

Junya Rodrigues Barletta

**Fundamentos críticos para a
deslegitimação da prisão
provisória**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

DEPARTAMENTO DE DIREITO

Programa de Pós-Graduação em Direito

Rio de Janeiro, Junho de 2007

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.



Junya Rodrigues Barletta

**Fundamentos críticos para a
deslegitimação da prisão
provisória**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito do
Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador
Prof. João Ricardo Wanderley Dornelles

Rio de Janeiro
Junho de 2007



Junya Rodrigues Barletta

**Fundamentos críticos para a
deslegitimação da prisão
provisória**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Dr. João Ricardo W. Dornelles
Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. José Maria Gómez
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado
Universidade Gama Filho

Prof. João Pontes Nogueira
Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 22 de junho de 2007.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Junya Rodrigues Barletta

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa – MG.

Ficha catalográfica

Barletta, Junya Rodrigues.

Fundamentos críticos para a deslegitimação da prisão provisória / Junya Rodrigues Barletta; orientador: João Ricardo W. Dornelles. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2007.

1 v., 190 f.: il. ; 29 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Prisão provisória. 3. deslegitimação. 4. presunção de inocência. 5. garantismo. 6. direitos fundamentais. 7.. I. Dornelles, João Ricardo W.. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD 340

;;;;

Para os meus pais, Dalva e Edgard Ângelo

Agradecimentos

Agradeço à minha mãe, pelo amor, pelo cuidado, pelo exemplo de força e delicadeza, pelo apoio ilimitado e incondicional em todos os momentos da minha vida.

Ao meu pai, pela lição de caráter de todos os dias.

À Luíza, por todos os momentos lúdicos de alegria e de aprendizado.

Agradeço às minhas irmãs, que, mesmo longe, estão sempre muito próximas. À Fabiana, pelo incentivo constante durante o mestrado; à Marcella, pela amizade de sempre.

Ao Livio, pelo carinho e pelo estímulo em todos os momentos.

À querida Viviane Aparecida Lemes, pela força, pelos telefonemas e “puxões de orelha”, enfim, pela amizade verdadeira.

Agradeço ao meu orientador, Prof. João Ricardo W. Dornelles, pelo incentivo durante todo o trabalho, pelo crédito e pela confiança nas minhas capacidades em momentos muito difíceis.

Ao Prof. Geraldo Prado, pelas valiosas indicações bibliográficas e por sinalizar caminhos.

Ao corpo docente do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Direito da PUC-Rio, em especial aos professores José María Gómez, Gisele Cittadino e Carlos Alberto Plastino, que contribuíram intensamente para a minha formação para além dos limites deste trabalho.

Aos professores e alunos do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa – MG, com quem tive a oportunidade de conviver como aluna e professora e a quem devo meus primeiros passos na vida acadêmica.

Aos colegas do curso de Mestrado que se tornaram amigos queridos, Rulian Emmerick e Gustavo Proença, pela ajuda e apoio.

Por fim, agradeço também à CAPES pelo importante suporte financeiro.

Resumo

Barletta, Junya Rodrigues; Dornelles, João Ricardo Wanderley (Orientador). **Fundamentos Críticos para a Deslegitimação da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro, 2007. 190 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O trabalho tem como objetivo a análise crítica da prisão provisória brasileira à luz do *Garantismo* como modelo penal epistemológico, normativo e axiológico de legitimação do sistema processual-penal brasileiro de acordo com os parâmetros do Estado Constitucional de Direito. É possível constatar que o processo penal, em consonância com a visão metodológica instrumentalista própria do *Garantismo*, além da finalidade jurídica de fazer atuar o direito penal nos estritos limites da legalidade, presta-se ao objetivo maior de assegurar o respeito efetivo aos direitos fundamentais de indivíduos condenados, processados ou suspeitos da prática de infrações penais, contemplados na Constituição Federal de 1988, através das garantias inerentes ao devido processo legal, orientado pelo princípio político de presunção de inocência. O estudo das variadas modalidades de prisão provisória previstas no ordenamento jurídico pátrio conferiu ênfase à análise teleológica, especialmente ao questionamento da declarada natureza cautelar da prisão antes da condenação definitiva. Procurou-se criticar a tendência atual de utilização da prisão processual para fins inadequados de política criminal. Verificou-se que a prisão provisória nem sempre tem natureza cautelar, mas também assume fins extraprocessuais próprios à pena, ocupando assim um lugar privilegiado na economia real do sistema penal, revelando-se medida processual ilegítima em face do princípio constitucional de presunção de inocência. A partir de uma ponderação acerca de sua necessidade à luz do critério da proporcionalidade, também foi possível concluir que é necessário e possível criar mecanismos legais alternativos à prisão provisória enquanto medida cautelar.

Palavras-chave

Prisão provisória; deslegitimação; presunção de inocência; garantismo; direitos fundamentais

Abstract

Barletta, Junya Rodrigues; Dornelles, João Ricardo Wanderley (Orientador). **Critical Beddings for Delegitimating the Provisory Arrest**. Rio de Janeiro, 2007. 190p. Master of Arts Dissertation – Law Department, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The work has as objective the critical analysis of the Brazilian provisory arrest in the light of the *Garantism* as an epistemological, normative and axiological criminal model for legitimating the Brazilian procedural-criminal system, in accordance with the parameters of the Constitutional State of Law. It is possible to realize that the criminal proceeding, in accordance with the proper methodological instrumentalist vision of the *Garantism*, beyond the legal purpose of reinforcing the criminal law in the strict limits of legality, is useful to the higher objective of effectively assuring the respect of the basic rights of individuals condemned, processed or suspected for the practical of misdemeanors, through the inherent guarantees of the due process of law, guided by the political principle of innocence presumption contemplated in the Federal Constitution of 1988. The study of several modalities of provisory arrest foreseen at the native legal system emphasizes the teleological analysis, especially for questioning the declared provisional nature of the arrest before the definitive conviction. The current trend of using the procedural arrest for inadequate ends of criminal politics was criticized, verifying that the provisory arrest not always has provisional nature, but also assumes extra procedural purposes, thus occupying a privileged place in the real economy of the criminal system, being an illegitimate procedural measure in face of the constitutional principle of innocence presumption. From a perspective concerning its necessity in the light of proportionality criterion, it was also possible to conclude that it is necessary and possible to create alternative legal mechanisms to the provisory arrest as a provisional measure.

Keywords

Provisory Arrest; Delegitimating; Innocence Presumption; Garantism; Basic Rights

Sumário

1. Introdução: o contexto mundial de crise no sistema de direitos e garantias como perspectiva de análise da prisão provisória	9
2. Modelos penais à luz do garantismo	31
2.1. Introdução	31
2.2. Modelos penais epistemológicos e normativos	33
2.3. Modelos axiológicos ou justificacionistas	51
3. A presunção de inocência como princípio informador de um modelo de processo penal garantista e justo	77
3.1. Liberdade, verdade e igualdade como fontes de legitimação da jurisdição penal	77
3.1.1. Garantismo processual	77
3.1.2. Devido processo penal justo	82
3.2. O princípio de presunção de inocência	87
3.2.1. Considerações introdutórias: a opção política pela presunção de inocência	87
3.2.2. Histórico	88
3.2.3. A dupla dimensão do princípio de presunção de inocência: como regra de juízo e como regra de tratamento do imputado	94
4. A prisão provisória de acordo com a teoria processual	102
4.1. Jurisdição como poder e instrumentalidade do processo	102
4.2. A tutela cautelar para a teoria geral do processo	109
4.3. A prisão como medida cautelar	115
4.4. Considerações sobre a cautelaridade nas modalidades de prisão provisória previstas no ordenamento jurídico brasileiro	131
5. A deslegitimação da prisão provisória	143
5.1. Considerações históricas: um novo olhar sobre a prisão provisória enquanto instrumento de poder disciplinar	143
5.2. Revisão crítica da prisão provisória enquanto medida cautelar	150
5.2.1. A prisão provisória para garantia da ordem pública e para garantia da ordem econômica	157
5.2.2. A prisão provisória por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal	165
5.3. Medidas alternativas à prisão cautelar: apontamentos sobre a prisão provisória e outras medidas cautelares no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal	172
6. Referências bibliográficas	183

Introdução: o contexto mundial de crise no sistema de direitos e garantias como perspectiva de análise da prisão provisória

“E aconteceu como acontece na montanha quando, depois de uma longa estrada encravada entre as rochas, se alcança o cume e finalmente se abre defronte o panorama, iluminado pelo sol. Qualquer um se maravilhariá por esta comparação? O direito penal não está no vale antes que sobre o cume? Não é o direito da sombra antes que o direito do sol? A verdade é que, segundo uma admirável intuição de São Paulo, nós olhamos as coisas no espelho e por isso a vemos de cabeça para baixo. O direito penal, sim, é o direito da sombra; mas precisa atravessar a sombra para chegar à luz.”¹

Após a segunda grande guerra, surgem, no horizonte democrático que se anuncia, as Constituições de matriz principiológica, com extenso rol de direitos fundamentais e opções valorativas, como as Constituições da Itália (1947), da Alemanha (1949), de Portugal (1976) e da Espanha (1978). Essa modificação de conteúdo das Constituições tem um significado profundo para a política e para o direito. Primeiramente, representa o ponto de partida para o surgimento de um novo modelo de Estado de Direito, onde as conquistas do Estado Social são acrescidas ao modelo de Estado de Direito Constitucional. Ao mesmo tempo, desponta uma nova concepção do direito positivo, que passa a promover o reconhecimento da importância central dos princípios constitucionais na ordem jurídica, elevando-os à categoria de normas-primárias e diretrizes ou compromissos políticos vinculantes. Ultrapassam-se assim as limitações do juspositivismo tradicional que não admitia que os princípios são normas capazes de produzir efeitos jurídicos, e se inaugura uma nova fase de *constitucionalização do ordenamento jurídico*².

¹ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995, p. 14.

² GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, p.49: “(...) por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender um proceso de transformación de un ordenamiento al término del qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Um ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.”

Essa mudança tem efeitos em todos os ramos do direito, que hoje não mais sobrevivem alheios à normatividade constitucional, responsável pela transformação do direito pelos valores, princípios e diretrizes previstos constitucionalmente.³ Especialmente no direito penal e no direito processual penal, entende-se que ocorreu uma completa modificação de seus institutos, que, à luz dos princípios constitucionais de caráter penal e processual, passam a ter como objetivo maior *a tutela e a efetivação dos direitos fundamentais* como condição de legitimação do ordenamento jurídico (legitimidade jurídico-penal) e do Estado Constitucional e Democrático de Direito (legitimidade política)⁴:

“sólo un derecho penal reconducido únicamente a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica. Y sólo un derecho procesal que, en garantía de los derechos del imputado, minimice los espacios impropios de la dicricionalidad judicial, puede ofrecer a su vez um sólido fundamento a la independência de la magistratura y a su papel de control de las ilegalidades de poder.”⁵

Luigi Ferrajoli ressalta a importância da reflexão sobre a crise de legitimidade que embarga os atuais sistemas penais em seus fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos. Tais fundamentos foram em grande parte estabelecidos, com o nascimento do Estado moderno como Estado de Direito, pelo pensamento jurídico ilustrado, que os identificou como uma complexa série de direitos e garantias estabelecidos para a tutela do cidadão frente ao arbítrio

Cumpra observar também que, com a recepção dos direitos fundamentais pela grande maioria das Constituições modernas – que em verdade, consiste numa “verdadeira constitucionalização dos direitos naturais” – o conflito entre direito positivo e direito natural, entre positivismo e jusnaturalismo perdeu grande parte do seu significado. Para Luigi Ferrajoli, o conflito que ora se apresenta é aquele que se dá através da divergência entre “o que o direito é” (normatividade) e “o que o direito deve ser” (efetividade), contraste que está na base da tarefa de crítica do direito vigente. Para o autor, esse conflito sempre existirá, mas assevera que “(...) la elaboración de las garantías, es decir, de los mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad en la tutela o en la satisfacción de los derechos, constituye la tarefa más importante y difícil tanto de uma teoria como de uma política garantista do derecho”: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et alli. Madrid: Trotta, 2005, p.28.

