 admite certa retributividade inerente às prisões preventivas *stricto sensu*.

119

O fato é que existem elementos diferenciadores bem como elementos comuns entre a prisão preventiva *stricto sensu* e a pena privativa de liberdade. Na realidade os dois conceitos poderiam ser bem representados por círculos secantes.

4.2 A Essência da Prisão Preventiva, da Pena Privativa de Liberdade e o Conceito Crítico

É fato que se deve delimitar qual a natureza jurídica da prisão preventiva *stricto sensu* e da pena privativa de liberdade. Isto porque, segundo JARDIM, “na realidade o resultado prático da correta caracterização da natureza jurídica da prisão” é relevante para a vida forense, uma porque

¹¹⁹ Ver item 1.4, da II Parte.

permite soluções de qualidade de intrincados problemas concretos, duas porque é grande a incidência de questões intrincadas no processo.¹²⁰

Neste aspecto o autor supra citado está coberto de razão, realmente é de suma importância delimitar a real natureza da medida cautelar que se está estudando, pois dela decorrerá a soluções de celeumas antigas entre os dogmáticos, mas sem perder de vista a criação de novos problemas. Assim é necessário responder a seguinte indagação: Qual a natureza da prisão preventiva *stricto sensu*?

Mas, primeiramente, o que vem a ser natureza jurídica? Entende-se por natureza jurídica a essência ou qualidade essencial que classifica e concomitantemente distingue o instituto jurídico. Assim a pesquisa se afunila por ora, na preocupação de delimitar se a prisão preventiva *stricto sensu* é de natureza processual ou de natureza penal. Questão que não é tão simples como aparenta ser.

Considerando que a natureza jurídica da prisão preventiva *stricto sensu* está no âmbito dos seus elementos essenciais, ou seja, dos elementos constitutivos do conceito – sob pena da natureza jurídica se referir a outra coisa que não a prisão preventiva *stricto sensu* – considerando também, que o encarceramento desde sua origem vem sendo atrelado a um discurso preventivo e retributivo, **parece lógico que deve existir um sistema que permita a coexistência dos conceitos de pena privativa de liberdade e**

¹²⁰ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 270.

prisão preventiva stricto sensu.

Ademais, o elemento qualificador da prisão preventiva *stricto sensu* deve estar no âmbito restrito dos elementos comuns e essenciais dos dois institutos – prisão preventiva *stricto sensu* e pena privativa de liberdade. Portanto, é verdade também que se admite uma teoria de círculos secantes, em que dois universos compactuam de elementos comuns, conforme se verifica na seguinte representação gráfica:

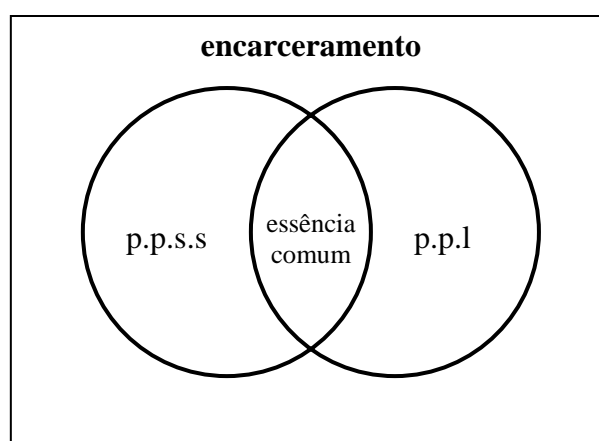


Gráfico 1

p.p.s.s: prisão preventiva *stricto sensu*.

p.p.l : pena privativa de liberdade.

Já se constatou que os elementos comuns entre prisão preventiva *stricto sensu* e pena privativa de liberdade são: *a legalidade, a judicialidade, a preventividade, e a retributividade.*

A legalidade e judicialidade nada contribuirão para qualificar a prisão preventiva *stricto sensu* como processual ou material, pois, tanto o universo processual como o universo do direito penal pertencem ao âmbito da

legalidade, e, para serem medidas efetivas dependem obrigatoriamente do judiciário.

Também deve ser considerado que os homens podem reclamar que determinadas penas não cumprem o papel de prevenção geral, mas não poderão dizer que as penas não lhes *causem* resultados aflitivos. Da mesma forma os homens podem afirmar que determinada prisão é meramente cautelar ou processual, mas não podem retirar a característica marcante do sofrimento humano.

Esta característica da **retributividade** é mais acentuada nas **penas corporais**, que estão entre as penas mais antigas que se possam encontrar, inclusive antecedem as penas privativas de liberdade. Como exemplo cita-se: as mutilações, as queimaduras, os açoites, as marcas de fogo. Sendo que as penas de mutilações e açoites ainda vigoram nos países islâmicos.¹²¹

Segundo FOUCAULT, o desaparecimento destes suplícios teria sido o evento que propiciou o surgimento da pena privativa de liberdade. Os suplícios, que eram eventos públicos, foram sendo reduzidos, na medida em que se tomou consciência de que a execuções acabavam acendendo a violência. “A punção vai-se tornando a parte mais velada do processo penal.” E neste movimento a punição se torna recatada, pois se evita tocar o corpo, “ou o

¹²¹ SZNICK, Valdir. **Manual de direito penal**. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2002. p. 533

mínimo possível”.¹²²

Sobre este movimento FOUCAULT questiona: “Mas a questão é se não é mais o corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras sobre o que, então se exerce?” E responde que “não é mais o corpo, é a alma”. O cárcere passa a atuar sobre a alma do indivíduo, sobre suas vontades, intelecto, disposições.¹²³

Parece notório que este movimento de extinção da dor e suplício que comina no encarceramento definitivo, não conduz a uma extinção definitiva da aflição do condenado. Interessante é que este sofrimento humano como característica marcante da pena privativa de liberdade é também encontrada em todas as espécies de encarceramento. **Assim a retributividade é um dos elementos qualificadores da prisão preventiva *stricto sensu*.**

Apesar de conceber a legalidade como essência da *prisão cautelar* já dizia BECCARIA, em 1764, que a mesma também era um castigo, com clara menção ao sofrimento pelo qual passavam seus destinatários:

Embora a prisão difira das outras penas, por dever necessariamente preceder a declaração jurídica do delito, nem por isto deixa de ter **como todos os outros gêneros de castigos**, o caráter essencial de que só a lei deve determinar o caso em que é preciso empregá-la.¹²⁴ (grifo nosso)

¹²² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 23 ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 11 à 18.

¹²³ Ibid., p. 18.

¹²⁴ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Forio de Angelis. Bauru: EDIPRO, 1999. p. 24.

Considerando que a prisão preventiva *stricto sensu* e a pena privativa de liberdade não pode se dissociar da retribuição, que é fenômeno natural de ambos os conceitos, deve ser esta a essência de ambos.

A preventividade também é elemento comum e qualificador da prisão preventiva *stricto sensu*. Portanto, desde já defendemos a natureza mista da prisão preventiva *stricto sensu*, tanto de natureza penal quanto de natureza processual penal.

Fica patente, como já foi dito anteriormente, que o conceito dogmático de prisão se limita a mencionar apenas a privação do direito de ir e vir, como se o conhecimento sobre este objeto fosse igualmente limitado. Ocorre que, o conceito crítico de prisão vai além, pois, busca estabelecer a idéia de que o encarceramento cautelar possui elementos idênticos aos do encarceramento definitivo.

Este elemento unificador é o sofrimento humano, pois todo encarceramento dele se alimenta.

Pode-se apresentar como conceito crítico de prisão preventiva *stricto sensu* o seguinte:

“Prisão preventiva *stricto sensu* é espécie de encarceramento, legalmente autorizado como medida preventiva, com natureza processual e penal, que é decretada pelo órgão jurisdicional.”

O conceito crítico vai além de afirmar a cautelaridade do encarceramento, mas ressalta o elemento implícito que é a retributividade escondida pela ideologia então vigente. O fato é que confessar a natureza penal do instituto cautelar pode solucionar celeumas antigas, bem como pode gerar novos problemas.

4.3 Os Princípios Fundantes do Novo Sistema Crítico

É certo que o direito criminal possui um subsistema que trabalha tanto com o conceito de prisão preventiva *stricto sensu* como com o conceito de pena privativa de liberdade. Tal sistema unifica os dois conceitos em um tronco comum que é o encarceramento.

Sistema é uma **totalidade ordenada**. Neste tema BOBBIO afirma que sistema é “um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”. Mas para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os elementos que a constituem “não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si”.¹²⁵

Se como afirma BOBBIO existe um dever de coerência, de eliminação de incompatibilidades entre as normas – com exceção das normas de mesmo nível, contemporâneas, duas normas podem ser válidas, e não há

¹²⁵ BOBBIO NORBERTO. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria celeste cordeiro leite dos santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p.71.

remédio para sua eliminação – de igual maneira deve existir um dever de coerência do discurso que está baseado nas normas jurídicas.¹²⁶

Mas, um sistema jurídico é muito mais do que apenas harmonia, ele é funcional e se caracteriza por seu aspecto **subjetivo** quanto **objetivo**. Segundo COELHO no plano subjetivo, “o sistema é uma forma de pensamento, o aspecto metodológico do pensar [...]”¹²⁷ que ao excluir suas contradições internas se auto-legitima como caminho para a descoberta da verdade. É certo que ao propor a existência de um **sistema de encarceramento**, o que se deseja em primeiro lugar é formar um pensamento metódico e harmônico, e para tal fim é necessário excluir as contradições entre os conceitos de pena privativa de liberdade e prisão preventiva *stricto sensu*.

No plano objetivo o conceito de sistema jurídico, influenciado pela ideologia, “procura enfatizar certos aspectos que dão coerência à realidade”¹²⁸, quando na verdade deveria ser ao contrário, ou seja, as normas deveriam respeitar os aspectos naturais e necessários da realidade. Daí a acertada crítica de COELHO ao afirmar que:

[...] o sistema é algo subjetivo ou lógico, e não objetivo. Porém ele coisifica-se em função da ideologia, através da **inversão do real pelo imaginário**, ocorrendo em todos os estágios sociais, principalmente o do direito. [grifo nosso]¹²⁹

[...] Logo a ordem social é a que nós construímos, mas quem a determina são os elementos hegemônicos da sociedade, pois as normas jurídicas que

¹²⁶ BOBBIO NORBERTO. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria celeste cordeiro leite dos santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p.110 à 114.

¹²⁷ Ibid., p. 472.

¹²⁸ Ibid., p. 472.

¹²⁹ Ibid., p. 473.

estabelecem coercitivamente uma ordem social são colocadas nos seus devidos lugares de acordo com o interesse de quem detém o poder.¹³⁰

Especificamente em relação a prisão preventiva *stricto sensu* verifica-se que tais afirmações são verdadeiras, pois, o sistema de encarceramento acaba por corromper a realidade ôntica do conceito, para negar sua natureza penal retributiva e maximizar a natureza preventiva aparente. É evidente a inversão do real pelo imaginário.

Quando se trata encarceramento preventivo, o Direito enquanto discurso prega sua total dissociação da retribuição. A natureza retributiva do cárcere só existe quando este for definitivo, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, caso contrário ele jamais produzirá outro efeito que não a retribuição do direito de ir e vir.

Para reverter esta situação caótica é que se propôs reescrever o conceito de prisão preventiva *stricto sensu*, para nele ressaltar a realidade penal retributiva e minimizar o aspecto imaginário preventivo.

É certo também que existem princípios que fundamentam e unificam os conceitos contidos no sistema, uma vez que não há sistema sem **princípio fundante**. Entendendo-se aqui por **princípio fundante** aquele que é *fim em si mesmo*, e que possa ser o fundamento de determinadas leis.

No decorrer deste trabalho foram identificados dois princípios

¹³⁰ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 474.

fundantes do sistema atual de encarceramento que são: a) **a retribuição necessária**; e b) **a preventividade aparente**.

Deve-se considerar que o **princípio da retributividade** pode ser visto no seu aspecto causal, bem como no seu aspecto finalístico. No aspecto causal ressalta-se que o princípio da retribuição está calçado no **princípio da razão suficiente**¹³¹. Sendo assim, diz-se **retribuição necessária** quando o fundamento último de tal princípio é a **causalidade**, ou seja, o sofrimento é um fenômeno causado – que necessariamente irá ocorrer – pela prisão ou pela pena privativa de liberdade. Em síntese: no aspecto causal a retributividade é sempre causa necessária de qualquer encarceramento judicial, não podendo ser evitada.

Ao contrário, no aspecto finalístico, a retribuição é algo desejado pela população – é o mal da pena em proporção do mal do ato. Assim, diz-se **retribuição desejada ou finalística** quando o fundamento último é a **imputação**¹³² do cárcere, sendo fenômeno teoricamente querido. A retribuição finalística é normalmente invocada por aqueles que defendem a teoria absoluta da pena para fundamentar a existência da punição, e possui como elementos agregado uma suposta ordem pública desejada pela população.

A retribuição necessária como fenômeno naturalístico causado pelo encarceramento, pertence ao mundo do *ser*, já a retribuição finalística como fenômeno querido e desejado pertence ao mundo do *dever ser*. Portanto,

¹³¹ Mesmo que princípio da causalidade.

¹³² Atribuir algo a alguém.

no conceito de cárcere implicam-se *ser* e *dever ser*, norma e natureza.

Não se pode perder de vista que a retribuição desejada nada mais é do que a vingança pelo mal do fato, e que é veementemente negada como fundamento da pena privativa de liberdade ou da prisão preventiva *stricto sensu*. Isto porque o Estado possui o monopólio da jurisdição, sendo proibida qualquer vingança privada, e se é assim, este também não pode se vingar em nome da vítima, sem que seu agir seja equivalente ao agir do criminoso.

Ademais, este modelo de justiça criminal guiada pela vingança seja ela estatal, seja ela privada, está superado. O Direito criminal tem que se pautar em outros fins que não a garantia de vingança.

Deve-se ressaltar também que a crítica que os teóricos da pena fazem a respeito da retribuição somente atinge a retribuição finalística (como fundamento) mas não abala a retribuição necessária (causada).

Por conseguinte, a lógica atual implica em negar um processo que permita que o Estado impute a retribuição como forma de vingança, portanto, são perseguidas outras finalidades para o cárcere, cito a prevenção positiva ou negativa. É certo que mesmo encontrado outro fundamento que não a retribuição, jamais se excluirá o aspecto causal, por ser inerente ao cárcere.