³ Neste sentido BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 386.

⁴ Nas palavras de Habermas, “as dificuldades de integração presentes em todas as sociedades fortemente diferenciadas e complexas apenas serão solucionadas através dos meios do direito moderno se formos capazes de criar, com a ajuda do direito legítimo, essa forma abstrata de solidariedade cidadã cujo êxito ou fracasso depende diretamente do nível de efetiva realização dos direitos fundamentais”. In: HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. Trad. Gisele Cittadino e Maria Celina Bodin de Moraes da versão espanhola “Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos”. In: *La Constelación Posnacional*. Barcelona: Editorial Paidós, 2000.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p.10.

punitivo. O reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa como direitos de defesa de sua liberdade perante o Estado⁶ é, com certeza, um dos grandes legados da modernidade:

“A modernidade produziu, apesar da unilateralidade de sua perspectiva, práticas e concepções indiscutivelmente positivas. O reconhecimento dos direitos individuais face a qualquer forma de opressão, com todos os seus desdobramentos, constitui um patrimônio da humanidade, mesmo se na sua aplicação prática eles alcancem apenas a uma minoria e estejam cada vez mais ameaçados.”⁷

Esse complexo de direitos e garantias de indivíduos suspeitos, acusados ou réus perante o poder punitivo estatal foi amparado pelas Cartas Constitucionais democráticas, inclusive pela Constituição da República Brasileira de 1988, muitas vezes sob a forma de princípios de natureza penal e processual-penal⁸, também reconhecidos por diplomas internacionais. O processo de constitucionalização do ordenamento jurídico ocorrido em países europeus e a transformação que operou no direito, aqui enfatizando o direito penal e o direito processual penal, ocorreu também na América Latina, ainda que mais tardiamente e de forma particularmente diferenciada pela transição de regimes ditatoriais para regimes constitucionais democráticos. Paulo Sérgio Pinheiro assevera que

“durante as transições democráticas na América Latina nos anos 80 havia a grande esperança de que o fim das ditaduras significasse a consolidação do

⁶ HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. In: *Revista Del Rey Jurídica*, ano 8, n. 16, 1º semestre de 2006, Belo Horizonte, p. 72.

⁷ PLASTINO, Carlos Alberto. Os horizontes de Prometeu: Considerações para uma crítica da modernidade. In: *Contratualismo e Modernidade. Cadernos de Teoria Política Moderna*. Rio de Janeiro: Departamento de Direito, PUC-Rio, ano II, n. 1, 1996, p. 14. Sobre o surgimento e evolução dos direitos do homem: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Consoante Salo de Carvalho, o “rol de direitos e garantias asseguradas pelo pensamento ilustrado propiciou a noção contemporânea de direitos de primeira geração (direitos individuais), estruturando a base de legitimidade do garantismo jurídico”: CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 01.

⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 61: Ao princípio da legalidade, “chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”, seguem-se outros princípios basilares do direito penal, todos previstos explícita ou implicitamente na Constituição Brasileira de 1988, como o princípio da intervenção mínima, da lesividade, da humanidade, e da culpabilidade. Consoante Batista, os princípios básicos do direito penal “não deixam de ter um sentido programático, e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado de direito democrático”. No mesmo sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p.09, que chama os princípios limitadores do poder punitivo estatal de “princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de *Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito*”.

Estado de Direito. (...) No entanto, quando as sociedades latino-americanas passaram por transições de ditaduras para governos civis, as práticas autoritárias de seus governos não foram afetadas por mudanças políticas ou eleições: **sob a democracia prevalece um sistema autoritário, incrustado em especial nos aparelhos de Estado de controle da violência e do crime.** (...) Apesar das garantias fundamentais estarem bem definidas pela maioria das Constituições democráticas, o exercício da cidadania plena é praticamente inexistente para a maior parte da população. Essas sociedades baseadas na exclusão – em termos de direitos civis e sociais – poderiam ser consideradas democracias sem cidadania.”⁹

Ainda que a Constituição Brasileira de 1988 seja comparável às Constituições mais avançadas, há que se ter em vista que o Brasil possui antecedentes históricos, culturais e econômico-sociais que até hoje exercem enorme influência nos mecanismos punitivos, de maneira que aqui convivem, lado a lado, o Estado Democrático, com a previsão formal de direitos e garantias individuais em matéria penal, e o Estado policial, “herdeiro da tradição escravocrata, autoritária e ditatorial, legitimado, a cada instante, pelo discurso da eficácia e da segurança”¹⁰. Observa-se na realidade uma ampla violação dos direitos e garantias penais e processuais-penais pelas leis ordinárias e por práticas anti-liberais autoritárias.

A crise do garantismo penal de matriz ilustrada que, consoante Ferrajoli, verificou-se na Europa do século XIX, deixou seqüelas nos sistemas punitivos concretos de toda a Europa, que, por sua vez, inspiraram a codificação em países da América Latina, como o Brasil.

Uma vez consolidado o Estado liberal, foram se afirmando nas disciplinas penais, como reflexo das práticas institucionais, uma concepção conservadora do direito penal como técnica de controle social, de acordo com diversas orientações autoritárias que formam o tácito fundamento filosófico da cultura penal dominante

⁹PINHEIRO Paulo Sérgio. Introdução. O Estado de Direito e os não-privilegiados na América Latina. In: MÉNDEZ, Juan E., O'DONNELL, Guillermo, PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). *Democracia, violência e injustiça. O não-Estado de Direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.11, grifo nosso.

¹⁰TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas da segurança pública. In: HOLLENSTEINER, Stephan (org.). *Estado e Sociedade Civil no Processo de Reformas no Brasil e na Alemanha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 59. No mesmo sentido: DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança (entre pombo e falcões)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 111: “Assim, coexistem elementos positivos, que emergiram do processo de transição democrática, com os elementos negativos, que se originam na herança histórica autoritária, elitista e excludente da sociedade brasileira, aprofundados com a experiência de vinte anos de regime militar autoritário, se expressando através da sobrevivência de uma ‘sociedade incivil’, de uma ‘sociedade política elitista, não submetida ao controle dos excluídos, das não-elites’, de um ‘não-Estado de Direito’ para a imensa massa popular, além de um não-acesso à justiça.”

até os dias de hoje. É quando surge a pena de prisão como técnica de disciplina e correção e o projeto ilustrado e humanitário de castigar *menos* se converte em projeto disciplinar e tecnológico de castigar *melhor*¹¹.

Para o filósofo Michel Foucault¹², o poder soberano de punir se transforma em poder disciplinar de vigiar na virada do século XVIII para o século XIX, quando a função da lei penal passa a ser não mais a vingança ou a redenção de um pecado, mas a reparação do dano causado à sociedade pelo criminoso que a infringiu ou, se isso não for possível, impedir que males semelhantes voltem a ser cometidos contra a mesma. Foucault observa que o sistema de penalidades adotado pelas sociedades industriais em formação no momento da Restauração na França e da Santa Aliança na Europa, desviou-se rapidamente dos princípios teóricos formulados pelos reformadores. A prisão, mencionada apenas de forma ligeira e marginal no projeto de reforma penal, generaliza-se como pena. Além disso, a legislação penal, ao contrário do preconizado pelos reformadores, não procurará visar ao que é socialmente útil, à defesa da sociedade, mas a ajustar-se ao indivíduo, com o objetivo de controlá-lo:

“Toda a penalidade do século XIX passa a ser um controle, não tanto sobre se o que fizeram os indivíduos está em conformidade ou não com a lei, mas ao nível do que podem fazer, do que são capazes de fazer, do que estão sujeitos a fazer, do que estão na iminência de fazer.”¹³

Essa mudança na teoria penal se deve em grande medida à noção de *periculosidade* que nela se inseriu através da Psiquiatria, da Criminologia e da Antropologia Criminal, ciências que surgiram nesse período. A partir da idéia de *periculosidade*, o indivíduo passa a ser considerado não com base em seus atos, nas infrações efetivas a uma lei efetiva, mas com base nas virtualidades de comportamento que tais infrações representam¹⁴. Essa função de não mais punir simplesmente os indivíduos e sim de corrigir suas virtualidades é confiada, a

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 264.

¹² Do ponto de vista filosófico, o pensamento de Michel Foucault diverge essencialmente do pensamento de Luigi Ferrajoli que, como se verá, pretende resgatar da modernidade o pensamento ilustrado como base para sua construção de um modelo penal garantista. No entanto, o pensamento de ambos converge na análise da sociedade disciplinar do século XIX e da mudança ocasionada por ela nos mecanismos de justiça criminal. É ver: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Ligia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1983; Conferências IV e V. In: *A Verdade e a formas jurídicas*, Cadernos da PUC: Rio de Janeiro, 1974.

¹³ FOUCAULT, Michel. Conferência IV. In: *A Verdade e a formas jurídicas*, Cadernos da PUC: Rio de Janeiro, 1974, p. 68.

¹⁴ Ibid.

priori, não à justiça, mas a uma rede de poder lateral representada pela polícia e pelas instituições psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas e pedagógicas. Aos poucos, ela passa a fazer parte dos mecanismos institucionais do sistema penal, que passam a incorporar critérios pessoais como a reincidência, os maus antecedentes, a propensão do indivíduo a delinquir, enfim, critérios subjetivos que fazem referência à periculosidade dos réus para medir as penas e também como pressupostos de medidas preventivas, como a prisão provisória.

Assim, como reflexo da sociedade disciplinar moderna e de suas novas exigências¹⁵, remanesceu nos códigos, nas legislações e também nas práticas jurisdicionais, legislativas e policiais, uma orientação substancialista e efficientista em matéria penal, com o objetivo de correção e controle dos réus, com enfoque mais na sua personalidade do que na sua conduta delitativa, considerada em si mesma uma patologia moral e social. Criou-se o protótipo do criminoso como indivíduo *perigoso*, que necessita ser isolado da comunidade, vigiado, controlado e submetido. A história mostra que o confinamento espacial tem sido a forma de se lidar com os setores da população inassimiláveis e problemáticos: os escravos, os leprosos, os loucos, os de etnia, cultura ou religião diversas das predominantemente aceitas, e, enfim, os infratores das leis penais. É o confinamento como segregação da diferença¹⁶.