Deve-se ressaltar que a única coisa que é imputada ao criminoso é o cerceamento do direito de ir e vir, sendo-lhe preservado os direitos da vida,

da dignidade, da saúde e outros estabelecidos nos tratados internacionais.

A retribuição em nenhum momento é *imputada* ao criminoso, sob pena de existir a vingança Estatal, em substituição a vingança privada.

A retribuição é conseqüência *necessária* da imputação da prisão ou da pena privativa de liberdade. O judiciário quando aplica a penalidade, ou o Ministério Público quando pede a prisão preventiva, salvo raríssimas exceções, não querem se vingar do acusado, mas aplicam a lei em razão de outro imperativo legal, que é a da inafastabilidade do poder judiciário nos casos de lesão ou ameaça de lesão a direito, disposta no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

O decreto de prisão preventiva ou a sentença condenatória impõe ao réu o cumprimento de um encarceramento, sem que se avalie o real alcance do dispositivo, ou seja, o juiz não avalia que independente de seu querer estará causando sofrimentos que não consta da sentença de forma explícita.

Este fenômeno, ao contrário do que se pensa é comum. E segundo MAIA NETO essa “hipertrofia da punição não só viola a medida da proporcionalidade como se transforma em poderoso fato de reincidência, pela formação de focos criminógenos que propicia.”¹³³

Por outro lado, o sistema criminal que trabalha com a privação de

¹³³ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos do preso: lei de execução penal, lei n. 7.210/84**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

liberdade, também está fundado no ***princípio da preventividade aparente***. Diz-se *aparente* em razão do discurso especulativo, pois a prevenção não é fundada em dados empíricos comprovados. A preventividade como algo querido e desejado pela sociedade, não se efetiva na prática, ou pelo menos não há provas desta prevenção.

4.4 Justificação do Discurso

O sistema de encarceramento atual está fundado em um discurso que é contraditório com a moderna teoria crítica do Direito.

O *Direito Processual Penal formal* tem como discurso fundamental a separação do mundo do *ser* do mundo do *dever ser*. E quando discursiva considera a prisão preventiva *stricto sensu* não como ela é, mas como ela deveria ser (meio para garantir a investigação e a ordem social como um todo).

O discurso revela sua face perversa quando o aspecto *ôntico* é totalmente desconsiderado para a formulação dos conceitos. Estes conceitos são *dever ser* puro, desgarrados da realidade *ôntica*, portanto, extremamente autoritários. Em outras palavras, as características materiais do objeto, formadoras de sua *essência*, são totalmente desprezadas.

Esta separação radical é uma ilusão proporcionada pelo discurso

kantiano. Porque aqueles que acreditam que o dever transforma a realidade, acabam por acreditar também que o único elemento fundamental da prisão preventiva *stricto sensu* é a sua finalidade. Tudo ilusão. Restringe a *essência* do conceito à mera garantia da aplicação da lei penal, da ordem pública, da ordem econômica, ou da conveniência da instrução criminal.

Este discurso ideológico corrompe o sistema atual afirmando que o imaginário suplanta a realidade. Ou seja, os operadores do Direito Processual Penal acabam, por conseqüência lógica, separando os conceitos de pena privativa de liberdade e prisão preventiva *stricto sensu*. Assim também não enxergam que **aquilo que deve ser não é**. Os operadores não visualizam que as prisões preventivas *stricto sensu*, no seu aspecto material, são idênticas as penas privativas de liberdade.

O fato é que, a manutenção do discurso de separação total e radical, somado a uma outra tendência que se pode denominar de **matemática do prejuízo** – tipicamente humana – acarreta uma quebra de princípios e garantias processuais penais.

Esta matemática do prejuízo se apresenta como regra que pode ser expressa da seguinte forma: *Quanto maior a possibilidade de prejuízo, maior as garantias processuais; Quanto menor a possibilidade de prejuízo, menor as garantias processuais.*

O homem tem tendências a pedir garantias quando vislumbra a

possibilidade de prejuízos, pois é neste norte que existem fiadores, avalistas e outros garantes no direito civil. O fato é que o *processo penal formal*, como instrumento realizador do direito material, também pede garantias quando existe possibilidade de prejuízo.

Para ficar mais claro: No processo penal, que comine prisão preventiva *stricto sensu* antes da sentença, mas cuja natureza penal retributiva é negada pelos próprios operadores, estes não se preocuparão em reforçar as garantias processuais do acusado; Mas, ao contrário, podemos afirmar que se os operadores admitirem a natureza penal retributiva da medida preventiva, irão levantar a flâmula de maiores garantias. É uma matemática do prejuízo orientando as garantias do acusado.

SILVA SÁNCHEZ fez referência, mesmo que inconscientemente, a esta *matemática do prejuízo* quando falava da expansão do Direito Penal:

A delinqüência da globalização é delinqüência econômica, á qual se tende a assinalar menos garantias pela menor gravidade das sanções [...].¹³⁴

ZAFFARONI por sua vez, também faz referência a regra da matemática do prejuízo como orientadora das garantias, quando trata da teoria da prevenção especial positiva da pena como discursos legitimantes do poder punitivo, dizendo:

¹³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 93 e 94

No plano processual, não seria igualmente necessário um enfrentamento das partes tendo em vista que o tribunal assumiria uma função tutelar da pessoa para sanar as inferioridades. A analogia legal e seu correlato processual – a inquisitorialidade – seria instituições humanitárias que superariam os preconceitos limitadores da legalidade – acusatoriedade e defesa plena -, os quais careceriam de sentido enquanto obstáculos ao bem da pena, que cumpriram uma função de defesa social ao melhorar as células imperfeitas do corpo social, cuja saúde, como expressão da saúde de todos as suas células, é o que interessaria em última análise.

É este *dever ser* totalmente desligado da realidade, que possibilita inclusive as flexibilizações de princípios e de direitos fundamentais.

Neste sentido também é SILVA SÁNCHEZ falando que: “Em suma, a atribuição ao Direito Penal de papéis relevantes na resposta aos ilícitos próprios da globalização e da integração supranacional implica uma flexibilização de princípios: abona a tendência geral no sentido da expansão.”¹³⁵

Este discurso de minimização das garantias também está presente para delitos que cominem penas de menor intensidade (*Direito Penal de duas velocidades*). Para SANCHEZ a primeira velocidade é representada pelo Direito Penal que comine pena privativa de liberdade, na qual deveria se manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; a segunda velocidade do Direito penal não cominaria a pena privativa de liberdade, mas apenas penas de privação de direitos, ou, pecuniárias, portanto, aqueles princípios (inclusive processuais) e regras poderiam ser flexibilizados proporcionalmente a menor intensidade da

¹³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 96

sanção.¹³⁶

O ideal, portanto, para solucionar este problema é estabelecer doutrinariamente um novo sistema de encarceramento crítico, através de uma reavaliação da essência de seus objetos (orientado pela teoria crítica do direito), relacionar as suas características materiais inegáveis, e num segundo plano estabelecer como ciência adequada um ***Direito Processual de conteúdo material***, em total repúdio ao atual ***Direito Processual formal***.

O Direito Processual de conteúdo material trabalha com categorias matérias que acolhe os aspectos da realidade que não podem ser desconsiderados na formulação de conceitos, principalmente no conceito de prisão preventiva *stricto sensu*. Não quer dizer que se busca extrair do fenômeno um conceito de prisão preventiva *stricto sensu* com essência retributiva de natureza puramente material, ***natural***, que precede qualquer concepção de legalidade (negando o princípio da positividade).

Em nenhum momento se nega o princípio da positividade, mesmo porque ficou demonstrado nas críticas aos empiristas que os fatos contingentes por si só não geram Direito¹³⁷, pois não se consegue explicar a natureza da sanção pelo princípio da causalidade. Mas também não é negado que esta racionalidade legal que denominamos prisão preventiva *stricto sensu* não tenham características e se manifeste empiricamente. Portanto, o que se

¹³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 148

¹³⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 321 – 331.

despreza é o *dever ser* puro desgarrado do que é obvio e materialmente visível.

Os autores neo-kantiano pregam que o Direito não trabalha com o princípio da causalidade – próprio do mundo do ser – mas em seu sistema opera o princípio da imputação – próprio do mundo do *dever ser*.

Por sua vez, o Direito Penal, quando trata do cárcere, o faz como garante de algo, em razão mesmo do princípio da imputação, uma vez que classificada como ciência própria do mundo *deôntico*. No discurso, o cárcere deixa de ser realidade e passa a garantir finalidades, ou melhor, garantir a própria missão do Direito Penal.

A situação fica caótica quando estas finalidades desgarram do que é materialmente visualizado pela sociedade, ou seja, não se vislumbra a reintegração social, a reeducação e a re-socialização.

O novo discurso crítico inova, e inverte a ordem atual. A principio o Direito Processual Penal de conteúdo material não considera a prisão preventiva *stricto sensu* como ela *deve ser*, mas *a priori* a considera como ela se apresenta na *realidade*. Em segundo lugar, passa a trabalhar com as garantias para minimizar o aspecto real de retribuição inerente ao cárcere. Esta questão será melhor visualizada quando se tratar dos problemas práticos como o princípio do Estado de Inocência, o princípio da Imparcialidade, o juizado de instrução, a lei de execução penal e os pressupostos e fundamentos para o

decreto da prisão preventiva *stricto sensu*.

4.5 Os Princípios Fundantes e Os Princípios de Direitos Humanos

O Brasil é signatário de vários tratados internacionais que estabelecem princípios de Direitos Humanos, dentre os quais Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU – 1948), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU – 1966), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA – 1969).

O parágrafo 1º, do art. 11, da Declaração dos Direitos Humanos (ONU – 1948), e o parágrafo 2º, do art. 14, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU – 1966) consagrou o ***princípio do Estado de Inocência***. Princípio este que também está esculpido no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, e que se relaciona com a matéria em questão.

O princípio do Estado de Inocência pode ser encontrado desde a Antiga Roma, com a expressão *innocens preaesumitur cujus nocentia non probatur*, se revelando mais tarde como princípio do *in dubio pro reo* e do *favor rei*. Este princípio aparece na Magna Charta de 1250 e no *Act of Habeas corpus*, de 1679, e no *Bill of Rights* de 1681.¹³⁸

Discute-se nos fóruns e bancos escolares se o princípio de que

¹³⁸ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 154

ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória é impedimento para se decretar prisões preventivas, inclusive a *stricto sensu*.

Primeiramente deve ser considerado que não se interpreta os tratados internacionais, nem mesmo o princípio do estado de inocência de forma isolada, sem considerar a autorização constitucional da prisão preventiva estabelecida no art. 5º, inc. LXI, da Constituição Federal de 1988.

O Poder Constituinte Originário estabeleceu que “ninguém será preso senão em flagrante delito **ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” [grifo nosso]. Portanto, não há como negar a constitucionalidade da prisão preventiva *stricto sensu*. Ainda mais quando se verifica que o Poder Constituinte Originário é inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado:

Ilimitado e autônomo, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo [...]. Incondicionado, pois não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade¹³⁹.

Ademais, segundo MORAIS, “a consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias [...]”¹⁴⁰ SOUZA NETTO leciona que: “*O princípio da presunção não resta afetado com a prisão cautelar, pois, esta repousa no fumus boni iuris e no*

¹³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 103.

periculum in mora".¹⁴¹ O Superior Tribunal de Justiça por sua vez sumulou a matéria (sumula 09), acrescentando que: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

Assim o art. 5º, inc. LXI, da Constituição Federal de 1988 permite o decreto da preventiva, inclusive a *stricto sensu*.

Se o próprio constituinte excepcionou a prisão preventiva, em razão dos anseios de segurança pública, é porque aceitou certa retributividade inerente ao instituto. **O ponto central é saber qual o limite da retributividade tolerada pelo Poder Constituinte Originário, nos casos de prisão preventiva *stricto sensu*.**

Para se responder a tal indagação deve-se considerar que a retributividade pode ser necessária ou desejada (finalística). E nestes termos a autorização constitucional do art. 5º inc. LXI, da Constituição Federal de 1988, somente admite a **retribuição necessária** – que não se pode evitar como elemento essencial ao cárcere – mas em nenhum momento autoriza uma retribuição desejada como fim último do encarceramento preventivo.

Mas quando é que o Estado extrapola a mera retribuição causal? O Estado pode extrapolar a retribuição causal tanto na legislação infraconstitucional, quanto no processo de persecução penal. Existindo ainda, uma possibilidade de extrapolar a mera retribuição causal na práxis do sistema

¹⁴¹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 161.

carcerário.

Tratemos inicialmente do processo de persecução penal. O Estado está extrapolando os contornos da mera retribuição causal quando o judiciário passa a justificar os excessos de prazos, portanto, deve ser invocado o princípio do Estado de Inocência como limite constitucional. Na verdade, o princípio do Estado de Inocência proíbe a vingança estatal que tende a se opor contra o acusado no processo penal. Toda vez que o Estado impõe uma prisão preventiva *stricto sensu* de maneira excessiva, ocorre um fenômeno de transformação da medida provisória para a medida definitiva, de instrumento para finalidade em si mesma. Portanto, de encarceramento processual misto para encarceramento penal puro.

A ONU reconhece através do Comitê de Direitos Humanos, que o prazo de 06 (seis) meses para a prisão preventiva é demasiadamente longo, e não é compatível com o estipulado no parágrafo 3º, do art. 9º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU).¹⁴²

De outra banda, é ordinariamente invocado o princípio da razoabilidade para alargar prazos, com a justificativa de que nenhum princípio é absoluto. Nesta linha de pensamento distorcida o princípio do Estado de Inocência vem cedendo espaço ao princípio da segurança pública, princípio este disposto no art. 144 da Constituição Federal, que reza que a segurança pública é “dever do Estado”, mas também “direito e responsabilidade de todos”.

¹⁴² NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Derechos humanos y prisión preventiva. manual de normas interacionales en materia de prisión preventiva.** Nueva York y Ginebra, 1994. p.20.

Engano injustificável. Primeiramente porque o princípio da Segurança Pública já foi consagrado com a excepcionalidade da prisão preventiva, devidamente entabulada no art. 5º, inc. LXI, da Constituição Federal. O princípio informador do art. 5º, inc. LXI, da Constituição Federal é a segurança pública, portanto, é certo que o constituinte de 1988 excepcionou a prisão preventiva porque entendia necessário. No entanto, não existem princípios absolutos, razão pela qual o princípio da segurança pública contido no dispositivo em comento deve encontrar limites nos demais princípios contidos na própria Constituição Federal.

Sendo assim, toda vez que se invoca a razoabilidade, é porque se quer segurança pública. Razoabilidade e segurança pública são os mesmos conceitos, ambos limitados pelo princípio do Estado de Inocência. O prazo razoável é aquele admitido pelo Poder Constituinte Originário, ou seja, o prazo legal. O Estado de inocência não pode ser afastado pelo princípio que deveria limitar.

Ademais, a razoabilidade provém da doutrina fascista do Ministro Rocco da Itália governada por Benito Mussolini, como se extrai da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, elaborado durante um Estado Ditatorial:

[...] **é restringida a aplicação do in dubio pro reo.** [...] A duração da prisão provisória continua a ser condicionada, até o encerramento da instrução criminal, à efetividade dos atos processuais dentro dos respectivos prazos; mas **estes são razoavelmente dilatados.**

[...] Quando da última reforma do processo penal

na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente.¹⁴³

Veja que, o princípio da razoabilidade nada mais é do que um princípio que dá supremacia à segurança pública, em detrimento do princípio do Estado de Inocência.

Ocorre que a Constituição Federal de 1988, veio a re-estabelecer o Estado Democrático de Direito, e o princípio do Estado de Inocência como limitador, sendo ultrapassado a invocação do princípio da razoabilidade como dilatador dos prazos. O princípio da segurança pública (razoabilidade) deve ter limites, sob pena de ser absoluto.

O Estado também pode extrapolar a mera retributividade causal no plano na práxis carcerária. Nas delegacias públicas não há separação entre presos provisórios e definitivos. Tal prática rotineira faz com que os processados sejam rotulados como criminosos ou delinqüentes juvenis, com evidente pré-julgamento. O processado está seriamente prejudicado antes mesmo da ação penal, pelo simples fato de estar no mesmo local em que os condenados cumprem pena.

Para evitar que o Estado venha a oprimir o processado que está encarcerado preventivamente, há que se fazer também uma distinção entre o

¹⁴³ BRASIL. **Exposição de motivos do código de processo penal de 1941**. Juris Síntese Millennium. São Paulo: Síntese, 2004. 1 CD-ROM.

condenado e o não condenado, com base no princípio do Estado de Inocência, bem como no princípio da Dignidade de Pessoa Humana (art. 1º, inc. III da Constituição Federal de 1988).

No manual de normas internacionais em matéria de prisão preventiva editado pelas Nações Unidas, foi reconhecido que “La presunción de inocencia recibe prioridad por ser del punto de partida para todas las normas em materia de prisión preventiva.”¹⁴⁴ E que “las personas que no hayan sido reconocidas culpables todavía del delito del que se les acusa tiene reconocido ele derecho ‘a um tratamiento distinto, adecuado a sua condición de personas no condenadas”¹⁴⁵.

O princípio do Estado de Inocência evidencia que deve existir um tratamento diferenciado do processado em face do condenado. Isto porque é evidente a função limitadora do princípio em estudo, que impede que o Estado “*impute*” ao processado uma retribuição que não aquela inerente ao cárcere. “Hay una diferencia entre las personas em régimen de prisión preventiva y la personas cuya culpabilidad se ha reconocido.”¹⁴⁶ E neste sentido a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que ingressou no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto n. 678, de 6 de Novembro de 1992, também estabeleceu no parágrafo 4º, do art. 5º, que “os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento

¹⁴⁴ NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Derechos humanos y prisión preventiva. manual de noras interacionales en materia de prisión preventiva.** Nueva York y Ginebra, 1994. p.10.

¹⁴⁵ Ibid., p.10.

¹⁴⁶ Ibid., p.10.

adequado a sua condição de pessoas não condenadas.”¹⁴⁷

¹⁴⁷ BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de Novembro de 1992. **Juris Síntese Millennium**. São Paulo: Síntese, 2004. 1 CD-ROM.

5 PRISÃO PREVENTIVA DE NATUREZA PENAL: SOLUÇÃO OU PROBLEMA?

5.1 O Instituto da Detração

A palavra detração vem do latim *detractione*. A detração é instituto jurídico próprio do direito penal. Segundo MARQUES “detração da pena significa a diminuição do tempo da condenação, porque neste se computa, ou a custódia processual, ou o internamento em manicômio e hospital.”¹⁴⁸

O Código Penal, Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940, estabeleceu o instituto da Detração como forma de computar o tempo de prisão cautelar na pena privativa de liberdade, estabelecida na decisão irrecorrível.

O fato é que a própria existência do instituto da detração é prova irrefutável de que existem elementos comuns entre a pena privativa de liberdade e a prisão preventiva *stricto sensu*, sob o aspecto material. Pois, do contrário como seria possível contar como tempo de pena algo que não é pena?

MARQUES justifica a posição de aplicação do instituto da detração nos casos de prisão cautelar dizendo que:

¹⁴⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2 ed. Campinas: Millennium, 2000. 4v. p. 98.

A prisão preventiva ou a provisória constituem providências de ordem cautelar destinada a assegurar o cumprimento da lei e impedir que o *periculum in mora* torne ilusórias as cominações penais. Mas atingem elas ao *status libertatis* do réu, **pelo que padecem do mesmo caráter aflitivo das sanções** impostas nas leis penais. [grifo nosso]¹⁴⁹

Portanto, o autor supra citado reconhece que a prisão preventiva *stricto sensu* possui elementos comuns, e implicitamente admite a existência de um princípio fundante que dá consistência ao sistema. Reconhece também, por via indireta, a natureza penal do instituto da prisão preventiva.

No mesmo compasso encontramos a ementa da lavra do Desembargador Luiz Fux, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro relatando que:

[...]. A prisão preventiva, in casu, com a duração de quase 50 dias, implica sério constrangimento apto a abalar não só o psique do custodiado, como também a sua honorabilidade. Destarte, a prisão provisória **nada mais é do que a condenação antecipada**, tanto que prevista a detração. Assim, a prisão preventiva reclama prova inequívoca posto prisão antecipada por conta da verossimilhança da alegação da acusação, indicando uma condenação final. [grifo nosso]¹⁵⁰

O *princípio da retributividade necessária* diz que em comum está o sofrimento, a limitação do direito de ir e vir, elementos pertencentes ao mundo do *ser*, que em nenhum momento podem ser desprezados pelo universo do *dever ser*.

¹⁴⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2 ed. Campinas: Millennium, 2000. 4v. p. 98.

¹⁵⁰ BRASIL. Tribunal de justiça do Rio de Janeiro. Acórdão nº 10182/2001, da 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Fux. Rio de Janeiro, 07 de novembro de 2001. **Juris Síntese Millennium**. São Paulo: Síntese, 2004. 1 CD-ROM.

5.2 Da Lei de Execução Penal

Outro problema antigo, mas que merece nova análise em decorrência das constatações realizadas durante este trabalho trata da possibilidade da aplicação da Lei 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal) aos presos provisórios tendo em vista que a prisão preventiva *stricto sensu* apresenta uma natureza mista (retributiva e preventiva).

Primeiramente deve-se ressaltar que se está adentrando a um ramo autônomo do Direito, que comunga regras do Direito Constitucional, do Direito Penal, do Direito Processual Penal, e do Direito Administrativo, sem que haja predominância de qualquer deles. E neste sentido, MAIA NETO leciona que existe um ramo novo, o Direito de Execução Penal, terminologia que prefere ao Direito Penitenciário.¹⁵¹

Não se pretende fazer uma análise minuciosa, artigo a artigo, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), mas traçar diretrizes básicas e gerais que sirvam de guia a aplicação aos presos provisórios dos direitos contidos na referida lei, e ao mesmo tempo pretende-se que essas diretrizes básicas integrem o sistema de encarceramento que se está definindo e estabelecendo.

Para tanto, é preciso definir que na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, existem normas que garantem Direitos, bem como normas que regulam

¹⁵¹ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos do preso: lei de execução penal, lei n. 7.210/84**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

deveres. Portanto, pergunta-se: Todas as normas contidas na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, são aplicáveis aos presos provisórios?

Para exemplificar a complexidade do problema proposto indaga-se: O preso provisório pode ter Direito ao benefício da suspensão condicional da pena prevista no art. 156 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984? Tem Direito ao livramento condicional (art. 131)? E à saída temporária (art. 122)?

Data venia, o entendimento daqueles que comungam que tal questão está plenamente resolvida com a disposição contida no Parágrafo Único, do art. 2º, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, não parece que uma interpretação literal e simplista respeita a realidade ôntica da prisão preventiva *stricto sensu*.

Constatou-se que o sistema de encarceramento tanto trabalha com o princípio da retributividade como também com o princípio da preventividade. Portanto, para se saber se determinada norma é ou não aplicável ao preso provisório, é necessário ter a certeza de que se efetivada a aplicação do dispositivo legal não haverá violação de um dos dois princípios citados.

A análise deve ser feita caso a caso, direito a direito, pois da mesma forma que a violação do princípio da preventividade acarreta na ineficiência e extinção da finalidade da prisão preventiva, a violação do princípio da retributividade, atribui à prisão um *fim em si mesma* (retribuição

desejada)¹⁵², o que é altamente combatido.

Ora, se na análise do caso concreto o juiz verificar que ao conferir o direito à saída temporária ao preso provisório estará sucumbindo o princípio da preventividade, não poderá conceder o direito. Da mesma forma, se ao analisar o caso concreto verificar que o preso provisório já foi condenado, e o trânsito em julgado da sentença definitiva está pendente apenas do julgamento do recurso do acusado, poderá ser concedido o direito de progressão de regime ao mesmo, sem que o princípio da preventividade seja violado. Vejam que no caso da progressão não há prejuízo à segurança pública (preventividade), porque se o recurso não for conhecido, ou lhe for negado provimento, ficará mantida a sentença e a pena do juízo de primeira instância.

A progressão de regime – como instituto pertencente à Direito de Execução Penal – é pleiteada por diversos cidadãos, mesmo sem o trânsito em julgado da sentença. E nestes casos o Supremo Tribunal Federal tem garantido o direito à progressão, até bastante coerentes com o conceito crítico de prisão preventiva *stricto sensu*. Neste sentido leciona o Ministro Sepúlveda Pertence na ementa de sua lavra:

A prisão decorrente de decisão condenatória recorrível – quando admitida, conforme o entendimento majoritário no STF (e não obstante a presunção constitucional de não culpabilidade), **independentemente da demonstração de sua necessidade cautelar** -, constitui verdadeira execução provisória da pena que não se deve efetivar em regime mais severo que o da eventual condenação definitiva.¹⁵³

¹⁵² Vide item 1.3, da II Parte.

¹⁵³ BRASIL. Supremo tribunal federal. Habeas Corpus n. 72.162 de Minas Gerais, da 1ª Turma. Relator. Ministro Sepúlveda Pertence, 05 de maio de 1995. **Juris Síntese Millennium**. São Paulo: Síntese, 2004. 1 CD-ROM.

Ou seja, independente da natureza cautelar do encarceramento, existe outrossim, uma natureza penal que possibilita a execução provisória.

Desde já não se pode aceitar o posicionamento radical de JARDIM, uma vez que este nega a natureza cautelar do encarceramento após sentença penal recorrível, afirma, ao contrário, que é uma execução provisória da sentença decorrente do efeito apenas devolutivo da apelação.¹⁵⁴

JARDIM afirma que a prisão após sentença penal recorrível não é uma cautelar, e que não está amparada pela Constituição Federal de 1988, mas ao contrário encontra óbice no art. 5º, inc. LXVII (Estado de Inocência) da mesma. No entanto, a cautelaridade do encarceramento é evidente tendo em vista sua **acessoriedade** e **provisoriedade**, elementos que diferenciam o encarceramento definitivo do cautelar.

Ademais o efeito da sentença em regra é suspensivo, e apenas excepcionalmente tem-se o efeito apenas devolutivo. O art. 597 do Código de Processo Penal é claro em dispor que a apelação tem efeito suspensivo, com exceção de se tratar de crime inafiançável, ou quando afiançáveis enquanto o acusado não prestar fiança (art. 393 do Código de Processo Penal). O fato da apelação ter apenas o efeito devolutivo e possibilitar a execução provisória da sentença não exclui a cautelaridade da prisão, e vice versa, a cautelaridade não exclui a retributividade da medida.

¹⁵⁴ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.266.

Ainda considerando a natureza mista da prisão preventiva *stricto sensu* é possível pensar na aplicação de forma individualizada de tal medida, em respeito ao art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal de 1988.

Não obstante, entendimento diverso, a admissão de que a prisão possui natureza penal, acaba legitimando o instituto da progressão de regimes para os presos provisórios.

Não se pode esquecer que no exame caso a caso, direito a direito da aplicabilidade da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 aos presos provisórios, deve-se ter em mente que o princípio da preventividade está limitado pelo princípio do estado de inocência, e que o constituinte originário admitiu apenas certa forma de retributividade (a retribuição necessária) quando excepcionou as prisões preventivas no art. 5º, inc. da Constituição Federal de 1988. Portanto, ao preso provisório não se pode aplicar regime de pena mais rigoroso do que o fechado, bem como não se pode aplicar restrições de acesso aos advogados, bem como a assistência à família e outros direitos que se negados, transforma a retribuição em *finem in seipsum*.

5.3 Da Antecipação de Mérito e o Princípio da Imparcialidade do Juiz

O fato é que ao se admitir a natureza retributiva da prisão preventiva *stricto sensu*, é necessário aumentar as garantias do custodiado, como ficou evidente nos capítulos anteriores. E um dos princípios que devem

ser revistos é o da imparcialidade, mesmo porque este princípio não vem sendo respeitado e está constantemente sendo vilipendiado pelos discursos dogmáticos atuais.

Em princípio deve-se ressaltar que o Estado detém o poder jurisdicional de dizer o direito, pois a ninguém é dado fazer justiça com as próprias mãos, salvo em estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento de um dever legal. Portanto, se o Estado detém o monopólio jurisdicional devem existir determinados princípios que garantam o cidadão contra o próprio poder Estatal.

A missão do Estado não seria cumprida se não houvesse a independência e imparcialidade do juiz.

A independência e imparcialidade são as razões de existência das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Garantias conferidas aos juízes, na Constituição Federal de 1988.