O delinqüente passa a ser não apenas aquele que pratica uma conduta em desconformidade com a lei penal, mas também o indivíduo com propensão a praticar crimes e, portanto, que ameaça a segurança e a paz na sociedade: é *o inimigo social*. Essa construção, além de determinar modificações profundas e graves para a teoria do direito penal, produz sérias implicações de ordem político-criminal. Estimula-se na sociedade o sentimento de medo e insegurança face a pretensos inimigos. Essa orientação firmou-se como um meio extraordinário de controle social, porque, através da *cultura do medo*, o Estado legitima o aumento do poder punitivo, justificando ações autoritárias e anti-democráticas que violam direitos e garantias individuais, com o apoio da população, manipulada pelos “movimentos de lei e ordem” realizados pelas agências estatais e pela mídia¹⁷.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 50.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 114.

¹⁷ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2 ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 99: “No plano das conjunturas nacionais, os meios de comunicação

A categoria *inimigo* foi desde então utilizada para rotular criminalmente grupos ou classes identificados como ameaças à nação. Nos países centrais durante o período de “guerra fria” (décadas de 50 a 80 do século passado), os inimigos eram os comunistas. Com o colapso do Comunismo, o inimigo foi substituído pelos traficantes de drogas e integrantes do crime organizado, até que, no século XXI, o inimigo principal é o terrorista. No Brasil e em outros países da América Latina, não é diferente: durante a ditadura militar, perseguiram-se os indivíduos denominados subversivos, anarquistas, comunistas, considerados inimigos do Estado e da segurança nacional. Sobre a doutrina da segurança nacional desenvolvida nos anos 70 e 80 na América Latina, assevera Baratta:

“Entonces la ideología autoritaria hizo un uso normativo de los análisis de Carl Schmitt (1963) sobre la lucha ‘existencial’ entre ‘amigos y enemigos’. Esta doctrina sirvió para legitimar no solamente un derecho penal orientado al enemigo, del cual aún hoy son visibles rastros también en los Estados con régimen formalmente democrático, sino sobre todo un sistema penal fuera de la legalidad constitucional, que, operando en modo paralelo al sistema legal, se ha revelado como mucho más eficiente y sanguinario que este último. Se trató de un verdadero y propio terrorismo de Estado, puesto en obra sobre todo por los regímenes militares del ‘Cono Sur’ de América Latina.”¹⁸

Atualmente, após a promulgação das Constituições democráticas, os inimigos declarados nos países latino-americanos são os traficantes e os integrantes do crime organizado, ou seja, a fonte propagada de perigo e medo não é mais o crime político, mas o crime comum. A eleição dos inimigos sociais

de massa são os encarregados de gerar a ilusão de eficácia do sistema penal (Zaffaroni, 1989:133) ou a sensação de desamparo da população, conforme o caso. Entre os instrumentos temos: Campanhas de distração, por meio das quais alguns meios procuram focalizar a atenção da opinião pública em fatos desviados isolados, para deslocar o centro de interesse da crise estrutural política ou econômica (Encontro Internacional de Penalistas, 1987).

Campanhas conformadoras do estereótipo do criminoso, calcado no jovem marginalizado do sexo masculino.

Campanhas de lei e ordem. Por seu intermédio, canaliza-se um sentimento de insegurança cidadã, quando o poder das agências é ameaçado (cortes orçamentários, mudanças de jurisdição operacional), ou quando se aproxima alguma ruptura institucional e se procura gerar a necessidade de ‘ordem e segurança’, qualidade que se auto-atribuem os regimes com vocação totalitária, pelo simples expediente do desaparecimento das notícias (Zaffaroni, 1989:133)”.

Consoante SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 77, “o terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana”.

¹⁸ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Trad. Marianela Pérez Lugo e Patrícia Chiantera. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 29, janeiro-março de 2000, pp. 29-30.

tornou-se a base de políticas criminais de segurança, mas não de segurança dos direitos das pessoas independentemente do grupo social ao qual pertencem, e sim de segurança da nação, da comunidade estatal¹⁹. O discurso de segurança nacional foi substituído pelo discurso da segurança pública que procura legitimar medidas de política criminal próprias de um Estado preventivo.

A polêmica transformação do delinqüente em inimigo empreendida na modernidade foi retomada recentemente por Günther Jakobs, que reintroduziu a discussão sobre o conceito de *direito penal do inimigo* “de modo um tanto macabro *avant la lettre* (das conseqüências) de 11 de setembro de 2001”²⁰. Consoante Jakobs, o direito penal pode conhecer dois pólos ou tendências em suas regulações: de um lado, *o direito penal do cidadão*, onde se espera que o indivíduo exteriorize sua conduta delitativa para que o Estado reaja; e de outro lado, *o direito penal do inimigo*, onde a ação do indivíduo deve ser interceptada em seu estágio prévio, porque o que se combate é a sua periculosidade²¹. *O direito penal do cidadão*, de matriz liberal, vincula-se à idéia de Estado de Direito, onde a reação punitiva se dá exclusivamente perante atos exteriorizados do agente, excluindo da criminalização e da esfera do processo penal as meras intenções, os atos preparatórios de crimes, a personalidade ou outras características internas do agente. O cidadão é considerado uma pessoa que cometeu um erro: o ilícito penal.

De outra banda, *o direito penal do inimigo* visa a fazer frente ao perigo de danos futuros, aos riscos de destruição da ordem jurídica, sucumbindo às necessidades próprias à guerra. O inimigo é aquele indivíduo que por princípio, se conduz de modo desviado, não oferecendo garantia de um comportamento pessoal, e que, por isso, não pode ser tratado como cidadão, como pessoa, mas

¹⁹ Ibid., p. 29.

²⁰ MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do Inimigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 54. Consoante Alessandro Baratta, já em 1985, Jakobs se manifestava no sentido de a transformação dos sistemas penais contemporâneos apresentar tendências que deveriam ser interpretadas como uma “mudança de uma concepção liberal do direito penal para uma concepção *autoritária* de um direito penal ‘orientado ao inimigo’”: BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 5, janeiro-março de 1994, p. 15.

²¹ Essa polarização – direito penal do cidadão e direito penal do inimigo – representa uma tipologia ideal na construção teórica de JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito do Inimigo*. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

deve ser combatido como inimigo²². O inimigo é identificado sobretudo com o terrorista, “denominação dada a quem rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem”²³. A guerra contra o inimigo estaria justificada no direito legítimo dos cidadãos à segurança. No âmbito do *direito processual do inimigo*, vale a mesma orientação: trata-se da persecução de delitos mediante a guerra, de maneira que o processo penal não visa responsabilizar indivíduos por sua conduta delitativa, mas eliminar riscos, esgotando-se numa coação que não se dirige a cidadãos, mas a inimigos que, como tal, são destituídos de direitos. Significa que, no âmbito do processo penal, determinadas garantias penais e processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Jakobs assevera que é fundamental delimitar *o direito penal do inimigo*:

“(…) quem inclui o inimigo no conceito de delinqüente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos ‘guerra’ e ‘processo penal’. De novo, em outra formulação: quem não quer privar o Direito penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito – controle das paixões; reação exclusivamente frente a atos exteriorizados, não frente a meros atos preparatórios; a respeito da personalidade do delinqüente no processo penal, etc. – deveria chamar de outra forma aquilo que *tem que* ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo, guerra contida.”²⁴

Ainda que Jakobs defina o *direito penal do inimigo* como um tipo ideal e não se possa com certeza afirmar se o conceito é meramente descritivo ou afirmativo²⁵, entende-se que a construção teórica do filósofo e penalista alemão pode ser utilizada para legitimar sistemas penais autoritários e políticas criminais que flexibilizem ou suprimam direitos e garantias de indivíduos suspeitos, acusados e processados criminalmente, notadamente a garantia ou princípio de presunção de inocência e os direitos inerentes ao devido processo legal.

O *direito penal do inimigo* surge da união de dois fenômenos que caracterizam a expansão do direito penal nos dias atuais: o *punitivismo*, enquanto política criminal dominante, e o *direito penal simbólico*. A interligação entre esses

²² Ibid., p. 49.

²³ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito do Inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*, p. 36.

²⁴ Ibid., p. 37.

²⁵ MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do Inimigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, p. 74.

dois fenômenos significa que o critério legislativo de criminalização de condutas é oferecido como primordial resposta à insegurança e medo da população face a criminalidade e a violência, com o objetivo de dar a impressão tranquilizadora de que, através de leis penais mais gravosas, o Estado está cumprindo o seu declarado papel de combater a criminalidade. O direito penal simbólico também identifica, mais do que um determinado fato, específicos tipos de autores, construindo uma imagem social destes como “outros” em relação à sociedade, determinando a sua exclusão social. A identificação de um infrator como inimigo é

“(…) um reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização. Que outra coisa não é Lúcifer senão um anjo caído? Neste sentido, a carga genética do punitivismo (a idéia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do Direito penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito penal do inimigo.”²⁶

Além disso, a partir da identificação do criminoso com a figura do inimigo, rompe-se o paradigma liberal-moderno do *direito penal do fato* e toma lugar o *direito penal do autor*. Nas palavras de Meliá, o *direito penal do fato* constitui “princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito penal orientado à ‘atitude interna’ do autor”²⁷.

Nilo Batista conforma o *direito penal do fato* às exigências do princípio penal da lesividade²⁸. Primeiramente, tal princípio veda a incriminação de atitudes internas, como as idéias, convicções, desejos, aspirações e sentimentos dos homens. Também proíbe a incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor, como a autolesão, os atos preparatórios de um crime e o conluio entre pessoas para a prática de infrações penais, desde que, nas duas últimas hipóteses, a execução do delito não tenha sido iniciada. O princípio veda ainda a incriminação de condutas que não afetem bem jurídico relevante, onde, ressaltando a importância do “direito à diferença”, Nilo Batista enfatiza que as práticas e hábitos de grupos considerados minoritários – “como práticas sexuais,

²⁶ Ibid., p. 72.

²⁷ Ibid., p. 80.

²⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, pp. 92-96.

quaisquer que sejam, entre adultos consencientes”²⁹ – não podem ser objeto de criminalização, ainda que inevitavelmente sejam objeto de apreciação moral. Por fim, o princípio da lesividade veda ainda o que o penalista entende mais propriamente como *direito penal do autor*: a incriminação de simples estados existenciais ou condições de vida. Neste sentido, o direito penal só pode ser um *direito penal do fato*, da ação, da conduta, de forma que o indivíduo só pode ser responsabilizado por aquilo que faz (pela conduta praticada em desconformidade com a lei penal) e não pelo que é. Levando-se tal implicação às últimas conseqüências, o princípio da lesividade exclui, por que incompatível com o *direito penal do fato*, as medidas processuais de segurança fundamentadas num juízo de perigosidade³⁰. As prisões provisórias, como será exposto ao longo deste trabalho, são medidas processuais que se fundamentam basicamente num juízo de periculosidade. Como tal, elas são capazes de instrumentalizar políticas criminais orientadas pela idéia do *direito penal do inimigo* ou *do autor* e ofender as garantias do devido processo penal.