A independência do juiz “diz com a função, com o ofício de julgar. [...]. Já a imparcialidade diz com o juiz com o homem julgador. É a conexão subjetiva do órgão.”¹⁵⁵

Argumenta PORTANOVA: “É direito do cidadão que a jurisdição

¹⁵⁵ PORTANOVA, Rui. **Princípios de processo civil**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 73.

seja isenta de pressões externas, e como tal a parte deve exigir do julgador que exerça esta independência.”¹⁵⁶

A imparcialidade é condição primordial para que o juiz atue. É inerente a pessoa do juiz, portanto, é redundante dizer: *juiz imparcial*.¹⁵⁷

Não há previsão expressa na Constituição Federal do princípio da imparcialidade do juiz, no entanto, implicitamente ela o comporta. Ademais, preocupou-se o poder constituinte com a imparcialidade do juiz, tanto é verdade que trouxe vedações expressas no art. 95 da CF, limitando a atividade profissional; proibindo o recebimento de custas, bem como a dedicação a atividade político-partidária.¹⁵⁸

Feitas estas considerações, chegou a hora de enfrentar o problema da antecipação de mérito quando o julgador decreta a prisão preventiva *stricto sensu*. A questão é: Permanece a imparcialidade do juiz quando este decreta a prisão preventiva *stricto sensu* de natureza cautelar e retributiva?

Na verdade o julgamento é um momento de avaliação, e a retribuição uma conseqüência do cárcere. Sendo assim, qual o relacionamento entre a retribuição e a sentença de mérito? Ou melhor, quando a retribuição influencia o mérito?

¹⁵⁶ PORTANOVA, Rui. **Princípios de processo civil**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 73.

¹⁵⁷ Ibid., p. 79.

¹⁵⁸ Ibid., p. 80.

Mesmo que a retribuição não possa ser desejada pelo juiz, sob pena desta se tornar *fim em si mesma* – ou melhor, uma medida definitiva –, é certo que em determinados momentos o juízo quebra sua imparcialidade desejando a retribuição.

Daí que, toda vez que se ultrapassa a retributividade meramente necessária e passa a uma retributividade desejada, não apenas afronta o princípio do Estado de Inocência, mas afronta diretamente o princípio de imparcialidade do juízo.

É certo também que no estágio em que se encontra o processo penal brasileiro, em termos de encarceramento preventivo, não é apenas os limites da retributividade que ofende o princípio da imparcialidade do juiz, pois o próprio procedimento descrito no art. 312 do Código de Processo Penal é impróprio para garantir tal imparcialidade.

É sabido que são pressupostos da prisão preventiva *stricto sensu*, a *prova da existência do crime e os indícios suficientes da autoria* (art. 312 do CPP), portanto, o juiz que decreta a prisão preventiva declara a existência do delito e os indícios de que o acusado é o infrator. Neste momento o juiz se vincula a decisão de tal forma que compromete o princípio da imparcialidade. Consequentemente a condução do processo será toda em desfavor do acusado.

Em razão do princípio do Estado de Inocência não se pode cogitar na inconstitucionalidade, pois, o próprio poder constituinte excepcionou as prisões preventivas, mas isto não torna regular o processo presidido pelo juiz que decretou a prisão preventiva *stricto sensu*. O processo é irregular, porque viola o princípio da imparcialidade do juiz. Razão pela qual é verdadeira a afirmação de que: *a constitucionalidade da prisão preventiva não implica na supressão do princípio da imparcialidade do juiz.*

E neste sentido, MOREIRA levanta a bandeira da imparcialidade dizendo:

Parece-nos claro que há efetivamente um certo distanciamento dos postulados do sistema acusatório, mitigando-se a imparcialidade que deve nortear a atuação de um Juiz Criminal, que não se coaduna com determinação pessoal e direta de **medidas cautelares** e de diligências investigatórias. [grifo nosso]¹⁵⁹

Sem crime não há prisão, ou pelo menos não deveria existir. Com esta premissa basilar pode-se afirmar que, a **prova** da existência do crime é um pressuposto para existência da prisão cautelar. São provas os “meios regulares e admissíveis em lei, utilizados para demonstrar a verdade ou falsidade de fato conhecido ou controvertido ou para **convencer da certeza** de ato ou fato jurídico.”[grifo nosso]¹⁶⁰ Assim se é exigido prova, inexoravelmente existirá convencimento, e se existe convencimento como garantir imparcialidade no final da demanda?

¹⁵⁹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.295.

¹⁶⁰ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org). **Dicionário técnico jurídico**. São Paulo: Redeel, [199-?]. p. 458.

Os indícios da autoria devem ser tais que autorizem o juiz a aplicar a medida drástica, que atenta contra a liberdade do cidadão. O conceito de indício não se iguala ao conceito de prova. Sendo aquele muitas vezes formador de uma prova. É fato também que o legislador quis apenas indícios da autoria sem formação de prova robusta. E segundo GUIMARÃES, a palavra indício significa:

Elementos tangíveis, apreciáveis, circunstâncias conhecidas e provadas que têm relação com o fato investigado e que autorizam, por dedução e indução, concluir pela existência de comprovada culpabilidade do indiciado. Constitui princípio de prova ou meio de prova indireta. Não se confunde com *presunção*. [...] ¹⁶¹

Ademais, o legislador quando redigiu o art. 312 do Código de Processo Penal afirmou ser necessário “os indícios” e não “o indício”. A palavra indício no plural pode significar conjunto sistematizado, e apontar para conclusão de que o legislador referiu-se a existência de uma prova.

O fato é que a doutrina pactua da interpretação de que não se trata da exigência de prova, mas de apenas indício suficiente, desde que aponte, com um grau de probabilidade mais ou menos certo, para a direção do acusado, ou indiciado. Neste sentido, é o pensamento de TOURINHO FILHO quando diz: “Não se trata, quando a lei fala em ‘indícios suficientes de autoria’, de *prova levior*, nem de certeza, mas daquela probabilidade tal que convença o

¹⁶¹ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org). **Dicionário técnico jurídico**. São Paulo: Redeel, [199-?]. p. 362.

Magistrado.”¹⁶² Já para SZNICK, “a expressão indícios está a indicar elemento leve, uma prova fraca; são sinais mas por serem meras indicações requer-se que os indícios sejam suficientes, ou seja, mais de um indício.”¹⁶³ Para ROSA, “devem ser tais (os indícios) que gerem a convicção de que foi o acusado o autor da infração, embora não haja certeza disto. No entanto, eles devem ser suficientes para tranqüilizar a consciência do juiz”¹⁶⁴

Há sim, uma forte tendência doutrinária no sentido de que os indícios devem provocar no juiz uma tranqüilidade, ou seja, o juiz não pode estar com remorso, ou pensamentos de que está cometendo uma arbitrariedade. O indício é tal que provoca nele (juiz) um sentimento, um grau de certeza com relação a autoria do delito.

Mas este grau de certeza exerce influência sobre o julgamento da *causa a posteriori*?

Apesar da lei garantir ao julgador certas garantias que o liberta das pressões, o legislador cuidou de limitar o poder daqueles, garantindo ao cidadão o direito de recusar o julgador, desde que esta recusa seja justa.

Os impedimentos, as suspeições e as incompatibilidades previstas no art. 252 e seguintes do Código de Processo Penal são as formas

¹⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 3 v. p. 480.

¹⁶³ SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1995. p. 441.

¹⁶⁴ ROSA, Borges da. **Processo penal brasileiro**. Porto Alegre, 1942, vol. 2, p. 282 apud SZNICK, 1995. p 441.

de expressar o repúdio ao juiz parcial.

A proposta crítica de cunho mediato consiste na interpretação ampliativa das causas de impedimento do juiz (art. 252 do Código de Processo Penal).

A doutrina e jurisprudência costumam interpretar os art. 252 e art. 254, ambos do Código de Processo Penal, de forma taxativa, não admitindo ampliação do rol ali exposto. Mas, toda questão da imparcialidade do juiz não pode estar simplesmente adstrita ao sistema arquetipo entabulado, mesmo porque tais causas são meramente expositivas e não taxativas.

Neste sentido, já julgou o Supremo Tribunal Federal (STJ – REsp – 245629 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 01.10.2001 – p. 00255) JCPP.3 JCPP.254 JCPP.571 JCPP.571.V JCPP.571.VIII, dizendo:

Embora se afirme que a enumeração do art. 254, do Código de Processo Penal, seja taxativa, a imparcialidade do julgador é tão indispensável ao exercício da jurisdição que se deve admitir a interpretação extensiva e o emprego da analogia diante dos termos previstos no art. 3º do Código de Processo Penal.¹⁶⁵

O rol não foi constituído em si mesmo, como forma imutável de modo a fechar de toda a sorte de impedimentos, suspeições e indisponibilidade do juízo, mas originou-se de direitos conquistados com sangue e aço. Direitos anteriores à própria lei e que continuam vigorando.

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 245629, da 6ª Turma. Relator. Min. Vicente Leal. Brasília, 01 de outubro de 2001. **Juris Síntese Millennium**. São Paulo: Síntese, 2004. 1 CD-ROM.

Ademais, a dúvida lançada contra o julgador deveria ser motivo de suspeição. Já dizia MONTESQUIEU: “Precisa, mesmo, sejam os Juízes da condição do acusado, ou seus pares, para que ele não vá supor caiu nas mãos de gente disposta a fazer-lhe violência.”¹⁶⁶

A possibilidade de recusa do julgador, principalmente no processo penal, não poderia ser adstrito a um número tão reduzido de enunciados, à semelhança do novo Código Orgânico Processual Penal Venezuelano (COPP), publicado na Gazeta Oficial Extraordinária nº 5.558, de 14 de novembro de 2001, que abre o leque para outras causas, “fundada em motivos graves, que afecte su imparcialidad” (art. 83, item 8)¹⁶⁷.

Ademais, não assiste razão àqueles que dizem não haver outras hipóteses de recusa do juízo, pois, o art. 252 do Código de Processo Penal brasileiro foi criado para garantir a imparcialidade do juízo.

Verifica-se também, que quando se trata de garantir a imparcialidade do julgador, o novo Código Orgânico Processual Penal Venezuelano (COPP), de 2001, é muito mais rígido do que o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal brasileiro). O COPP da Venezuela dispõe em seu art. 12 que o juiz não pode manter nenhum

¹⁶⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 170.

¹⁶⁷ VENEZUELA. **Código Orgânico Processual Penal Venezuelano**, de 14 de novembro de 2001. Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweven.htm>. Acessado em 28.07.2006.

tipo de comunicação com as partes ou advogados, sobre os assuntos do processo, salvo com a presença de todas:

Artículo 12. Defensa e igualdad entre las partes. La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

Corresponde a los jueces garantizarlo sin preferencias ni desigualdades.

Los jueces profesionales, escabinos y demás funcionarios judiciales no podrán mantener, directa o indirectamente, ninguna clase de comunicación con alguna de las partes o sus abogados, sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, salvo con la presencia de todas ellas.¹⁶⁸

Inclusive o COPP da Venezuela arrola como motivo justo de recusa do juiz a violação do dever de abstenção de qualquer tipo de comunicação sobre o caso *sub judice*, com as partes ou seus advogados, direta ou indiretamente, sem a presença de todas elas:

Artículo 86. Causales de inhibición y recusación. Los jueces profesionales, escabinos, fiscales del Ministerio Público, secretarios, expertos e intérpretes, y cualesquiera otros funcionarios del Poder Judicial, pueden ser recusados por las causales siguientes:

6. Por haber mantenido directa o indirectamente, sin la presencia de todas las partes, alguna clase de comunicación con cualquiera de ellas o de sus abogados, sobre el asunto sometido a su conocimiento;¹⁶⁹

O COPP da Venezuela além de limitar a comunicação do juiz com as partes, sem a presença de todas elas, também aplica uma sanção ao

¹⁶⁸ VENEZUELA. **Código Orgânico Processual Penal Venezuelano**, de 14 de novembro de 2001. Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweven.htm>. Acessado em 28.07.2006.

¹⁶⁹ Ibid.

jugador que descumprir o contido no art. 86, ítem 6:

Artículo 88. Sanción. Si se declara con lugar la recusación con base en lo establecido en el ordinal 6^o del artículo 86, el tribunal que la acuerde debe remitir lo pertinente al órgano disciplinario correspondiente, a los fines de que se abra el proceso de destitución del recusado por tal concepto.¹⁷⁰

Não obstante todas as argumentações já realizadas, para solucionar o problema de falta de garantia de imparcialidade do juízo não basta trabalhar com as questões de suspeição ou impedimento do juízo, pois, a questão do princípio de imparcialidade vai muito além. É necessário uma análise do sistema processual penal brasileiro.

O juiz, no atual sistema processual, normalmente é monocrático, e somente quando se trata de crimes dolosos contra a vida e conexos, atua em colegiado. Na pessoa do juiz se concentra a tarefa de gerir a prova, de conceder ou não as cautelares, de julgar o mérito e qualquer questão incidente. E com todo este poder, sempre vem uma responsabilidade. **“Mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar os limites.”**[grifo nosso]¹⁷¹ Sendo assim, é evidente que se deve re-pensar o atual sistema.

Adotando-se o antigo modelo de MONTESQUIEU poder-se-ia pensar, como já pensam os demais países da América do Sul, de uma *divisão*

¹⁷⁰ VENEZUELA. **Código Orgânico Processual Penal Venezuelano**, de 14 de novembro de 2001. Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweven.htm>. Acessado em 28.07.2006.

¹⁷¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 165.

de *função*, tudo em prol de aumentar a garantia de imparcialidade do julgador e minimizar qualquer dúvida que ainda pesa sob a justiça dos julgamentos.

Não se quer, neste momento, uma divisão literal do poder, mas adotar o sistema de freios pelo próprio poder. Mesmo porque, já dizia PORTANOVA, quando tratava da independência do poder jurisdicional: “Não há propriamente separação de poder como se diz tradicionalmente. Há separação de funções. [...] Em verdade, o poder é uno.”¹⁷²

Tal idéia não é inovadora, e já era aplicada desde os tempos da antiga república romana onde:

o consulado, a questura, a pretura e as magistraturas menores, todas elas, eram exercidas por dois magistrados com poderes iguais, o que constituiu, de certo modo, um sistema prático de limitação do poder pelo poder: **dualidade de magistrados com poderes iguais**, cabendo a cada um, qualquer deles, em iguais condições, a totalidade do poder. O direito de veto de um magistrado contra a decisão do seu par correspondia, embora de maneira empírica, ao moderno processo constitucional.¹⁷³
(grifo do autor)

Uma dualidade de magistrados julgando pedidos de preventiva *stricto sensu*, e revogação da preventiva, tende a reforçar a imparcialidade do julgamento.

Como solução para o problema de imparcialidade do juízo aponta-se uma reformulação do procedimento da prisão preventiva *stricto sensu* (com base na teoria da divisão do poder de Montesquieu e John Locke),

¹⁷² PORTANOVA, Rui. **Princípios de processo civil**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 73.

¹⁷³ MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 205 – 206.

com conseqüente fragmentação do poder jurisdicional, para evitar que este decrete a preventiva e *a posteriori* julgue o mérito. Esta solução tende a fortalecer o princípio da imparcialidade do juiz, e a garantir o direito natural de liberdade.

5.3.1 O juizado de instrução na América do Sul é uma garantia de imparcialidade?

O legislador brasileiro quando da elaboração do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), optou por não implantar o juizado de instrução e manter o inquérito policial. Na exposição de motivos se realça que não se poderia à época implantar o referido juizado de instrução, pois, não haveria condições de implantar um em cada distrito, sendo impossível o juiz instrutor estar presente em todo lugar (ubiquidade). Argumentou-se também que poderia haver uma quebra do sistema, pois, nas capitais haveria a imediata intervenção do juiz instrutor, enquanto nos lugares mais distantes haveria o sistema de inquérito. Argumentava-se também que o inquérito representa uma garantia dos juízos apressados e errôneos.

Mas o que se entende por juizado de instrução? Para GRINOVER, o juizado de instrução é um modelo ultrapassado, onde cabe ao juiz dirigir a investigação policial prévia. Portanto, um juiz com dupla função, uma de supervisão e investigação, e outra de autoridade que decide sobre medidas cautelares, prisão, arresto, seqüestro, busca e apreensão,

interceptação telefônica. Este juiz não decide o mérito, mas conduz a instrução e “ao mesmo tempo cuida da investigação e de ordenar as medidas restritivas de direitos e de garantir ao acusado a observância dessas garantias em relação a seus direitos constitucionais.”¹⁷⁴

Feita esta consideração preliminar a respeito da terminologia, a questão se desvia ao problema da viabilidade de um juiz de instrução, problema este que se reduz a seguinte pergunta: O sistema que trabalha com um juiz de instrução pode ser uma solução viável de implementação de garantias para o procedimento da prisão preventiva *stricto sensu*? A resposta é negativa, apesar de existir uma vantagem do juiz instrutor que é a presunção absoluta de parcialidade, de modo que o juiz que instrui jamais poderá julgar a causa, tendo em vista que “os diversos prejulgamentos que ele efetua no curso da instrução levam à prevenção como causa de exclusão de sua competência para julgar o futuro processo”¹⁷⁵. A resposta é negativa porque, de certa forma parece existir um equívoco secular, e que se arrasta até nossos dias. O equívoco é que entre o juiz atual e o juiz instrutor existe pouca diferença, uma vez que ambos são gestores de prova.

É evidente que o juiz não pode gerir provas, pois o sistema tenderá ao sistema inquisitório. Para demonstrar esta conclusão, LOPES JR aponta alguns inconvenientes do juiz instrutor: a) é “um modelo superado e

¹⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover & FISCHER, Félix. **Juizado de instrução, vantagens e inconvenientes. exame de alternativas ajustadas à realidade brasileira.** Seminário aspectos penais em 500 anos. Anais . volume 18. p. 22

¹⁷⁵ LOPES JR., Aury Celso L. **A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal.** In: **Juris Síntese Millennium.** São Paulo: Síntese, 2004. 1 CD-ROM.

intimamente relacionado à figura histórica do juiz inquisidor”; b) A mesma pessoa que decide sobre um ato de investigação avalia sua legalidade; c) existirá desigualdade, pois se o juiz é inquisidor quem atua como garante?; d) compromete a celeridade processual, pois a fase preliminar se transforma em plenário; e) representa uma contradição, pois se a instrução preliminar deve servir para “formar a *opinio delicti* do acusador público, deve estar a cargo dele e não de um juiz, que não pode e não deve acusar”; f) confunde o julgador com o acusador; g) a instrução preliminar de natureza inquisitiva (sem contraditório e ampla defesa) acaba gerando provas, o que é algo inaceitável.¹⁷⁶

Portanto, após as respectivas ponderações, fica patente que não se defende um juiz instrutor, mas um **procedimento ordinário tripartido** nos moldes já praticados por diversos países da América do Sul, como a Venezuela, Paraguai, Chile e Uruguai. O titular da ação penal é o Ministério Público, e somente a ele deve incumbir a gestão da prova no processo penal.

Parece que a solução passa tanto pela estrutura judiciária, como pelo procedimento adotado, pois, a estrutura do judiciário brasileiro conta com juízes estaduais e federais, com competência para causas cíveis e criminais, e com tribunais estaduais e federais para julgamento de recursos, mas em nenhum momento conta com juízes de garantias, que estariam encarregados de controlar a investigação criminal (garantir as liberdades e direitos do cidadão), sem que pudesse ao final julgar o mérito.

¹⁷⁶ LOPES JR., Aury Celso L. **A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal.** In: JURIS SINTESE, janeiro de 2004. 1 CD-ROM 45.

De outra banda, o procedimento ordinário criminal brasileiro é **bipartido**, existindo uma fase preliminar de inquérito presidido pela figura do delegado de polícia, e a fase judicial, onde o juiz que controlou o inquérito, fará a gestão das provas, inclusive poderá produzi-las *de ofício*, e ao final julgar o mérito.

Segundo GRINOVER, a análise dos juizados de instrução partiu do “projeto final do Código e Modelo de Processo Penal para a Ibero-América, que foi apresentado em 1988, na décima primeira jornada “ibero-americanas de Direito Processual do Rio de Janeiro”, pois, naquela época, “a esmagadora maioria dos países da América Latina adotava legislação de características marcadamente inquisitivas, com procedimentos escritos e secretos, em que as etapas da investigação, da instrução e da sentença eram confiadas ao mesmo juiz – juiz de instrução –, [...] e em que a prisão cautelar era a regra.”¹⁷⁷ De 1988 até os dias atuais muita coisa mudou, pois na maioria dos países integrantes do Tratado do Mercosul, adotaram o modelo proposto naquela jornada, com exceção do Brasil que se limitou a fazer pequenas alterações.

O novíssimo Código Orgânico Processual Penal Venezuelano (COPP), publicado na Gazeta Oficial Extraordinária nº 5.558 de 14 de novembro de 2001, adota o requisitado **procedimento ordinário tripartido**, que procura aumentar a garantia de imparcialidade do julgador. Neste procedimento, a primeira fase, chamada de *fase preparatória*, é presidida pelo

¹⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover & FISCHER, Félix. **Juizado de instrução, vantagens e inconvenientes. exame de alternativas ajustadas à realidade brasileira.** Seminário aspectos penais em 500 anos. Anais . volume 18 p. 25. Disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol18.pdf>. Acessado em 28.07.2006.

representante do Ministério Público. Deve-se ressaltar que lá os órgãos de investigação e polícias estão subordinados ao Ministério Público. Nesta fase preparatória tem-se por objetivo preparar o julgamento oral, recolher dados, provas, identificar suspeitos e investigados. Os **juízes de garantias** (*juez control*) farão o controle e zelarão pelo cumprimento dos princípios e garantias constitucionais, bem como outras estipuladas em legislações internas, tratados ou acordos internacionais, conforme dispõe o art. 280 do COPP:

A los jueces de esta fase les corresponde controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en este Código, en la Constitución de la República, tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República; y practicar pruebas anticipadas, resolver excepciones, peticiones de las partes y otorgar autorizaciones.¹⁷⁸

Quando o representante do Ministério Público venezuelano estiver formado a *opinio delicti* – convencido de que a investigação proporciona fundamento para um julgamento público do acusado – deverá apresentar acusação perante o juiz de garantias, e o processo passará automaticamente para a fase seguinte, chamada de *fase intermedia*.

O juiz de garantias marcará uma audiência preliminar, e convocará as partes (inclusive a vítima que é parte no processo). No prazo de cinco dias antes das audiências as partes e advogados de defesa poderão por escrito: a) opor exceções; b) pedir a revogação de uma medida cautelar; c) propor acordos de reparação de danos; d) solicitar a suspensão condicional do processo; e) propor as provas que podem ser objeto de acordo entre as partes;

¹⁷⁸ VENEZUELA. **Código Orgânico Processual Penal Venezuelano**, de 14 de novembro de 2001. Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweven.htm>. Acessado em 28.07.2006.

f) promover as provas que produzirão no júízo oral, com indicação de sua pertinência e necessidade; g) Oferecer novas provas nas quais haja tido conhecimento após a apresentação da acusação.

No final da audiência, o juiz de garantias resolverá, na presença das partes sobre as seguintes questões: a) sanar defeitos na acusação ou queixas, que deverá ser feito na própria audiência ou a suspensão da audiência para tal finalidade, caso em que a mesma deverá prosseguir no menor tempo possível; b) admitir, total ou parcialmente, a acusação do Ministério Público ou a queixa, e ordenar a abertura da fase seguinte (*juicio oral*), podendo o juiz, inclusive atribuir aos crimes uma classificação jurídica provisória, distinta da acusação e da queixa; c) decidir pela decadência, se considerar que ocorreu algumas das causas estabelecidas na lei; d) resolver as exceções opostas; e) decidir acerca das medida cautelares; f) sentenciar conforme o procedimento por admissão do crime; g) aprovar os acordos reparatórios; h) acordar a suspensão condicional do processo; i) decidir sobre a legalidade, licitude, pertinência e necessidade da prova oferecida para a fase de júízo oral (*juicio oral*) .

O juiz de garantias, ainda na presença das partes, mandará lavrar auto de abertura ao júízo oral, quando admitir a acusação (o auto é inapelável).

O júízo oral é composto por um juiz togado e dois jurados. A audiência designada para o julgamento oral se iniciará com a presença das partes e será presidida pelo juiz togado. Nesta audiência os debates serão

orais, e somente se admitirão a leitura de escritos, mas não sua apresentação. Ao final é proferida sentença que não poderá exceder os fatos e circunstâncias contidas no auto de abertura do júizo oral.

Verifica-se, portanto, que neste procedimento tripartido, existe uma preocupação muito grande com o princípio da imparcialidade do juiz, tanto é verdade que o juiz de garantia não poderá fazer parte do julgamento do mérito, por expressa vedação do art. 104 do COPP:

Artículo 104. Funciones. [...]

Se puede desempeñar simultáneamente, durante un mismo período, las funciones de juez presidente de tribunal mixto, de tribunal de jurados, y de juez que conoce del procedimiento abreviado; y, rotativamente, cumplido el período, las funciones de juez de control, de juicio y de ejecución de sentencia.¹⁷⁹

E como já foi comentado, os juizes venezuelanos estão proibidos de manter comunicação sobre a causa, direta ou indiretamente, com apenas uma das partes presente, bem como poderão ser recusados se já tiverem opinado na demanda. Ademais, o rol das causas de impedimento e suspeição não é taxativo. A prisão do imputado deve ser comunicada imediatamente ao juiz de garantias, para que este preste declaração perante a autoridade judiciária, ou mais tardar em doze horas, isto no caso do imputado solicitar a nomeação de um advogado. Mas em todo o caso as declarações do imputado sempre será na presença de um defensor. O representante do Ministério Público poderá pedir a prisão preventiva do imputado ao juiz de garantia, pois este não julga o mérito da demanda. Da mesma forma que o juiz de garantias

¹⁷⁹ VENEZUELA. **Código Orgânico Processual Penal Venezuelano, de 14 de novembro de 2001**. Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweven.htm>. Acessado em 28.07.2006.

pode decretar a prisão preventiva na fase preliminar, também poderá manter a privação de liberdade na fase intermediária. As decisões sobre medidas cautelares são recorríveis para a corte de apelação (art. 439, 4º, COPP), cujos prazos para sua tramitação são reduzidos para que se tenha a garantia da celeridade processual. Na fase oral, os debates são orais, não se admitindo petições por escrito, apenas a leitura. As partes apresentam suas provas para os juízes de forma oral, os juízes que compõe a fase oral zelarão pela legalidade das mesmas.

Também se pode seguir o exemplo da estrutura judiciária do Paraguai, que possui um novo Código de Processo Penal, Lei n. 1286-98 (*Código Procesal Penal*)¹⁸⁰, pois a instrução e o julgamento de mérito são da competência de juízes diversos.

No Direito Paraguaio fazem parte do órgão judiciário: a Corte Suprema de Justiça (*Corte Suprema de Justicia*), o Tribunais de Apelação (*Tribunales de Apelación*), Tribunais de Sentença (*Tribunales de Sentencia*) e Juízes Penais (*Jueces Penales*), conforme art. 38, da Lei n. 1286-98.¹⁸¹ E da mesma forma que no Direito Venezuelano, existe um procedimento ordinário tripartido. A primeira fase (*etapa preparatoria*), é iniciada por uma denúncia, queixa ou de ofício pelas autoridades de investigação (polícia e ministério público), e termina com a ata de acusação. Os atos desta primeira fase serão controlados pelo judiciário, mas os juízes não poderão realizar atos

¹⁸⁰ PARAGUAI. **Lei n. 1286-98, de 08 de julho de 1998.** Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwepar.htm>. Acessado em 28.07.2006.

¹⁸¹ Ibid.

investigativos que comprometam sua imparcialidade (art. 282)¹⁸². Os atos investigativos são de competência do Ministério Público, que por sua vez é auxiliado pela Polícia, que lhe é subordinada. Com a notificação das partes, dando ciência da acusação inicia-se a etapa intermediária (*etapa intermedia*), onde o juiz penal designa audiência oral, para análise e decisão de incidentes, não sem antes dar vista as partes dos autos de evidencias reunidas durante a fase preliminar. Nesta audiência será proposto pelas partes as provas que serão produzidas na fase seguinte, para controle do juiz penal. Esta fase é encerrada pelo auto de abertura ao julgamento (*auto de apertura a juicio*), onde poderá ser mantido ou revogado as cautelares. O juiz penal por sua vez remete as autuações ao Tribunal de Sentença competente, dando-se início a última fase (*juicio oral y público*). O presidente do Tribunal de Sentença (formados por três juízes) designará julgamento que não poderá ser superior a trinta dias nem inferior a dez (art. 365)¹⁸³, mandará notificar as partes, citar as testemunhas e peritos. Os juízes na audiência marcada pela oralidade, receberão as declarações do imputado e as provas. A sentença será proferida em audiência e a apelação não terá efeito suspensivo, iniciando-se a execução penal.