A construção teórica do *direito penal do inimigo* está na base de idéias de pensadores contemporâneos, com incidência direta sobre os mecanismos jurídico-penais e a política criminal. Nas décadas de 80 e 90 do século XX, a noção de *sociedade de risco*³¹ surge num contexto mundial de globalização, término da guerra fria, conseqüências globais catastróficas ao meio-ambiente e crises do mercado financeiro. A conjuntura do ataque de 11 de setembro de 2001 aos Estados Unidos e de outros atentados³² que se seguiram, da determinação em novembro de 2005 do *l'état d'urgence* na França, aliados à manutenção do

²⁹ Ibid., p. 94.

³⁰ Ibid., pp. 93-94.

³¹ Expressão cunhada pelo sociólogo Ulrich Beck: BECK, Ulrich. *World Risk Society*. Cambridge: Polity Press, 2001.

Sobre a teoria da sociedade do risco, Wienfried Hassemer explica: “a população das sociedades ocidentais encontra-se perante grandes riscos, como sejam, graves abusos, destruição do ambiente ao nível internacional, riscos monetários, colapso econômico, criminalidade organizada, corrupção, terrorismo. Os grandes riscos caracterizam-se por não serem domináveis, por serem devastadores quando se realizam, por serem vagos, opacos, enfim, por não serem tangíveis, pois não são mais uma sombra que um objeto. Considera a teoria que nesta situação aumentam o medo do risco da população e as suas necessidades de controle. Perante a ameaça do risco, a população carece de orientação, de tranquilidade normativa, por isso reage em pânico, sente-se encostada à parede e, em conseqüência, aumentam as suas necessidades de controle e os seus instrumentos de repressão. Segundo essa definição, **as sociedades do risco tendem para uma agravação dos meios repressivos e para uma antecipação do controle**”. HASSEMER, Wienfried. *Processo penal e direitos fundamentais*, pp.71-75, grifo nosso.

³² Em 11 de março de 2004, o sistema ferroviário de Madrid foi alvo de ataque terrorista. Por sua vez, Londres foi vítima de ataques da mesma natureza ao metrô nos dias 07 e 21 de julho de 2005.

modelo neoliberal nos países ocidentais com profundos reflexos culturais, sociais, políticos e econômicos sobre todo o mundo, provocaram ainda mais o polêmico debate contemporâneo acerca de uma propalada mudança de paradigma constitucional, especialmente no que diz respeito à substituição do ideal político-constitucional de *liberdade* pelo ideal político-constitucional de *segurança* no âmbito penal.

Constitucionalistas e filósofos discutem a mudança do paradigma moderno sustentado pelos ideais constitucionais de liberdade, igualdade e fraternidade, base valorativa sobre a qual se estruturou o Estado Democrático de Direito³³. Para Erhard Denninger³⁴, esta tríade de ideais deveria ser substituída por novos ideais constitucionais de segurança, diversidade e solidariedade, valores que expandem e modificam os conceitos tradicionais. A proposta de Denninger, no que tange à substituição da liberdade pela segurança como ideal constitucional, defende o fortalecimento de um Estado de bem-estar social, fortemente interventivo e preventivo, onde a segurança abrangeria atividade estatal ampla no sentido de proteger os cidadãos contra variados perigos: sociais, técnicos, ambientais e também contra os perigos da criminalidade. O autor alemão entende ser necessária uma conversão do tradicional sistema do processo penal liberal em “arma tão

³³ Esse não parece ser o entendimento de HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998, pp. 9-96. Para o autor alemão, a Europa criou, através das lutas históricas por liberdade, justiça e bem-comum, paradigmas que pertencem ao legado da humanidade como gens culturais, incluindo aí os apótemas da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Seu discurso realça a importância do legado de 1789 para o presente e para o futuro do Estado Constitucional. Assim, constata que podem ser considerados como ganho político de 1789, no sentido de uma conquista secular, os princípios de igualdade e liberdade presentes no artigo 1º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, artigo considerado pelo jurista como “una suerte de dogma permanente del Estado constitucional”. O desenvolvimento do Estado Constitucional haverá de ser sempre comparado com a Declaração de Direitos do Homem de 1789, considerando-a atualizada com relação ao postulado da fraternidade, que necessita fazer-se efetivo.

³⁴ DENNINGER, Erhard: “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos da Universidade Federal de Minas Gerais*, no 88, dez., 2003, pp.21/45.

Para Habermas, “todas as vertentes que conduzem Denninger a introduzir uma tríade adicional de conceitos básicos ainda parecem se mover no interior do quadro normativo da liberdade, da igualdade e da fraternidade”: HABERMAS, Jürgen. Notas sobre a tríade de Denninger: diversidade, segurança e solidariedade. Tradução provisória de Menelick de Carvalho Neto, da tradução de Christopher Long e William Scheuerman. In: *Revista Constellations*, v. 07, no 04, 2000. Já Michel Rosenfeld é cauteloso: “o constitucionalismo norte-americano não oferece nenhuma evidência de uma mudança na direção da tríade de Denninger e, aparentemente, o constitucionalismo alemão também não o faz. Mas isso não significa necessariamente que tal mudança não seja possível, desejável ou mesmo inevitável”: ROSENFELD, Michael. O constitucionalismo americano confronta o novo paradigma constitucional de Denninger. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos da Universidade Federal de Minas Gerais*, no 88, dez., 2003, pp. 47/79.

eficiente quanto possível na luta contra a criminalidade”, elencando alguns instrumentos para tanto, como as buscas criminais, a infiltração de agentes secretos em organizações criminosas, as interceptações de comunicação, bem como o desmonte de estruturas protocriminosas através da “antecipação” do “início de suspeita” de um crime.³⁵

É importante verificar que esse entendimento de Denninger inverte o tradicional significado e conteúdo de segurança jurídica, de matriz liberal³⁶, para projetar um ideal de segurança como restrição necessária à liberdade individual para fazer frente aos riscos da criminalidade. É o mesmo direito à segurança que ampara a doutrina jakobiana do *direto penal do inimigo*, e significa a mudança de uma normal postura reativa do Estado frente aos crimes e à sua real iminência, para uma postura preventiva, que busca antecipar os riscos e atacar potenciais criminosos antes que ajam. Nesta hipótese, a limitação à liberdade individual significa um espetacular aumento do poder punitivo estatal sobre os indivíduos, através de leis penais mais duras, que determinam um aumento da criminalização de condutas, notadamente com a criação de tipos penais vagos e indeterminados, o agravamento das penas e a diminuição das garantias do acusado durante o processo criminal. Busca-se a cooperação dos suspeitos através de institutos como a transação penal e a delação premiada, que importam na suspensão de formalidades processuais que têm como objetivo a garantia dos direitos dos acusados. As prisões antes da condenação definitiva são banalizadas; tornam-se instrumento de polícia cada vez mais utilizado e justificado em prol da eficiência, não obstante a ruptura com as garantias individuais. O paradigma da liberdade permite apenas que o Estado utilize a violência contra pessoas que violarem bens jurídico-penais relevantes ou estiverem na iminência de fazê-lo; por outro lado, o paradigma da segurança autoriza o exercício da violência estatal arbitrariamente sobre toda a coletividade como instrumento de uma guerra global permanente, onde todos passam à condição de suspeitos. É o *eficientismo* ou *funcionalismo*

³⁵ DENNINGER, Erhard: “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”, p. 38.

³⁶ A segurança, para o pensamento liberal, consiste na proteção ou garantia dos direitos dos indivíduos pelo Estado contra interferências arbitrárias, sobretudo advindas do próprio aparelho estatal. Com o desenvolvimento do Estado social, o valor de segurança amplia-se para compreender prestações positivas a serem realizadas pelo Estado, no sentido maior de garantir não só as liberdades individuais, mas também os direitos sociais.

como nova forma do direito penal de emergência³⁷, degeneração do modelo penal liberal que sempre acompanhou o direito penal moderno.³⁸ Nas palavras de Baratta,

“El eficientismo penal intenta hacer más eficaz y más rápida la respuesta punitiva limitando o suprimiendo garantías substanciales y procesales que han sido establecidas en la tradición del derecho penal liberal. La reducción de los niveles de legalidad destruye el equilibrio entre la verdad substancial y la verdad procesal, al mismo tiempo que marca un retorno a las formas de proceso premodernas: **el proceso crea la prueba, el proceso crea el criminal, el proceso es la pena principal.**”³⁹

Também Hassemer adverte que a criação de um direito fundamental à segurança, a partir de um novo paradigma da prevenção em matéria penal, é “algo semelhante a uma bomba”⁴⁰, por que implica na limitação de direitos fundamentais que constituem a base na qual se ergue a tradição iluminista do processo penal e do Direito Constitucional.⁴¹ Pela nova ótica preventiva, os direitos e garantias individuais passam a ser encarados como obstáculos à luta eficaz do Estado contra a criminalidade contemporânea, como verdadeira causa de entrave ao funcionamento do sistema processual-penal. Enfim, essa inversão de valores político-constitucionais, que vem sendo considerada como determinante de um novo paradigma de governo – o Estado de exceção⁴² – significa, na esfera penal, uma inadmissível restrição de direitos fundamentais de indivíduos

³⁷ “(...) emergência vai significar aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade. (...) A característica da presença do subsistema se dá com a mitigação, direta ou indireta, de garantias fundamentais estabelecidas no pacto de civilidade”. In: CHOUKR, Fausi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 131.

³⁸ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Trad. Marianela Pérez Lugo e Patrícia Chiantera. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 29, janeiro-março de 2000, p. 40.

³⁹ Ibid., p. 41, grifo nosso.

⁴⁰ HASSEMER, Winfried. *Processo penal e direitos fundamentais*, p. 74.

⁴¹ Ibid., p. 71.

⁴² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. Assim dispõe o autor sobre o estado de exceção como paradigma de governo: “Diante do incessante avanço do que foi definido como ‘guerra civil mundial’, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”.

suspeitos, acusados ou réus em processo criminal, revelando-se incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Consoante Enrique Bacigalupo⁴³, elaborou-se nos Estados Unidos uma contraposição entre dois modelos de processo penal, que também são marcos de referência na Europa: o *modelo do controle social do delito (crime control model)* e o *modelo do devido processo (due process model)*, onde as garantias processuais do acusado têm uma conotação bastante diversa. O *modelo do devido processo* opera com um conceito jurídico de culpabilidade e de presunção de inocência do acusado, enquanto o *modelo do controle social* tem como finalidade mais importante a luta contra o crime, atuando com uma presunção de culpabilidade do mero suspeito ou com “um conceito fático de culpabilidade”. Bacigalupo observa que

“provavelmente ninguém postula abertamente um processo penal totalmente orientado ao *crime control model*, porém parece impossível negar a existência de fortes tendências a limitar os direitos fundamentais, que – de alguma maneira – tem a este modelo como ponto de referência.”⁴⁴

A mudança do paradigma constitucional de liberdade pelo paradigma da segurança é evidente nos Estados Unidos, principalmente após a aprovação do *USA Patriot Act*, expressão maior de legislação emergencial, que pretende legitimar o uso da guerra permanente em nome da luta contra o terrorismo⁴⁵. Com o alegado fim de adotar políticas de segurança mais eficientes contra os terroristas, intensificam-se as práticas de vigilância e controle, com a adoção de inovações técnicas que permitam antecipar os delitos e as situações de risco, com a (re)segmentação dos espaços públicos e a observação de padrões de comportamento daqueles grupos de pessoas que são o público-alvo dessas intervenções: estrangeiros e imigrantes, indivíduos com certas origens ou etnias, os marginalizados, sem identidade, residência ou ocupação fixos. Enfim, são novas estratégias de controle social e de dominação gestadas no cenário do

⁴³ BACIGALUPO, Enrique. O significado dos direitos humanos no moderno processo penal. Trad. Ricardo Breier. In: *Revista da AJURIS (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul)*, ano XXXII, n. 99, setembro de 2005.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 284.