No Direito Chileno encontramos uma estrutura judiciária semelhante, pois lá também existe a figura do juiz de garantias e do *Tribunal de Juicio Oral*. A Lei n. 1969-6, de 12 de outubro de 2000 – Código de Processo Penal do Chile (*Codigo Procesal Penal*) – também estabelece um procedimento ordinário tripartido, onde na fase preliminar (*Etapa de*

¹⁸² PARAGUAI. **Lei n. 1286-98, de 08 de julho de 1998**. Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwepar.htm>. Acessado em 28.07.2006.

¹⁸³ Ibid.

Investigación) o juiz de garantias é encarregado de fazer o controle da investigação preliminar, que é atividade exclusiva do Ministério Público, que por sua vez está na direção dos atos da polícia. Esta fase se inicia de ofício, ou mediante denúncia ou queixa, e se encerra com a acusação após a declaração de encerramento da investigação. Na fase intermediária o juiz de garantia notifica as partes para uma audiência de preparação para a fase do julgamento oral, onde decidirá sobre incidentes e admitirá ou rejeitará provas que deverão ser produzidas na fase seguinte, e ao término ditará o auto de abertura para o julgamento oral que será remetido ao Tribunal de Julgamento Oral (*Tribunal de Juicio Oral*). Na fase do Julgamento Oral, o presidente do tribunal marcará o julgamento, e mandará dar ciência às partes. No mesmo dia do julgamento, o tribunal deverá dar a sentença final condenatória ou absolutória.¹⁸⁴

Na Bolívia vigora a Lei n. 1970 de 25 de março de 1999, (*Ley Del Código de Procedimiento Penal*), que estabelece uma estrutura judiciária compatível com o procedimento ordinário tripartido. São órgãos jurisdicionais Bolíviaos a Corte Suprema de Justiça, as Cortes Superiores de Justiça, o Tribunais de Sentença, os Juízes de Sentença, os Juízes de Instrução e Juízes de Execução penal. Aos juízes de instrução é atribuída a função de controle judicial das investigações na fase preliminar, e ao tribunal de sentença é atribuído o julgamento de mérito da causa. A fase preliminar se inicia com a denúncia ou queixa, precedida pela formalização da imputação, sendo concluída com a acusação que é oferecida ao juiz ou tribunal de sentença (art. 323). Mesmo que expressamente a lei não diga, existe uma fase intermediária

¹⁸⁴ CHILE. Lei n. 1969-6, de 12 de outubro de 2000. Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwebol.htm>. Acessado em 28.07.2006

marcada por uma audiência (*audiencia conclusiva*), onde se reúnem as autuações e evidências colhidas na fase de investigação, e se oferece os meios de provas necessários (art. 325). Os juízes na fase de investigação não podem realizar atos de investigação que comprometam sua imparcialidade (art. 279). Também o juiz que decide sobre incidentes principalmente sobre a ratificação, revogação, substituição ou imposição de medida cautelar (art. 328), não é o mesmo que julgara o mérito.¹⁸⁵ É obvio que existe uma vantagem do procedimento Boliviano, que é uma sentença colegiada, pois o tribunal de sentença é composto por um juiz técnico e dois juízes cidadãos.

Como foi possível demonstrar os Códigos da Venezuela, Paraguai e Chile seguiram o Código e Modelo de Processo Penal para a Ibero-América, que foi apresentado em 1988, na décima primeira jornada ibero-americana de Direito Processual do Rio de Janeiro.¹⁸⁶ Tais códigos têm como característica marcante: a) a atribuição da investigação criminal prévia ao Ministério Público que dirigem à Polícia Judiciária; b) a intervenção do juiz de garantias somente para as medidas cautelares; c) intransponibilidade para o processo, dos elementos probatórios recolhidos na fase de investigação prévia que servem apenas para formação da *opinio delicti* ou embasar medidas cautelares; d) um procedimento oral, público, com três fases distintas (investigativa, intermediária, e final com julgamento).¹⁸⁷

¹⁸⁵ BOLÍVIA. **Lei n. 1970, de 25 de março de 1999.** Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwebol.htm>. Acessado em 28.07.2006.

¹⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover & FISCHER, Félix. **Juizado de instrução, vantagens e inconvenientes. exame de alternativas ajustadas à realidade brasileira.** Seminário aspectos penais em 500 anos. Anais . volume 18 p. 25. Disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol18.pdf>. Acessado em 28.07.2006.

¹⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover & FISCHER, Félix. **Juizado de instrução, vantagens e inconvenientes. exame de alternativas ajustadas à realidade brasileira.** Seminário

Deve-se acrescentar como ponto marcante o fato de que o juiz de garantia não julga o mérito, bem como o fato de que o tribunal de julgamento oral é colegiado.

As medidas visam ampliar a garantia de um juiz imparcial, face o problema da parcialidade do juiz que decreta a preventiva. É a tentativa de evitar a vinculação psicológica do decreto de prisão preventiva com a sentença de mérito, pois como já foi demonstrado, é evidente que aquela possui natureza penal.

5.3.2 Princípio da imediação

Ao admitir a natureza penal da prisão preventiva *stricto sensu*, bem como ao adotar a proposta crítica mediata de impedir que o juiz decrete aquela e posteriormente julgue o mérito da causa principal, se estará criando um possível confronto com o princípio da imediação.

O princípio da imediação é definido por DIAS como:

[...] a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de modo tal que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão.¹⁸⁸

aspectos penais em 500 anos. Anais. volume 18. p. 25. Disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol18.pdf>. Acessado em 28.07.2006.

¹⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueredo. **Direito processual penal**. Reedição da primeira edição de 1974, Coimbra:Coimbra-Protugal, 2004. p. 230.

O mesmo autor explica que o princípio da imediação possui extrínseca ligação com o princípio da oralidade. E somente se reconheceu a absoluta prevalência destes dois princípios, o da oralidade e imediação, em razão do influxo das idéias de prevenção especial, onde se busca auferir a personalidade do argüido no processo penal.¹⁸⁹

Para RAMOS, o princípio da imediação “*é, sobretudo, o contato direto entre o órgão julgador e as provas, no sentido de que ele presencia-lhes a produção, a fim de poder analisar-lhes o resultado [...]*”¹⁹⁰. Neste sentido SOUZA NETTO esclarece que: “*O princípio da imediação é instrumento da prova e do sistema da livre apreciação.*”¹⁹¹

Assim sendo, o problema com o princípio da imediação não existe, ou, é apenas um pseudo-problema. Isto porque o princípio da imediação é aplicável às provas, uma vez que prega o contato entre o juiz e a produção de prova, e jamais poderá orientar as prisões de qualquer espécie. Ademais, o conceito de prova em questão não abrange a prisão preventiva *stricto sensu*.

Também não se pode argumentar que o princípio da imediação possa ser quebrado pelo fato do juiz, que possui competência para julgar o mérito da causa principal, estar ausente na produção da prova. Ademais, existem dois procedimentos distintos, um cautelar e outro ordinário, portanto, o

¹⁸⁹ Ibid., p. 230 – 231.

¹⁹⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 95

¹⁹¹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal. Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 151.

princípio da imediação vigora dentro dos respectivos procedimentos. Ou seja, as provas destinadas a decretação da prisão preventiva, são produzidas para o juízo que decreta a preventiva ou concede a liberdade provisória.

O princípio da imediação é um princípio amplamente difundido no procedimento ordinário tripartido adotado pelos países sul-americanos como a Bolívia, Paraguai, Chile e Venezuela. A Lei n. 1969-6, de 12 de outubro de 2000 – Código de Processo Penal do Chile (*Código Procesal Penal*), no seu art. 226, estabelece expressamente o princípio da oralidade e imediação, dizendo que as audiências de preparação do julgamento oral serão dirigidas por um juiz de garantias, inclusive não se admitindo a apresentação de escritos nesta audiência¹⁹².

No Paraguai o princípio da imediação é uma exigência para o julgamento oral, conforme dispõe o art. 366, do Código de Processo Penal, Lei n. 1286-98 (*Código Procesal Penal*): “Inmediatez. El juicio se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de todas las partes. El imputado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal.[...]”¹⁹³

Na Bolívia, o art. 330, da Lei n. 1970 de 25 de março de 1999, (*Ley Del Código de Procedimiento Penal*) também estabelece expressamente o princípio da imediação para a fase do julgamento oral: “(Inmediación). El juicio

¹⁹² CHILE. Lei n. 1969-6, de 12 de outubro de 2000. Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwebol.htm>. Acessado em 28.07.2006

¹⁹³ PARAGUAI. Lei n. 1286-98, de 08 de julho de 1998. Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwepar.htm>. Acessado em 28.07.2006.

se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de todas las partes.”¹⁹⁴

Na Venezuela, o art. 16 do Código Orgânico Processual Penal, estabelece expressamente o princípio da imediação de forma geral, dispondo que: “Los jueces que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento.”¹⁹⁵

Assim, não existe qualquer problema de se implantar um procedimento ordinário tripartido que garanta a imparcialidade dos juízes, e ao mesmo tempo propicie uma imediação com relação às partes e julgadores.

5.4 Pressupostos e Fundamentos para o Decreto da Prisão *Stricto sensu*

São pressupostos da prisão preventiva *stricto sensu* a legalidade, a judicialidade, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

A judicialidade do decreto da preventiva tanto está expressa no art. 5º., inc. LXI, da Constituição Federal de 1988, quanto no art. 311 do Código de Processo Penal.

¹⁹⁴ BOLÍVIA. **Lei n. 1970, de 25 de março de 1999**. Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwebol.htm>. Acessado em 28.07.2006.

¹⁹⁵ VENEZUELA. **Código Orgânico Processual Penal Venezuelano, de 14 de novembro de 2001**. Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweven.htm>. Acessado em 28.07.2006.

Mesmo que o Código de Processo Penal Brasileiro não mencionasse qual autoridade teria competência para a decretação da prisão preventiva, outra lei não poderia dispor de forma diversa, isto sem incorrer na incontestável inconstitucionalidade. O art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988, é claro em dizer que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada **de autoridade judiciária** competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

A materialidade do delito, como pressuposto da decretação da prisão preventiva *stricto sensu* está disposta no art. 312 do Código de Processo Penal Brasileiro, que exige prova robusta da existência de um crime e não somente indícios. Assim dispõe o artigo em comento:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por motivo de conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficiente de autoria.

Os indícios da autoria, como pressuposto da decretação da prisão preventiva *stricto sensu* disposto no artigo supra citado, revela a preocupação com o ***fumus boni juris***, pressuposto fundamental das cautelares.

É importante frisar que não se exige a prova robusta da autoria do delito, pois do contrário haveria um julgamento antecipado do mérito. Se o juiz declarar existente a materialidade do delito e a prova robusta da autoria, esta decisão seria verdadeiro julgamento de mérito, e não apenas decisão precária (própria das cautelares).

Também não se quer afirmar categoricamente que os litígios de ordem criminal versam apenas sobre a materialidade e a autoria, isto porque não se pode esquecer das excludentes de ilicitudes e excludentes de culpabilidade, ou, dirimentes que podem ser objeto de investigação¹⁹⁶. Na verdade, a afirmação é de que se a causa não versar sobre estas excludentes e houver declaração da existência da materialidade do delito e prova robusta da autoria, haverá sim um julgamento do mérito, em total descompasso com o disposto no art 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. Uma privação da liberdade sem o *devido processo legal*.

Ao analisar mais detidamente o disposto no art. 313 do Código de Processo Penal se verifica que não é mera condição de admissibilidade, mas também faz parte dos pressupostos para a decretação da prisão *preventiva stricto sensu*.

Dispõe o art. 313 do Código de Processo Penal que:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I – punidos com reclusão;

II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarece-la;

III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no

¹⁹⁶ Refere-se aqui as aos casos de erro sobre a ilicitude do fato (art. 21 do CP), de coação irresistível e obediência hierárquica (art. 22 do CP), de inimputabilidade por embriaguez fortuita completa (art. 28, §1º do CP).

parágrafo único do art. 46 do Código Penal.

O dispositivo em questão está limitando a decretação da prisão *preventiva stricto sensu* aos delitos dolosos punidos com reclusão ou detenção, ou nos crimes dolosos em que o acusado seja reincidente. Nos delitos dolosos punidos com detenção, o decreto de prisão *preventiva stricto sensu* está limitado a prova de que o acusado seja vadio, ou, a existência de dúvida sobre a sua identidade (desde que o acusado não a forneça ou não indique elementos para esclarecê-la).

Portanto, os crimes culposos não são passíveis de prisão *preventiva*. Neste sentido, já decidiu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais em sede do Habeas Corpus n. 0286136-7, bem como no Recurso em Sentido Estrito n. 7473-6/220¹⁹⁷, onde se considerou constrangimento ilegal o decreto de prisão *preventiva*, nos casos de crimes culposos:

[...] consubstancia interpretação *extra legem* da dicção emanada do art. 313 do Código Penal, sendo sanável a ilegalidade pela via do Habeas Corpus, mormente quando não configurado o *periculum libertatis*, por não se tratar de réu vadio nem haver dúvida quanto a sua identidade.¹⁹⁸

Neste diapasão, não pode ser decretada a prisão *preventiva stricto sensu*:

¹⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Recurso em Sentido Estrito nº 7473-6/220, da 2ª Câmara Criminal do TJGO. Relator: Des. Aluizio Ataides de Sousa. Goiânia, 25 de junho de 2002. **Doutrina Jurídica Brasileira**, Caxias do Sul: Plenum, 2003. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7

¹⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. *Habeas Corpus Criminal* nº 0286136-7, da Câmara Especial Férias do TAMG. Relatora: Myriam Saboya. Uberlândia, 07 de julho de 1999. **Doutrina Jurídica Brasileira**, Caxias do Sul: Plenum, 2003. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7.

a) nos delitos culposos;

b) nos delitos dolosos punidos com detenção, quando o acusado possui profissão lícita, e seja civilmente identificado;

c) nos delitos dolosos punidos com reclusão ou detenção, desde que o acusado seja primário, ou, tecnicamente primário, respeitada as disposições do art. 64, I do Código Penal.

Toda e qualquer interpretação do art. 313, do Código de Processo Penal deve ter efeito restritivo, pois é este o efeito que se aplica a interpretação das medidas de caráter retributivo. Assim, como a prisão preventiva *stricto sensu* possui natureza penal obrigatoriamente deve ser interpretada da mesma forma, até pelo respeito ao princípio da legalidade, que dispõe que não haverá pena sem lei anterior que o defina.

A reincidência é verdadeiro pressuposto para a decretação da prisão preventiva, pois, do contrário não haveria necessidade de enunciado do inciso III, do art. 313, do Código de Processo Penal. Para que considerar pressuposto a condenação anterior por crime doloso, se mesmo primário o acusado pode ser preso preventivamente?

O fato é que o legislador andou muito mal na elaboração do artigo em comento, pois, evidente que ao enunciar a primariedade como pressuposto negativo para a decretação da prisão preventiva *stricto sensu* deu azo a

ameaças a testemunha e interferências no andamento do processo, sem que nada possa ser feito para impedir os atos do acusado. Urge neste ponto uma alteração do art. 313 do Código de Processo Penal, para que se criem mecanismos eficientes.

As decisões dos Tribunais Superiores desafiam a lógica: afirmam que os incisos I e II, do art. 313, do Código de Processo Penal são pressupostos, mas ao mesmo tempo negam eficácia ao inciso III do mesmo artigo. Em outras palavras, não aceitam a decretação de preventiva para os delitos culposos, mas aceitam tal decreto para os acusados primários. Neste diapasão não se respeita o princípio lógico do terceiro excluído, que diz não haver terceira opção no caso de haver identidade de objeto. Neste caso os objetos em apreços são os incisos I, II e III do art. 313 do Código de Processo Penal, que são identificados como pressupostos (ou requisitos). Portanto, não se pode afirmar e ao mesmo tempo negar a identidade de “*pressuposto*”. É ilógico e impensável em termos necessários e universais.

O fato é que os tribunais decidem sem fundamento, ou inventam formulas mirabolantes para sustentar os decretos preventivos. Rotineiramente afirmam que os pressupostos objetivos suplantam as condições de caráter pessoal, ou seja, admitem a decretação de preventiva mesmo que o acusado seja primário e de bons antecedentes, isto, sem responder adequadamente ao questionamento supra: Se o acusado primário pode ser preso preventivamente qual a necessidade ou finalidade do enunciado do inciso III, do art. 313, do Código de Processo Penal?

Portanto, não se devem dar vazão ao pensamento de RAMOS, que afirma existir claras vantagens de se suplantar os requisitos objetivos sobre as condições de caráter pessoal, pois esta permitiria “que a administração da justiça criminal se faça em termos de transparência, com ganho de credibilidade e plausibilidade sociais.”¹⁹⁹ É evidente que tal afirmação está pautada apenas no princípio da preventividade, ou seja, no discurso de ordem pública, isto sem considerar a retribuição causada, que é inerente ao encarceramento cautelar. A prisão preventiva *stricto sensu* não pode ser utilizada como política para aumentar a credibilidade da sociedade no sistema judiciário, ao contrário, ela deve estar contida na excepcionalidade constitucional e limitada pelos princípios do Estado de Inocência, da Dignidade da Pessoa Humana e da Legalidade.

Os tribunais quando aplicam a fórmula supra transcrita, negam eficácia ao inciso III, do art. 313 do Código de Processo Penal, portanto, também negam o princípio da legalidade.

O pressuposto do *periculum in mora* está disposto no art. 312 do Código de Processo Penal que dispõe sobre os fundamentos da prisão preventiva, como se fosse possível dar de antemão a fundamentação da sentença, retirando do juiz seu livre convencimento sobre a cautelar.

São os fundamentos legais: a garantia da ordem pública, a

¹⁹⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Del Rey: Belo Horizonte, 1998. p. 355.

garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a segurança da aplicação da lei penal.

Na realidade são termos genéricos e abstratos para atingir a liberdade do cidadão, uma vez que não se tem sequer um consenso do que seja ordem pública ou conveniência da instrução criminal.

Não obstante a falta de consenso, certo é que todos os fundamentos legais do art. 312 estão calçados nos princípios fundantes do sistema de encarceramento, que são justamente a retribuição necessária e a preventividade aparente.

Todas as teorias da prevenção possuem como centro das análises e valorações os **atos** do indivíduo, razão pela qual o conceito de garantia da ordem pública, da conveniência da instrução criminal e da segurança da aplicação da lei penal deve também girar em torno dos atos do indivíduo e não de seu estereótipo.

Quando o Estado quer garantir que não haja a reiteração dos atos criminosos ele apela para o que a lei denomina de ordem pública, que é o oposto da desordem pública. Mas, como prevenir sem anular ou retirar o indivíduo da sociedade? Este é o eterno dilema, porque já ficou consolidado que o Estado deve evitar o ato, mas jamais expurgar a pessoa.

A resposta passa pela análise do ato, se o mesmo é isolado ou

habitual. O Estado não pode prevenir atos isolados sem que haja um mínimo de lastro probatório de que o processado tenha cometido um novo delito, sob pena de se transformar o princípio da *retribuição necessária* em *retribuição desejada*, o que a nossa carta magna proíbe em sede de encarceramento preventivo, em razão do princípio do Estado de Inocência. A garantia de ordem pública, para atos isolados, deve ser alcançada em sentença final, como último ato do processo de persecução penal, e não de forma antecipada através da prisão preventiva *stricto sensu*.

De fato são equivocadas certas decisões do STF que elegem a gravidade do delito ou a sua repercussão como centros de análise da prevenção, pois, quando mudam o foco, desconsideram totalmente os princípios fundantes do sistema de encarceramento. Como exemplo destas decisões cita-se o Habeas Corpus nº 75.077/SP da 2ª turma, que enuncia:

[...] não constitui constrangimento ilegal a sentença de pronúncia que, devidamente fundamentada na garantia da ordem pública pela gravidade do crime e por sua repercussão, mantém a prisão do réu já decretada preventivamente [...]²⁰⁰

No aresto supra extrai-se que esta ordem pública estava ligada à gravidade do delito e a sua repercussão.

Em outro acórdão o mesmo STF decidiu, em sede de Habeas Corpus, que a ordem pública estava relacionada com violência do paciente:

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 75.077/SP, da 2ª Turma do STF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 31 de março de 1998. **Doutrina Jurídica Brasileira**, Caxias do Sul: Plenum, 2003. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7.

Violência do paciente - Motivação reprovável - Gerente de jogo do bicho, que desferiu seis disparos de arma de fogo, ferindo a vítima, por ter esta deixado o trabalho em virtude de desentendimentos. Ferimentos em terceira pessoa. Acórdão fundamentado, que restringiu o exame dos fatos ao mínimo suficiente à avaliação da necessidade de manter o paciente sob prisão, para garantia da ordem pública [...] ²⁰¹

Quando o ponto central é a prevenção, não importa se o delito é grave, ou se o delinqüente é violento, mas ao contrário a prioridade é evitar os atos considerados criminosos, sejam eles quais forem – apesar da lei restringir a prevenção cautelar para certos delitos. A violência do delito não é o centro das análises para decretação da prisão preventiva, mas ao contrário, existe um outro centro, que é a **nova ação ou omissão**. O juiz deve fundamentar se existem indícios suficientes desta nova ação ou omissão para decretar a preventiva.

A retribuição não pode se voltar para a personalidade do agente, mas para a ação do mesmo.

Para RAMOS, a expressão **garantia da ordem pública** é dotada de um único significado. Para ele o conceito de *ordem pública* está ligado com a prevenção da reincidência, com a tranqüilidade do meio social e com a restauração da credibilidade da justiça. ²⁰² Ora, este é o espírito da prevenção, e não outros eleitos esporadicamente.

No entanto, RAMOS não andou bem quando afirmou que apesar

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 70777/RJ, da 2ª Turma do STF. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, 14 de junho de 1996. **Doutrina Jurídica Brasileira**, Caxias do Sul: Plenum, 2003. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7.

²⁰² RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Del Rey: Belo Horizonte, 1998. p. 370.

do Código de Processo Penal não exigir o *clamor público* como pressuposto para a decretação da preventiva, tal conceito estaria atrelado a *ordem pública*.²⁰³ O clamor público não está relacionado com a reiteração dos atos, não sendo abarcado pelo princípio da preventividade.

Ao considerar o clamor público como pressuposto da decretação da preventiva, se está introduzindo um elemento estranho ao conceito de prisão preventiva *stricto sensu*. Ademais, o público clama em primeiro passo por medidas definitivas e não provisórias. Se o clamor é de definição, este não se identifica com o princípio da retribuição necessária, mas com a retribuição desejada.

Com relação ao fundamento da **conveniência da instrução criminal** o quadro é o mesmo, deve reformular seus contornos, sob a ótica mais apurada. Veja primeiramente que, o termo “conveniência”, dá ampla interpretação, quando se avalia o que é "conveniente para a instrução criminal" pois, o que é conveniente para alguns não o é para outros. De outra banda, deve-se considerar que as interpretações devem estar centradas no princípio fundante. Se é assim, a conveniência deve ser interpretada como garantia de não alteração dos fatos. Garantia de que o acusado não irá destruir documentos, ou opor resistência injustificada à investigação criminal.

Em determinados casos, o Supremo Tribunal Federal decidiu que seria conveniente para a instrução processual, a decretação da prisão

²⁰³ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Del Rey: Belo Horizonte, 1998. p. 371.

preventiva *stricto sensu* quando existisse temor emanado pelas testemunhas²⁰⁴. É obvio que o temor emanado pela testemunha não seria a justificativa adequada, mas sim o fato do acusado continuar agindo de forma criminosa, ameaçando as testemunhas. O temor que sente a testemunha pode ter causas diversas, e muitas delas não estão relacionadas como os atos do acusado que a lei pretende prevenir.

Como já foi citado o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-américa foi adotado pelo Paraguai, Bolívia e Venezuela, portanto, estes países estabelecem de forma uniforme **circunstâncias objetivas** para caracterizar o perigo de obstrução, obrigando o magistrado a fundamentar suas decisões nas referidas circunstâncias. No Paraguai, a Lei n. 1286-98, de 08 de julho de 1998 (*Código Procesal Penal*), no art. 244,²⁰⁵ e na Venezuela o Código Orgânico Processual Penal Venezuelano (COPP), publicado na Gazeta Oficial Extraordinária nº 5.558 de 14 de novembro de 2001, no seu art. 261, estabelecem como perigo de obstrução: a) a destruição, modificação, ocultação, supressão ou falsificação de elemento de prova; b) a influência para que os co-imputados, testemunhas e peritos informem falsamente ou se comportem de maneira desleal ou reticente; c) induzir a outros a efetuar tais comportamentos.

Na Bolívia, a Lei n. 1970 de 25 de março de 1999, (*Ley Del Código de Procedimiento Penal*), em seu art. 235, estabelece que a decisão

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 73847-8/SP, da 2ª Turma do STF. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 27 de agosto de 1996. **Doutrina Jurídica Brasileira**, Caxias do Sul: Plenum, 2003. 1 CD-ROM.

²⁰⁵ PARAGUAI. **Lei n. 1286-98, de 08 de julho de 1998**. Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwepar.htm>. Acessado em 28.07.2006.

sobre o perigo de obstrução levará em conta as mesmas circunstâncias supra, com exceção da letra “c”.²⁰⁶

Quanto a **garantia da aplicação da lei penal**, esta também deve ser revista sob um foco mais aguçado. Ademais, quando se estaria assegurada a aplicação da lei penal?

Tal fundamento de ordem extremamente subjetivo deve encontrar restrições em critérios objetivos, cujo ponto central seja os atos do acusado, e não outros elementos não abarcados pelo *princípio da prevenção*. De outra banda, no mínimo tais fundamentos devem ser interpretados como **pressupostos** que devem estar devidamente comprovados nos autos, através de provas robustas, e não meras conjecturas e somatórios de elementos indiciários.

Não agride a ordem pública a mera menção das vítimas de que se sentem ameaçadas pelo acusado, quando não comprovam efetivamente tal fato. Da mesma forma, não atenta contra a ordem pública o fato de o acusado possuir antecedentes. Ao contrário, atenta a ordem pública se o acusado em liberdade vem a ser denunciado pela prática de vários outros delitos, de maior ou menor potencialidade, desde que devidamente correlacionado com o primeiro. Cita-se como exemplo o acusado que responde por crime contra o patrimônio, e em liberdade é acusado de vários outros crimes posteriores e da mesma espécie. Neste caso, há um efetivo atentado contra a ordem pública.

²⁰⁶ BOLÍVIA. **Lei n. 1970, de 25 de março de 1999**. Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwebol.htm>. Acessado em 28.07.2006.

Não é exemplo de garantia da ordem pública, a prisão preventiva decretada contra a pessoa “propensa às práticas delituosas”, como ordinariamente se verifica em acórdãos dos mais variados tribunais. Esta afirmação não deve prevalecer, pois, nos leva a crer que exista um homem geneticamente criminoso, ou, que possua uma espécie de gene mutante do mal. Seria um retorno à LOMBROSO, onde os criminosos possuíam certos estereótipos que os definiam como tal. Portanto, não se deve admitir tamanho retrocesso.

A garantia da aplicação da lei penal é uma discrepância que deveria ser banida enquanto pressuposto extremamente subjetivo para a decretação da prisão preventiva *stricto sensu*, mesmo porque não existe mecanismo de medir a certeza da aplicação da lei penal, em razão mesmo da facilidade de locomoção entre Estados e Países. Portanto, se a segurança da lei penal é pressuposto da decretação da prisão preventiva *stricto sensu*, deveriam ser presos todos os acusados que preenchessem todos os demais requisitos, pois, na realidade se soltos, não há qualquer garantia de que não irão se evadir do distrito da culpa.

Considerando o espírito que sustenta o Estado Democrático de Direito, oriundo de um contrato social igualitário e respeitador dos direitos fundamentais do indivíduo, é fácil concluir que o pressuposto da garantia de aplicação da lei penal deve ser devidamente comprovado. Há requisitos objetivos que auxiliam o juízo na tomada de decisão, que são: a) ausência

injustificada ao processo, após chamamento judicial; b) alteração de domicílio sem comunicação do juízo; c) aquisição de passagens para o exterior; d) ausência do acusado da comarca sem prévia autorização judicial.