⁴⁵ GÓMEZ, José María. *Direitos Humanos, Desenvolvimento e Democracia na América Latina*. Rio de Janeiro: Praia Vermelha, 2005, p.07.

modelo neoliberal⁴⁶. Tais medidas têm pretensão de mundialização, com superação das fronteiras entre a segurança internacional e a interna, e dos limites da guerra e da paz.⁴⁷ Como parte essencial da estratégia de segurança norte-americana, foram expandidas as bases militares, como as de Abu Ghraib e Guantánamo, onde se encontram detidos cidadãos de mais de trinta nacionalidades que não foram declarados culpados e nem sequer foram acusados de crime algum. Também não são considerados prisioneiros de guerra, a fim de que não se lhe apliquem as disposições da Convenção de Genebra. Negando-se a aclarar a condição jurídica dos prisioneiros, as autoridades estadunidenses os qualificam como “combatentes inimigos”, “terroristas”, ou “o pior do pior”, negando-lhes a presunção de inocência e os direitos mais básicos⁴⁸. Nas palavras de Gómez,

“(…) a realização da nova estratégia de segurança norte-americana implica, por definição, o mais sério retrocesso do regime internacional dos direitos humanos nos últimos cinquenta anos, um ataque direto às liberdades democráticas e um estímulo incessante à xenofobia e à intolerância cultural frente ao ‘outro’ ou ‘diferente’ que não se encaixa ou simplesmente resiste aos padrões dominantes ocidentais.”⁴⁹

Para Gómez, a segurança pública é um dos problemas mais graves e ideologizados das democracias atuais, e que, se colocado nos termos do dilema hobbesiano “segurança versus liberdade”, dificilmente será possível que a liberdade prevaleça⁵⁰.

O problema da segurança pública enquanto problema político não pode se reduzir ao seu aspecto penal, uma vez que a política criminal, em seus modelos

⁴⁶ DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança (entre pombos e falcões)*, p. 29.

⁴⁷ KOERNER, Andrei. Direito, regulação e governamentalidade. In: SCAVONE, Lucila; ALVAREZ, Marcos César; MISKOLCI, Richard. *O legado de Foucault*. São Paulo: Editora da UNESP, 2006, p. 224.

⁴⁸ Informações da Anistia Internacional: “Bahia de Guantánamo: un escándalo para los derechos humanos”. In: www.br.amnesty.org, acesso em 03-05-2007.

São dados do Informe 2007 da Anistia Internacional “A política do medo criou um mundo perigosamente dividido”, publicado em 23-05-2007: “400 detidos de mais de 30 nacionalidades continuavam reclusos em Guantánamo, símbolo público das injustiças da ‘guerra contra o terror’, no final de 2006. 200 detidos realizaram greves de fome desde a abertura desse centro de detenção. 40 tentaram o suicídio. 3 morreram em junho de 2006, aparentemente como consequência de suicídio. Um número desconhecido de pessoas permanece recluso em centros secretos de detenção ou ‘buracos negros’ em todo o mundo.” In: www.br.amnesty.org/index_noticias, acesso em 30-05-2007.

⁴⁹ GÓMEZ, José María. *Direitos Humanos, Desenvolvimento e Democracia na América Latina*, p.13.

⁵⁰ *Ibid.*, p.20.

mais avançados, é conceito mais vasto, que abrange política social, econômico-ocupacional, urbana etc.⁵¹ No Brasil e em outros países latino-americanos é corrente a idéia de que os problemas sociais, notadamente a violência, serão resolvidos através do Estado penal.⁵² Nas palavras de Wacquant,

“a penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um *mais* Estado policial e penitenciário o *menos* Estado econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo.”⁵³

O direito penal deixa então de ser subsidiário, de ser a *ultima ratio* de acordo com a concepção liberal clássica, para ser a *prima ratio*, ou seja, o instrumento primordial para se enfrentar os mais complexos problemas sociais, atuando de forma simbólica. Os *movimentos de lei e ordem* cumprem um papel fundamental na construção do imaginário dominante, incutindo na população a idéia de que a solução para os problemas da violência e da criminalidade está no endurecimento da repressão penal.

Na análise do sociólogo Zygmunt Bauman⁵⁴, o *movimento de lei e ordem* encontrou guarida na ansiedade de nosso tempo, que é uma ansiedade típica da sociedade capitalista de consumo, onde as relações comunitárias se esgarçaram, onde os espaços públicos se degradaram, onde as pessoas estão cada vez mais isoladas, solitárias, enfim, onde a inexistência de vida comunitária dificulta a capacidade humana de compreender e interagir com os outros indivíduos da sociedade, especialmente com aqueles considerados diferentes, seja do ponto de vista cultural, racial, seja do ponto de vista ético e comportamental. O medo e a insegurança contemporâneos advêm das dificuldades de se lidar com problemas que surgem com a globalização, onde o emprego é cada vez mais escasso e instável; onde se estimula à exaustão o desejo incontrolado pelo consumo através da mensagem “consume e sinta-se bem”; onde a sociedade de consumo confere às pessoas uma ampla e angustiante liberdade de escolha, que, ao mesmo tempo, não é para todos ainda que tal estimulação atinja todos os setores sociais; onde a

⁵¹ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, p. 33.

⁵² SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reforma judicial e crise do direito na América Latina. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 07, n. 86, janeiro de 2000.

⁵³ WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 07.

⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*.

inexistência de laços comunitários provoca a resistência, a intolerância, e, em última medida, a xenofobia em relação ao “outro”, ao diferente, ao não-familiar. Os *movimentos de lei e ordem* canalizam essa insegurança para a questão da violência e da criminalidade, associando os dois fenômenos de maneira ampla e indiscriminada, ressaltando a necessidade de seu combate eficiente e severo: é o grande espetáculo midiático, ao mesmo tempo, lucrativo, popular (eleitoreiro) e autopropulsor do medo. Assim, os complexos motivos da sensação de insegurança no mundo atual são reduzidos à questão da segurança pessoal (dos corpos e da propriedade privada) elevando-se sobre todos os outros medos articulados, “lançando sombra ainda mais acentuada sobre todas as outras razões de ansiedade”⁵⁵. Isso interessa sobremaneira às “forças de mercado” globais, ou seja, que os Estados voltem a sua atenção apenas para a manutenção de “ambientes seguros” e para mais nada:

“No mundo das finanças globais, os governos detêm pouco mais que o papel de distritos policiais superdimensionados; a quantidade e a qualidade dos policiais em serviço, varrendo os mendigos, perturbadores e ladrões das ruas, e a firmeza dos muros das prisões assomam entre os principais fatores da ‘confiança dos investidores’ e, portanto, entre os dados principais considerados quando são tomadas decisões de investir ou de retirar um investimento. Fazer o melhor policial possível é a melhor coisa (talvez a única) que o Estado possa fazer para atrair o capital nômade a investir no bem-estar dos seus súditos; e assim o caminho mais curto para a prosperidade econômica da nação e, supõe-se, para a sensação de ‘bem-estar’ dos eleitores, é a da pública exibição da competência policial e destreza do Estado.”⁵⁶

Deixa-se assim, de atacar a fonte primordial dos conflitos violentos: a dinâmica da desigualdade social, sempre presente no Brasil. Ainda que a violência decorrente do crime seja um fenômeno complexo, é irrefutável reconhecer que existe uma correlação estreita entre pobreza e crime⁵⁷, uma vez que os dados estatísticos demonstram que países de maior desigualdade e altos índices de concentração de renda são aqueles que também apresentam os mais altos índices de criminalidade e violação dos direitos humanos⁵⁸. Consoante Dornelles,

⁵⁵ Ibid., p. 127.

⁵⁶ Ibid., p. 128.

⁵⁷ DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança (entre pombos e falcões)*, pp. 11-13.

⁵⁸ Consoante recente pesquisa feita pela consultoria britânica *Economic Intelligence Unit* (EIU), divulgada em 30-05-2007, o Brasil ocupa a 83ª posição no índice de paz global (*Global Peace Index - GPI*). Trata-se do primeiro estudo que classifica 121 países de acordo com o seu grau de paz. O GPI é composto de 24 indicadores, que incluem o nível de gastos militares, relações com países vizinhos, ação do crime organizado, número de homicídios e o grau de respeito aos direitos

“A realidade social brasileira – que tradicionalmente é excludente, concentradora da riqueza, injusta em sua essência, principalmente com o modelo adotado pelas políticas neoliberais de ajuste estrutural – tem apresentado dados extremamente perversos quanto às classes e grupos sociais mais ‘vulneráveis’. E é em grande parte sobre estes segmentos sociais que se concentra o foco da ação repressiva de controle e vigilância.

Mesmo considerando que o controle social não se restringe aos pobres, é sobre eles que recai o foco dos seus instrumentos de atuação, tendendo a que se naturalize a sua condição.”⁵⁹

Dornelles descreve a criminalização da pobreza, que, nos dias atuais, exclui os já excluídos da sociedade globalizada de consumo. Assim, o sistema prisional da contemporaneidade representa, a um só tempo, a segregação da diferença e a criminalização da pobreza⁶⁰.

Na perspectiva de um Estado Social de Direito, a política de segurança no âmbito penal anda de mãos dadas com uma política de respeito e efetiva proteção dos direitos fundamentais, não só dos direitos individuais, mas também dos direitos sociais, econômicos e culturais. Nesse aspecto, uma política criminal condizente com uma política integral de tutela dos direitos é apresentada pelo *direito penal mínimo*, que Alessandro Baratta designa também como *direito penal da Constituição*⁶¹. O *direito penal mínimo* representa o espaço residual da intervenção punitiva, que se dará somente naqueles casos onde graves violações aos direitos fundamentais e uma demanda social iniludível a façam necessária⁶². Ampliar a perspectiva do *direito penal mínimo* dentro do objetivo maior de uma política integral de proteção dos direitos significa definir o *garantismo*, não só no sentido negativo de proteção dos direitos e garantias individuais em face do poder e do arbítrio estatal, mas no sentido positivo de tutela dos direitos sociais,

humanos. Segundo a EIU, foram também considerados o nível de democracia, transparência, educação e distribuição de renda. O Brasil é considerado um país menos pacífico que o México, Peru, Bolívia, Paraguai, Argentina, China, Jamaica e Síria, mas está melhor colocado do que Venezuela e Estados Unidos. Os dez países mais pacíficos são Noruega, Nova Zelândia, Dinamarca, Irlanda, Japão, Finlândia, Suécia, Canadá, Portugal e Áustria. Os países mais violentos são Iraque e Sudão. In: www.estadao.com.br, Caderno Cidades, 30 de maio de 2007, acesso em 30-05-2007.

⁵⁹ DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança (entre pombos e falcões)*, pp. 32-33.

⁶⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*, p. 134.

⁶¹ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, p. 46.

⁶² ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Política Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.146: “Na perspectiva social, a intervenção repressiva somente se justifica pela danosidade social da conduta delitiva, que deve ser apurada pelo grau de tolerância da comunidade em relação ao fato praticado.”

econômicos e culturais, o que implica necessariamente em prestações positivas a serem realizadas por parte do Estado.⁶³

Esta é também a posição de Dornelles⁶⁴, que contrasta dois modelos de políticas de segurança pública antagônicos: de um lado, o “modelo do eficientismo penal”, que busca sua legitimação através dos discursos da lei e da ordem, baseado no uso da força repressivo-estatal e na militarização das práticas policiais, inclusive se valendo de ações ilegais contra a população vulnerável; e de outro lado, o “modelo do garantismo constitucional”, baseado no discurso dos direitos humanos e da cidadania, que busca articular medidas de curto prazo – direcionadas à atuação da polícia e ao controle da criminalidade – com medidas de médio e longo prazos, orientadas ao controle do crime e das ilegalidades com base no efetivo respeito aos princípios e direitos constitucionais, e às ações públicas positivas de caráter social, contando com a participação organizada da sociedade civil.

O *garantismo* de Luigi Ferrajoli, além de ser um modelo penal, é também um modelo de Estado de direito que pretende coadunar Estado liberal e Estado social. Assim descreve Norberto Bobbio as linhas mestras do modelo geral do *garantismo* construído por Ferrajoli:

“(…) antes que nada, elevándolo a modelo ideal del estado de derecho, entendido no sólo como estado liberal protector de los derechos de libertad, sino como estado social, llamado a proteger también los derechos sociales; en segundo lugar, presentándolo como una teoría del derecho que propone un iuspositivismo crítico contrapuesto al iuspositivismo dogmático; y, por último, interpretándolo como una filosofía política que funda el estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y que precisamente del reconocimiento y de la efectiva protección (¡no basta el reconocimiento!) de estos derechos extrae su legitimidad y también la capacidad de renovarse sin recurrir a la violencia subversiva.”⁶⁵

Conforme será exposto no próximo capítulo, o *garantismo* penal ferrajoliano apresenta um modelo penal epistemológico, normativo e axiológico de *direito penal mínimo* que pretende legitimar (ou deslegitimar) sistemas penais concretos ou mesmo determinados institutos e medidas penais e processuais, de

⁶³ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, p. 48. No mesmo sentido: DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança (entre pombos e falcões)*, p. 53.

⁶⁴ Ibid., p. 5.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. Prólogo. In: LUIGI, Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p.16.

acordo com os parâmetros do Estado Democrático de Direito, ou seja, através do efetivo respeito e proteção dos princípios, direitos e garantias penais e processuais.

O presente trabalho pretende extrair desse modelo penal de legitimação os fundamentos críticos para deslegitimar a prisão provisória brasileira, valendo-se também de outros suportes teóricos, especialmente brasileiros, haja vista a necessidade de se interpretar o instrumento pátrio à luz das particularidades de nosso ordenamento jurídico e de nossa cultura penal e processual.

Cumprido delimitar o significado e alcance do termo escolhido – prisão provisória – para o presente trabalho. São aqui denominadas prisões provisórias todas as espécies de privação da liberdade contempladas no ordenamento processual penal brasileiro, que ocorrem antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou as “prisões sem pena” definitiva⁶⁶. Assim, são objeto de análise todas aquelas espécies de privação da liberdade identificadas como medidas de urgência pessoais privativas da liberdade do imputado no processo penal brasileiro⁶⁷.

Utiliza-se portanto a nomenclatura prisão provisória, termo relacionado ao fator tempo, em oposição à prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, ainda que se saiba que o termo não é muito exato, haja vista que muitas vezes o imputado permanece preso até a definitividade da decisão condenatória, além de que não existe regra no direito brasileiro a respeito de termos temporais máximos ou mínimos da prisão provisória. Buscou-se em verdade um termo isento de significados ou valorações que designassem *a priori* a natureza jurídica destas prisões. Também não se utilizou propriamente o termo prisão processual porque entende-se que, com base no artigo 5º, LIV, da Constituição de 1988, toda e qualquer prisão é processual, ou seja, insere-se num

⁶⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 331-332; 338-339. No mesmo sentido OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 383: “Toda prisão antes do trânsito em julgado deve ser considerada uma prisão *provisória*. Provisória unicamente no sentido de não se tratar de prisão-pena, ou seja, aquela decorrente de sentença penal condenatória passada em julgado, também chamada de prisão *definitiva*, embora se saiba que não existe prisão por tempo indeterminado (perpétua) no nosso ordenamento jurídico”.

⁶⁷ A nomenclatura é a adotada por RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 39. Conforme será mencionado ao longo deste trabalho, nossa posição difere muito da posição deste autor. Adiantando o que será tratado ao longo da dissertação, o termo “urgência” diz respeito aqui ao requisito das medidas cautelares denominado *periculum in mora*, ou seja, à situação de perigo de insatisfação do direito diante da demora da prestação jurisdicional definitiva.

processo judicial e é decorrente dele, o que não impede que, várias vezes, tenha-se empregado este termo genérico para fazer referência às prisões provisórias.

Se a prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, que tem o caráter de pena definitiva, é cada vez mais questionada e contestada em sua legitimidade, a deslegitimação da prisão provisória pode parecer *a priori* uma tarefa fácil. E não o é, porque justamente nessa matéria o encarceramento reveste-se de uma função cautelar, muitas vezes apenas um artifício ou disfarce para encobrir não só a sua natureza penal, mas a sua natureza política de prevenção, de uma nova forma de controle social que ofende os direitos fundamentais.

Tendo-se em vista o panorama mundial de crise do sistema penal de garantias e as sombrias perspectivas que se abrem para a utilização da prisão provisória como instrumento policial e autoritário, entende-se que (re)discutir tal medida processual sob o prisma crítico e questionador de suas finalidades e reais necessidades, é peça importante no processo de construção de uma sociedade brasileira mais democrática, onde o sistema político seja capaz de tolerar sinceramente o fenômeno do crime como significado e produto de tensões e disfunções sociais, buscando preveni-lo sem meios punitivos⁶⁸.

⁶⁸ Ou como melhor descreve Alessandro Baratta: “O cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema de justiça criminal dos Estados de direito é ser coerente com seus próprios princípios ‘garantistas’: princípios de limitação da intervenção penal, de igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputados e dos condenados. Trata-se, mais do que tudo, de aplicar e transformar o direito substancial (fundamental), processual e penitenciário em conformidade com aqueles princípios, por todo o tempo em que deve durar a luta por uma política ‘alternativa’ com relação à atual política penal. Refiro-me à luta civil e cultural pela organização da tutela pública dos interesses dos indivíduos e da comunidade, da defesa dos direitos dos mais fracos contra a prepotência dos mais fortes, com formas mais diferenciadas, justas e eficazes (instrumentais) que aquelas simbólicas oferecidas pelo sistema de justiça criminal”: BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*, p. 24.

2

Modelos penais à luz do garantismo

2.1

Introdução

Consoante Norberto Bobbio, a obra *Direito e Razão*, do professor italiano Luigi Ferrajoli, desenvolve-se através de antíteses ou grandes dicotomias concatenadas entre si, sendo que da grande antítese *liberdade-poder* surgem todas as outras¹. Essa confrontação é utilizada para criar uma tipologia de modelos penais epistemológicos, normativos e axiológicos e, enfim, chegar ao objetivo maior: a definição do modelo garantista.

O modelo penal garantista é uma construção de Luigi Ferrajoli a partir de uma profunda revisão crítica do chamado modelo penal garantista clássico, de matriz ilustrada. Percorrendo não apenas as bases epistemológicas do modelo clássico, mas também seus fundamentos axiológicos externos (critérios de justificação ético-política) e internos (jurídicos), o autor visa alcançar um modelo penal que permita fundamentalmente legitimar ou deslegitimar os sistemas jurídico-penais concretos ou mesmo determinados institutos penais e processuais-penais, de acordo com os parâmetros do Estado Constitucional de Direito.

No entanto, é importante verificar que Ferrajoli tem o pensamento penal ilustrado como um grande legado para as Ciências Penais e o toma como base, como verdadeira idéia inspiradora² para seu modelo garantista, ainda que completamente revisitado teoricamente e sem poupá-lo de críticas³. De fato, o direito penal e o direito processual penal nos ordenamentos jurídicos desenvolvidos é um produto predominantemente moderno, ou seja, estão

¹ BOBBIO, Norberto. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 14.

² *Ibid.*, p.14

³ Consoante Carlos Alberto Plastino, é chegada a hora de resgatar do Iluminismo a *crítica*, ainda que isso implique em questionar o próprio paradigma moderno. “Não se trata obviamente de condenar a modernidade nem de ignorar seus múltiplos aspectos positivos; mas de denunciar a unilateralidade de suas concepções centrais sobre o homem, as relações sociais e as relações com a natureza. Torna-se necessário proceder a uma crítica radical – das raízes – de um modelo que, como todos os outros, é um modelo historicamente construído”: PLASTINO, Carlos Alberto. *Os horizontes de Prometeu: Considerações para uma crítica da modernidade*, p. 19.

fundados em princípios elaborados por pensadores de tradição jurídica ilustrada e liberal que foram incorporados nos Códigos e nas Constituições modernas, e que aí subsistem até os dias atuais⁴. Assim, a cultura penalista herdou do pensamento ilustrado “la formulación más incisiva de la mayor parte de las garantías penales e procesales dentro de las formas del estado constitucional de derecho”⁵.

Ainda que reconheça o legado da Ilustração, Ferrajoli denuncia a “intrínseca debilidade política”⁶ do modelo penal ilustrado, consequência da debilidade de suas bases epistemológicas e de seus fundamentos axiológicos. Nas palavras do autor,

“este esquema, como es sabido, presenta numerosas aporías lógicas y teóricas que hacen de él un modelo ideal y en gran parte ideológico y que en varias ocasiones han provocado su descalificación científica y política por parte de la cultura jurídica con resultados indefectiblemente antigarantistas.”⁷

É que os postulados do modelo penal ilustrado foram construídos a partir de pressupostos teóricos e filosóficos os mais distintos, nem sempre liberais, muitas vezes capazes de informar tecnologias penais autoritárias. A tradição penalista de matriz ilustrada buscou sua fonte no jusnaturalismo, nas teorias contratualistas, na filosofia racionalista e empirista, nas doutrinas políticas da separação de poderes e da supremacia da lei, no positivismo jurídico e nas concepções utilitaristas do direito e da pena⁸. Assim, os modelos penais modernos são capazes de justificar uma concepção de pena como mínima aflição necessária, mas também adotar teorias da prevenção especial ou da defesa social, que determinam a estigmatização do infrator da lei penal.