Neste sentido, o direito comparado é mais rico. O Paraguai, Bolívia, Venezuela e Chile que adotaram o Código e Modelo de Processo Penal para a Ibero-América, estabeleceram de forma uniforme que na decisão de decreto da prisão preventiva baseado no perigo de fuga, o magistrado deverá avaliar certas circunstâncias concretas. No Paraguai, a Lei n. 1286-98, de 08 de julho de 1998 (*Código Procesal Penal*), no seu art. 243,²⁰⁷ e na Venezuela o Código Orgânico Processual Penal Venezuelano (COPP), publicado na Gazeta Oficial Extraordinária n° 5.558 de 14 de novembro de 2001, em seu art. 260,²⁰⁸ arrolam como circunstâncias concretas para configurar o perigo de fuga: a) a falta de raiz no país, determinado pelo domicílio, acento da família, e de seus negócios ou trabalho e facilidades para abandonar definitivamente o país ou permanecer oculto; b) a pena que poderá ser imposta como resultado do procedimento; c) a importância do prejuízo causado e a atitude que o imputado assume frente a ele; e d) o comportamento do imputado durante o procedimento ou em outro anterior que se possa inferir razoavelmente, sua falta de vontade de sujeitar-se à investigação ou de submeter-se à persecução penal. Na Bolívia, a Lei n. 1970 de 25 de março de 1999, (*Ley Del Código de Procedimiento Penal*), em seu art. 234, estabelece que o perigo de fuga deve ser analisado considerando as mesmas

²⁰⁷ PARAGUAI. **Lei n. 1286-98, de 08 de julho de 1998.** Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwepar.htm>. Acessado em 28.07.2006.

²⁰⁸ VENEZUELA. **Código Orgânico Processual Penal Venezuelano**, de 14 de novembro de 2001. Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweven.htm>. Acessado em 28.07.2006.

circunstâncias supra, com exceção do da letra “b” e “c”, e acrescenta: “A evidência que o imputado está realizando atos preparatórios de fuga”.²⁰⁹

Para RAMOS, o fator tempo também se enquadra como requisito da prisão preventiva, o que preferimos tratar como verdadeiro pressuposto da mesma. Para aquele autor “em se tratando de prisão preventiva, o fator tempo é de imensa relevância. Não é razoável aceitar-se uma medida de urgência requerida e decretada muito tempo após o fato.”²¹⁰

Ressalta-se que, o presente capítulo trouxe uma nova sistemática, possibilitando a centralização dos pressupostos e fundamentos da prisão preventiva *stricto sensu* nos princípios fundantes.

²⁰⁹ BOLÍVIA. **Lei n. 1970, de 25 de março de 1999.** Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwebol.htm>. Acessado em 28.07.2006.

²¹⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro.** Del Rey: Belo Horizonte, 1998. p. 361.

7 CONCLUSÃO

Após os estudos realizados para elaboração da presente dissertação chega-se às seguintes conclusões:

a) Historicamente a prisão no Brasil inicia-se com a construção dos cárceres, sendo o primeiro deles em São Vicente, ainda na vigência das Ordenações Manuelinas.

b) Em se tratando da idéia de que o cárcere foi primeiro uma detenção legal que posteriormente se deu uma função corretiva conclui-se que existe uma distinção entre a legislação e o discurso do Estado. A legislação a princípio previa a prisão como meio de prevenção, no entanto, o discurso do Estado sempre teve vinculado a prevenção e a retribuição. A princípio discurso do Estado foi centrado na idéia de legitimar o direito de punir, bem como manter o poder. A expiação do pecado, não apenas ressaltava a retribuição a que deveria ser submetido o preso, mas também a prevenção especial, pois o sofrimento da punição visava a salvação da alma em primeiro lugar; Posteriormente, com os ideais constitucionalistas, justificou-se a punição na quebra do contrato social, ressaltando a idéia de segurança pública, de manutenção da ordem. E finalmente se eleva de maneira mais incisiva a idéia de que o Direito deveria se ater a segurança pública. O Estado passa a formular um discurso mais técnico e elaborado, dizendo que o cárcere passa da prevenção geral a especial.

c) Conclui-se também que existe um núcleo de elementos comuns entre a pena privativa de liberdade e a prisão preventiva *stricto sensu*, formando assim uma teoria do círculo secante.

d) Ficou comprovada na presente dissertação a existência de um sistema de encarceramento que possui dois princípios unificadores, que são a retributividade necessária e a preventividade aparente. Dois princípios que sempre estiveram no discurso estatal.

e) Após avaliar qual a real natureza da prisão preventiva *stricto sensu*, chegou-se a conclusão de que a mesma é tanto penal como processual penal. A natureza penal é decorrente do princípio da retributividade necessária elemento essencial do cárcere, enquanto a natureza processual é decorrente do princípio da preventividade.

f) Concluímos que as garantias do Estado de Inocência, do Devido Processo Legal e da Imparcialidade estão perdendo eficácia, isto em razão da regra de redução das garantias, na medida exata do discurso da inexistência de retributividade.

Esta constatação nada mais é do que um chamado à luta permanente do cientista criminalista e processualista para a proteção das garantias existentes, bem como para exigirem outras mais efetivas. É a conclusão mais importante, quase que nuclear, pois se a comunidade científica admitir a natureza retributiva da prisão preventiva *stricto sensu*, haverá um

movimento para exigir maiores garantias. A regra da proporção matemática, entre garantias e punição, será a mola do espírito humano, para se levantarem e lutarem.

g) Ao admitir a natureza penal retributiva da prisão preventiva *stricto sensu*, torna-se fácil justificar a forma com que trabalha a dogmática jurídica ao defender o instituto da detração e da execução provisória da pena, atribuindo ao preso provisório o direito de progressão de regime.

h) Ao admitir a natureza penal da prisão provisória *stricto sensu*, é inegável o surgimento de novos problemas. Como a parcialidade do juízo que decreta a medida, pois o juiz fica vinculado a decisão antecipatória.

i) A adoção de um procedimento ordinário tripartido nos moldes já praticados na Bolívia, Chile, Venezuela e Paraguai poderá amenizar o problema da parcialidade do juízo. Impedir que o juiz que decretou a prisão preventiva *stricto sensu* julgue o mérito da causa principal. Mas será viável apenas se conjuntamente existir uma reestruturação do processo penal brasileiro. Como foi relatado o sistema atual, bipartido (inquérito e procedimento judicial), não apenas contribui com a morosidade em razão da reprodução na fase judicial das provas já elaboradas na fase de investigação preliminar, mas também rompe com o princípio da imparcialidade, porque concentra o poder de investigação na figura do órgão julgador.

j) A separação do juízo jamais infringirá o princípio da imediação,

primeiro porque a imediação é entre o juiz e o imputado e não se aplica as provas. Ademais, mesmo que fosse aplicável, o princípio é garantido no julgamento oral, onde as partes invocam todas as provas que foram admitidas por um júízo prévio, portanto, as partes tomam conhecimento de todas as provas lícitamente produzidas no processo.

h) Por fim, a ótica dos pressupostos e fundamentos da prisão preventiva *stricto sensu* é alterada, tendo agora como princípios reitores o princípio da prevenção e da retribuição. Os pressupostos passam a garantir que o acusado não sofra uma retribuição desejada, própria das medidas definitivas. Da mesma forma, os fundamentos para a aplicação da prisão preventiva *stricto sensu* passam a serem mais concretos, substituído as subjetividades da garantia de ordem pública, garantia de instrução criminal, e garantia da aplicação da lei penal, semelhante ao que já existe no Código Modelo para o povo Ibero-Americano, no mesmo sentido da legislação do Paraguai, Venezuela, Bolívia e Chile.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, WALTER P. O processo penal. 14. ed. [S.L.]: Coleção Jurídica da Editora do Autor, 1979. p. 82.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** Tradução: Flório de Angelis. Bauru-SP: EDIPRO, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial, volume 2.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOLÍVIA. **Lei n. 1970, de 25 de março de 1999.** Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwebol.htm>. Acessado em 28.07.2006.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant.** Tradução: Alfredo Fait. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, c1969.

BOBBIO NORBERTO. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução: Maria celeste cordeiro leite dos santos.10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRASIL. **Exposição de motivos do código de processo penal de 1941.** Juris Síntese Millennium. São Paulo: Síntese, 2004. 1 CD-ROM

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de Novembro de 1992. **Juris Síntese Millennium.** São Paulo: Síntese, 2004. 1 CD-ROM.

BRASIL. Decreto, de 23 de maio de 1821. In: PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal. Evolução histórica e fontes legislativas.** 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Constituição, de 25 de março de 1824. In: PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal. Evolução histórica e fontes legislativas.** 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. *Habeas Corpus Criminal* nº 0286136-7, da Câmara Especial Férias do TAMG. Relatora: Myriam Saboya. Uberlândia, 07 de julho de 1999. **Doutrina Jurídica Brasileira**, Caxias do Sul: Plenum, 2003. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Recurso em Sentido Estrito nº 7473-6/220, da 2ª Câmara Criminal do TJGO. Relator: Des. Aluizio Ataides de Sousa. Goiânia, 25 de junho de 2002. **Doutrina Jurídica Brasileira**, Caxias do Sul: Plenum, 2003. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 75.077/SP, da 2ª Turma do STF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 31 de março de 1998. **Doutrina Jurídica Brasileira**, Caxias do Sul: Plenum, 2003. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 70777/RJ, da 2ª Turma do STF. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, 14 de junho de 1996. **Doutrina Jurídica Brasileira**, Caxias do Sul: Plenum, 2003. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 73847-8/SP, da 2ª Turma do STF. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 27 de agosto de 1996. **Doutrina Jurídica Brasileira**, Caxias do Sul: Plenum, 2003. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão nº 10182/2001, da 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Fux. Rio de Janeiro, 07 de novembro de 2001. **Juris Síntese Millennium**. São Paulo: Síntese, 2004. 1 CD-ROM.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 245629, da 6ª Turma. Relator. Min. Vicente Leal. Brasília, 01 de outubro de 2001. **Juris Síntese Millennium**. São Paulo: Síntese, 2004. 1 CD-ROM.

CITY BRAZIL. Disponível em <http://www.noronha.pe.gov.br/ctudo-hist-sitios.asp>. Acessado em 18 de agosto de 2006.

CHAUI, Madilena. **Convite à filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002.

CHILE. **Lei n. 1969-6, de 12 de outubro de 2000.** Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwebol.htm>. Acessado em 28.07.2006

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **História do direito processual brasileiro. Das origens lusas à escola crítica do processo.** Barueri-SP: Manole, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal.** Reedição da primeira edição de 1974, Coimbra:Coimbra-Protugal, 2004.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org). **Dicionário técnico jurídico.** São Paulo: Redeel, [199-?].

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover & FISCHER, Félix. **Juizado de instrução, vantagens e inconvenientes. exame de alternativas ajustadas à realidade brasileira.** Seminário aspectos penais em 500 anos. Anais. volume 18. Disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol18.pdf>. Acessado em 28.07.2006.

HISTÓRIA DO BRASIL – Trópico Histórico. Apud . DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **História do direito processual brasileiro. Das origens lusas à escola crítica do processo.** Barueri-SP: Manole, 2002.

HISTÓRIA. Disponível em <http://www.geocities.com/RainForest/Jungle/1418/historia.html>. Acessado em 19 jul. 2006.

HOBBS, Thomas. **De Cive. Elementos filosóficos a respeito do cidadão.** Tradução: Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 270.

KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos de la douctrina del derecho,**

México 1983, apud, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial, volume 2.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo.** Tradução: Alex Mrins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LOPES JR., Aury Celso L. **A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal.** In: JURIS SINTESE, janeiro de 2004. 1 CD-ROM 45.

LUISI, Luiz. **Princípios constitucionais penais.** 2. ed. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos do preso: lei de execução penal, lei n. 7.210/84.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Inquisição e justiça penal contemporânea. tribunais do santo ofício e as heranças da repressão. estado democrático versus regime ditatorial.** Prática Jurídica. Brasília, Ano III, n. 32, p. 16 – 26, 30 de novembro de 2004.

MICROSOFT CORPORATION. **Enciclopédia Microsoft Encarta.** 2001. 1 CD-ROM.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal.** 2 ed. Campinas: Millennium, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. 4v.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal.** 1.6 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 19 ed. São Paulo: Atlas,

2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo.** Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Direito processual penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.295.

NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Derechos humanos y prisión preventiva. manual de normas interacionales en materia de prisión preventiva.** Nueva York y Ginebra, 1994

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal.** 28 ed. São Paulo:Saraiva, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

PARAGUAI. **Lei n. 1286-98, de 08 de julho de 1998.** Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwepar.htm>. Acessado em 28.07.2006.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil. Evolução histórica.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PORTANOVA, Rui. **Princípios de processo civil.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PORTUGAL. **Ordenações manuelinas, livro v.** Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian. 1984. p. 134.

PORTUGAL. Código Filipino, de 11 de janeiro de 1603. In: PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil. Evolução histórica.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. **Ética.** Tradução de João Dell'Anna. 27 ed. Rio de Janeiro:Civilização Brasileira, 2005. p. 211 à 213.

SÃO VICENTE recebeu nome de mártin que morreu pela fé. Disponível em <http://www.aggio.jor.br/jornal17/saovicente.htm>. Acesso em 19 jul. 2006.

SARUBBI, Ary & RESENDE, Afonso Celso F. **Sistema prisional na europa. modelo para o brasil?** Campinas: Paritas, 1997.

SILVA, Evandro Lins. **História das penas.** Revista Consulex. Brasília, Ano V, n. 104, p. 12 – 23, 15 de maio de 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA NETTO. José Laurindo. **Processo Penal: sistemas e princípios.** Curitiba: Juruá, 2003.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro.** Del Rey: Belo Horizonte, 1998.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p.266.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE JUNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal.** Rio de Janeiro: Forense, 1983

ROSA, Borges da. **Processo penal brasileiro.** Porto Alegre, 1942, vol. 2, p. 282 apud SZNICK, 1995.

SARUBBI, Ary & RESENDE, Afonso Celso F. **Sistema prisional na europa. modelo para o brasil?** Campinas: Paritas, 1997.

SZNICK, Valdir. **Manual de direito penal.** São Paulo: Liv. E Ed. Universitária

de Direito, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 3 v.

VENEZUELA. **Código Orgânico Processual Penal Venezuelano**, de 14 de novembro de 2001. Disponível em <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweven.htm>. Acessado em 28.07.2006.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)