A proposta de Ferrajoli é a de um *utilitarismo penal reformado* de forma que o direito penal e as penas tenham como fim a prevenção dos delitos com vistas a proporcionar a máxima segurança à sociedade, ou seja, para tutela da

⁴ Consoante Salo de Carvalho, do ponto de vista da política criminal, o garantismo penal “nasce e se desenvolve a partir da matriz iluminista da ilustração”. Com base nas definições de Rouanet, Salo explica que o iluminismo é modelo crítico de produção de saber que transcende uma época determinada e cruza, de forma transversal, a história da humanidade, ao contrário da categoria ilustração, que é datada, ou seja, refere-se às idéias que floresceram durante o século XVIII. Nesse sentido, o garantismo penal se identifica com a proposta iluminista de um saber jurídico verdadeiramente crítico: CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*, p.80.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 23.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid., p. 34.

⁸ Ibid, p. 33.

maioria não-desviada, e, ao mesmo tempo, a prevenção das reações penais arbitrárias por parte do poder punitivo, a fim de tutelar também a minoria dos desviados.

Ferrajoli assevera que a tradição penal utilitarista baseia-se quase que por completo na primeira versão, ou seja, na concepção de que o único fim da pena e do direito penal é a prevenção de futuros delitos para a maioria que não cometeu crimes, e que, por não ser capaz de indicar critérios de limitação ao poder punitivo, são, a partir do século XIX, orientadas à justificação de modelos penais correcionalistas e intimidatórios de *direito penal máximo*.

Portanto, a proposta de Ferrajoli de revisão das bases epistemológicas, normativas e axiológicas do modelo penal ilustrado converge para uma revisitação crítica do paradigma moderno:

“(...) Centrada aparentemente no homem e na razão, a modernidade acabou gerando sociedades irracionais e desumanas, caracterizadas pela dominação do homem pelo homem e pela destruição da natureza. Paradoxalmente os valores centrais da modernidade – fraternidade, liberdade, igualdade, organização racional da vida – exigem, para sua implementação, profundas transformações de nossas concepções antropológicas, ontológicas e epistemológicas.”⁹

2.2

Modelos penais epistemológicos e normativos

O fundamento cognoscitivo do direito penal e do direito processual penal, traço fundamental do garantismo penal de elaboração ferrajoliana, emerge da confrontação de dois modelos: modelo penal convencionalista-cognoscitivista e modelo penal substancialista-decisionista. Esta antítese é utilizada por Ferrajoli como instrumento para a construção do seu modelo penal garantista desde uma perspectiva epistemológica.

Dizer que o direito penal e o direito processual penal possuem um fundamento cognoscitivo significa, em breves palavras, que as definições legislativas e as decisões judiciais em matéria penal devem ser racionais, fundadas no conhecimento antes que na autoridade. Assim, a descrição legal das infrações

⁹ PLASTINO, Carlos Alberto. O direito na crise do paradigma da modernidade. In: CUNHA, José Ricardo Ferreira. *Direito e estética: fundamentos para um direito humanístico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 16.

penais não deve fazer referência a valores, mas a fatos empíricos definidos com exatidão. Seguindo a mesma orientação, a persecução penal deverá basear-se em proposições sujeitas à comprovação por parte da acusação e à contestação por parte da defesa, e não em valorações. Desta forma, Ferrajoli indica os elementos constitutivos do esquema epistemológico garantista: o convencionalismo penal, referente à definição legislativa das infrações penais, e o cognoscitivismo processual, referente à comprovação jurisdicional das mesmas.

O convencionalismo penal identifica-se com o princípio de estrita legalidade na determinação abstrata do que é punível. O princípio de estrita legalidade exige duas condições. A primeira condição refere-se ao caráter formal ou legal de definição do comportamento proibido em matéria penal. Equivale ao tradicional princípio da reserva legal, consubstanciado na máxima *nullum crimen et nulla poena sine lege*¹⁰, e preferencialmente denominado por Ferrajoli como “princípio de mera legalidade” enquanto norma dirigida aos juízes. Segundo tal princípio, a infração penal deve ser formalmente indicada pela lei como pressuposto necessário de aplicação da respectiva pena.

Para Ferrajoli, o princípio de legalidade estrita, além da condição legal de definição dos crimes, deve-se primordialmente a uma segunda condição, que diz respeito ao caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio penal legalmente definidas pelo legislador. O mestre italiano prefere designar a estrita legalidade com ênfase nessa segunda condição, que estabelece que a definição legal das infrações penais deve fazer referência somente a fatos – condutas humanas empíricas e objetivas –, e não a *status* ou quaisquer outras condições subjetivas pessoais do imputado. Expressa no brocardo latino *nulla poena sine crimine et sine culpa*, essa segunda condição, enquanto norma dirigida ao legislador, impõe a reserva absoluta da lei penal na definição dos crimes, de forma que os juízes não estejam somente vinculados à lei penal do ponto de vista formal, mas também ao

¹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21-22. O saudoso penalista explica que o princípio da legalidade, enunciado por meio da expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege* construída por Feuerbach no começo do século XIX, apresenta na concepção atual uma “função de garantia da lei penal” que provoca o desdobramento do princípio em quatro outros princípios”. Assim é que *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta, certa*. “*Lex praevia* significa proibição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. *Lex scripta*, a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia (*analogia in malam partem*). *Lex certa*, a proibição de leis penais indeterminadas”.

seu conteúdo, ou seja, à definição legal – fática e empírica – precisa do comportamento delituoso.

O princípio da legalidade estrita, enquanto técnica legislativa, não admite normas penais constitutivas, mas somente regulativas do comportamento punível:

“el principio de estricta legalidad, por tanto, se propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatórias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas y, por tanto, com carácter ‘constitutivo’, antes que ‘regulativo’ de lo que es punible: como las normas que en terribles ordenamientos pasados perseguían a las brujas, los hereges, los judíos, los subversivos o los enemigos del pueblo; o como las que todavía existen (...) que persiguen a los ‘vagos’, los ‘vagabundos’, los ‘proclives a delinquir’, los ‘dedicados a tráficos ilícitos’, los ‘socialmente periculosos’ y semejantes.”¹¹

O convencionalismo penal abrange portanto uma visão, ao mesmo tempo, nominalista e empirista do comportamento punível, que se expressa na máxima hobbesiana *auctoritas, no veritas facit legem* consoante a feliz síntese de Ferrajoli:

“no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino solo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a um fenómeno relevancia penal. Y la ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino sólo comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, la vez, adscribibles a la culpabilidad de un sujeto.”¹²

A concepção convencionalista encontra-se em dois legados ou ganhos fundamentais para a teoria clássica do direito penal e para a tradição jurídica liberal. Primeiramente, a noção de liberdade negativa (como não-interferência): como a lei penal define com rigidez as condutas proibidas e conseqüentemente puníveis, toda conduta que não é definível pela lei como infração penal é permitida, ou seja, encontra-se na esfera de liberdade de atuação do cidadão. O segundo legado é a idéia de igualdade jurídica em seu sentido formal, ou seja, a igualdade de todos perante uma lei que vincula, de forma precisa, uma pena determinada a uma conduta determinada, sem distinção das pessoas que a cometeram, evitando assim discriminações apriorísticas referentes à personalidade e às condições subjetivas antropológicas, políticas ou sociais do imputado.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p.35.

¹² *Ibid.*, p. 35-36.

O cognoscitivismo processual na determinação concreta das infrações penais completa, juntamente com o convencionalismo penal, o modelo epistemológico garantista. Os dois elementos estão interligados, de forma que o segundo atua como condição de efetividade do primeiro.

O cognoscitivismo processual é assegurado pelo princípio de estrita jurisdicionariedade. Para que o comportamento punível não seja constituído e sim regulado pelo direito penal, é necessário não só a realização do princípio de estrita legalidade na definição legal, precisa e empírica dos fatos delituosos, mas também o princípio de estrita jurisdicionariedade, que exige duas condições. Primeiramente, as hipóteses da acusação devem ser recognoscitivas das normas penais incriminadoras, ou seja, devem reconhecer e descrever o fato delituoso ocorrido na prática em conformidade com a descrição legal, de modo que seja suscetível de prova e análise judicial, segundo a regra *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. Por outro lado, é imprescindível também que as hipóteses acusatórias sejam concretamente submetidas à verificação e sujeitas à refutação através da produção de provas e contra-provas, consoante a máxima *nullum iudicium sine probatione*, de forma que o juízo penal seja cognoscitivo dos fatos regulados pela lei penal incriminadora.

Através do cognoscitivismo processual, Luigi Ferrajoli constrói

“un modelo teórico e normativo del proceso penal como proceso de cognición o de comprobación, donde la determinación del hecho configurado por la ley como delito tiene el carácter de um procedimiento probatorio de tipo inductivo, que excluye las valoraciones en lo más posible y admite solo, o predominantemente, aserciones o negaciones – de hecho o de derecho – de las que sean predicables la verdad o la falsedad procesal.”¹³

Em síntese, o modelo de jurisdição penal garantista prima pelo conhecimento, sendo cognoscitivo de fato e recognoscitivo de direito, mediante atividade jurisdicional não-discrecionária e sim de verificação empírica, que não se baseia em valorações *post factum*, ou seja empreendidas após o cometimento do fato delituoso, e sim que busca a verdade e a certeza na determinação das infrações penais.

Como antítese ao modelo garantista de legalidade penal e processual, Ferrajoli descreve outro modelo, informador de uma tradição autoritária mais

¹³ Ibid., p.37.

antiga que o modelo garantista moderno, e que ainda subsiste em razão de práticas legislativas, jurisdicionais e policiais. Tal modelo penal configura uma epistemologia específica, denominada inquisitiva ou anti-garantista, em contraposição ao modelo epistemológico garantista já descrito.

Assim como a epistemologia garantista, a epistemologia inquisitiva apresenta dois elementos característicos, um relativo à definição legislativa das infrações penais – substancialismo penal – e outro relativo à comprovação judicial do comportamento delituoso – decisionismo processual.

Na epistemologia inquisitiva, o critério de definição dos delitos pela lei adota uma concepção ontológica ou substancialista de infração penal. O objeto do conhecimento e tratamento penal não é o delito como conduta formalmente descrita pela lei, e sim a conduta em si mesma imoral ou anti-social, ou ainda a própria pessoa que comete a infração penal, cuja conduta é apenas uma manifestação de sua personalidade intrinsecamente má ou anti-social.

O substancialismo penal descaracteriza o princípio da legalidade como garantia e regra de definição exaustiva e precisa das infrações penais, dando lugar a critérios de definição substancial do delito, como a previsão de tipos penais abertos e indeterminados, que não definem as condutas delituosas de forma exata, precisa, permitindo sua determinação empírica, mas sim figuras elásticas e vagas, que permitam a determinação valorativa da conduta pelo juiz. Ainda pior é o critério substancialista que desqualifica a conduta como pressuposto da pena, erigindo uma tipologia de autor ontologicamente criminoso. O substancialismo penal também se manifesta nas medidas de prevenção e defesa social presentes nos ordenamentos positivos, baseadas em critérios subjetivos, como a mera suspeita do cometimento de delitos e a presunção de periculosidade orientada por condições ou *status* pessoais como os de vagabundo e reincidente.

O denominador comum desses critérios substancialistas é a finalidade de se punir o indivíduo não diretamente pelo que ele fez, e sim pelo que ele é, ofendendo o princípio da estrita legalidade e suas implicações sobre a liberdade e a igualdade através de discriminações e invasões arbitrárias na esfera de liberdade das pessoas.

Ao lado do substancialismo penal, tem-se o decisionismo processual como segundo elemento da epistemologia inquisitiva. A matéria processual passa a recair menos sobre os fatos, sobre a conduta do infrator da lei penal, e mais sobre

as suas condições ou qualidades pessoais, gerando uma perversão inquisitiva do processo¹⁴, na medida em que ele se dirige à análise da interioridade, da personalidade do imputado ao invés de analisar a prova dos fatos ocorridos. A subjetividade passa a orientar as decisões judiciais, que, baseando-se em valorações, diagnósticos ou suspeitas com relação à pessoa do imputado e não em fatos, degrada a verdade processual enquanto verdade empírica, abrindo espaço para o livre convencimento do juiz e para a discricionariedade e arbitrariedade de suas decisões.

Assim como o substancialismo penal descaracteriza o princípio da estrita legalidade, o decisionismo processual determina a atenuação ou mesmo a completa dissolução da estrita jurisdicioriedade: confere ao juiz um poder de etiquetamento e de inquisição e degenera o juízo penal, que, de juízo motivado em fatos comprováveis passa a juízo baseado em valorações caracterizadoras de decisões potestativas, não-cognoscitivas, e portanto, autoritárias. Assim, não possuindo caráter cognoscitivo, o modelo decisionista contradiz o conceito mesmo de jurisdição, e o processo penal passa a configurar uma atividade administrativa:

“Si, en efecto, ‘juris-dicción’ designa um procedimiento de comprobación de los presupuestos de la pena que se expresa en aserciones empíricamente verificables y refutables, cualquier actividad punitiva expresamente contraria a este esquema es algo distinto a la jurisdicción. Precisamente, se trata de una actividad substancialmente ‘administrativa’ –o, si se quiere, ‘política’ o ‘de gobierno’–, caracterizada por formas de discrecionalidad que, al afectar a las libertades individuales, inevitablemente desembocan en el abuso.”¹⁵

O que é fundamental perceber na contraposição do modelo epistemológico convencionalista com o modelo epistemológico substancialista, é o tipo de verdade perseguida por cada um. O primeiro modelo persegue a verdade formal ou processual, cuja obtenção se conforma a regras estabelecidas pela lei, enquanto o segundo modelo aspira à verdade material ou substancial, também chamada real, não adstrita a limites legais. A verdade formal tem como objeto fatos e circunstâncias descritos na lei como penalmente relevantes, enquanto a verdade material não se atém apenas a fatos e circunstâncias, mas também a indagações inquisitivas a respeito da pessoa do infrator. Quanto aos meios de alcance, a

¹⁴ Ibid., p.43.

¹⁵ Ibid., p.43-44.

verdade formal encontra-se condicionada pelo respeito aos procedimentos e garantias processuais como a ampla defesa e o contraditório, ao contrário da verdade material, que é alcançável por qualquer meio, não estando vinculada a rígidas regras procedimentais. Assim, a verdade material tem a pretensão de ser uma verdade absoluta, e como tal, degenera-se em juízo de valor, autoritarismo e arbitrariedade. A verdade formal ou processual, por sua vez, encontra-se circunscrita pelas teses acusatórias formuladas conforme as leis e se baseia na provas produzidas de acordo com procedimentos legais, e, como tal, é uma verdade relativa, apenas opinável e provável.

Verifica-se que os distintos modelos de direito penal – convencionalista e substancialista – informam epistemologias processuais distintas que contrapõem cognoscitivismo e decisionismo, comprovação e valoração, prova e inquisição, razão e vontade, e por fim, verdade e poder¹⁶. Conclui-se que existe um nexo indissolúvel entre garantismo, convencionalismo penal e cognoscitivismo processual, assim como existe um nexo entre despotismo, substancialismo penal e decisionismo processual.

No entanto, o que não se pode deixar de ter em vista e denunciar é a impossibilidade epistemológica de um perfeito cognoscitivismo nos moldes estabelecidos pelo modelo garantista ilustrado. O pensamento penal da Ilustração baseava-se na idéia de uma perfeita correspondência entre os fatos concretos e a descrição abstrata dos mesmos na lei penal, bem como numa concepção do juízo penal como aplicação mecânica da lei¹⁷. Assim, a verdade dos pronunciamentos judiciais buscada pelo pensamento ilustrado correspondia a uma verdade tida como absolutamente certa e objetiva, expressão de um ideal inalcançável. O modelo garantista é pois um modelo ideal, fruto de uma utopia liberal que jamais se realizou e jamais se realizará, pois a verdade no processo deve ser analisada tendo-se em conta a inevitável margem de discricionariedade das decisões

¹⁶ Ibid., p.45.

¹⁷ Para Cesare Beccaria, as decisões do juiz deveriam representar um silogismo perfeito, de forma a permitir a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis: “en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez, por fuerza o voluntad, quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre”.

Por sua vez, Montesquieu afirmava a idéia mecanicista da jurisdição, de todo compartilhada pelo pensamento ilustrado: “Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 75 e 16.

judiciais. Como tal, a atividade jurisdicional compreende espaços de poder inevitáveis, ainda que em maior ou menor medida: espaços para a interpretação da lei que serão maiores ou menores em razão do maior ou menor grau de indeterminação dos tipos penais; espaços para a eleição ou escolha de hipóteses explicativas advindas da produção empírica das provas; espaços para a valoração dos fatos de acordo com a equidade do juiz; espaços para a discricionariedade dispositiva do juiz. Os três primeiros tipos de poder – poder de denotação jurídica, poder de verificação fática e poder de conotação eqüitativa¹⁸ – são agrupados por Ferrajoli sob a denominação comum de poder de cognição, que é fisiológico, ou seja, inerente ao sistema. Por outro lado, entende que o espaço conferido à última espécie de poder – o poder dispositivo – é

“producto patológico de desviaciones y disfunciones políticamente injustificadas de los tres primeros tipos de poder; y que las garantías penales e procesales representan precisamente aquel conjunto de técnicas de definición y de comprobación de los presupuestos de la pena encaminadas a reducir todo lo posible el poder judicial arbitrario y a satisfacer el modelo de manera siquiera sea parcial y tendencial.”¹⁹

Mas, ainda que a realização plena do modelo cognoscitivista corresponda a uma utopia, ele é parâmetro e fundamento de racionalidade para qualquer sistema penal garantista²⁰, pois é a partir da análise do maior ou menor grau de poder que interfere na atividade jurisdicional, que se verifica o maior ou menor grau de irracionalidade jurídica e de ilegitimidade política de um determinado sistema penal.

A proposta de Ferrajoli é a de uma redefinição deste modelo epistemológico, tomando-o como um modelo-limite que não pode ser plenamente alcançado, mas do qual se é possível aproximar. É a partir da noção de verdade formal ou processual que se redefine as bases da epistemologia ilustrada, reconstruindo o modelo cognoscitivista-convencionalista através da reabilitação da verdade processual como verdade apenas aproximativa do ideal ilustrado da perfeita correspondência.

Ferrajoli utiliza a definição de verdade utilizada por Alfred Tarski para estabelecer uma definição nominal, semântica e também de caráter estritamente

¹⁸ Ibid., p. 40.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

cognoscitivo da verdade processual, decomposta em verdade fática e verdade jurídica. Tal teoria consiste numa estipulação geral das condições do uso do termo “verdadeiro”. Consoante Tarski,

“una proposición P es verdadera si, y solo si, p”, donde “P” está por el nombre metalingüístico de la proposición y “p” por la proposición misma: por ejemplo, “la oración ‘la nieve es blanca’ es verdadera si, y solo si, la nieve es blanca.”²¹

Assim, uma decisão ou proposição jurisdicional será verdadeira se, e somente se, é verdadeira tanto no plano fático (em relação aos fatos ocorridos) quanto no plano jurídico (em relação às estipulações legais sobre tais fatos). Aplicando a teoria à proposição jurisdicional *Caio cometeu culpavelmente o fato “x” descrito pela lei como crime*, temos pois as seguintes conclusões: a assertiva *Caio cometeu culpavelmente o fato “x”* é verdadeira se, e somente se, Caio cometeu culpavelmente o fato “x”, que corresponde à verdade fática; a assertiva *o fato “x” está descrito na lei como crime* só é verdadeira se, e somente se, o fato “x” está descrito na lei como crime, que, por sua vez, corresponde à verdade jurídica.

Para Ferrajoli, a grande vantagem da definição da verdade processual de acordo com a teoria tarskiana é que ela se propõe apenas a elucidar o significado do termo verdadeiro como predicado metalingüístico de um enunciado, oferecendo portanto uma definição apenas nominal, ao contrário da teoria ilustrada, que pretendia uma definição real de verdade que deveria pressupor uma correspondência ontológica entre as teses tidas como verdadeiras e a realidade sobre as quais tais teses dispõem.

No plano semântico, a verdade das teses judiciais não difere a princípio, da verdade das teorias científicas, ou seja, esta é sempre uma verdade relativa, aproximável do ideal de verdade absoluta objetivado pela teoria liberal, conforme explica Ferrajoli:

“La ‘verdad’ de una teoría científica y, más en general, de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, en suma, una verdad no definitiva sino contingente, no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas de que se habla: de modo que, siempre, cuando se afirma ‘la verdad’ de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas

²¹ Ibid., p. 48.

por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos. Para expresar esta relatividad de la verdad alcanzada en cada ocasión se puede muy bien usar la noción sugerida por Popper de ‘aproximación’ o ‘acercamiento’ a la verdad objetiva, entendida ésta como um ‘modelo’ o uma ‘idea regulativa’ que ‘somos incapaces de igualar’ pero a la que nos podemos acercar (...)²².

A verdade processual encontra-se limitada por fatores de incerteza que a afastam do modelo ideal da correspondência. A verdade processual de fato e de direito não pode ser afirmada a partir de observações diretas devido ao caráter probabilístico da verdade fática e ao caráter opinável da verdade jurídica. A verdade fática consiste num tipo de verdade histórica, ou seja, relativa a proposições acerca de fatos passados. Assim, o juiz não pode examinar diretamente os fatos a serem julgados pois estes não podem ser aferidos diretamente no momento presente, mas somente as provas da ocorrência destes fatos recolhidas e admitidas no processo, que, nos dizeres de Ferrajoli, são “experiências de hechos presentes, aun si interpretables como signos de hechos pasados”²³. Portanto, a verdade fática sempre decorre não de uma dedução lógica dos fatos, mas de uma indução por meio de provas. Por outro lado, a verdade jurídica é classificatória: decorre não da observação direta dos fatos ou da simples interpretação da lei, mas de uma classificação ou qualificação dos fatos comprovados de conformidade com os enunciados legais, procedimento ao qual se dá o nome de subsunção.

Outro fator de incerteza insuperável da verdade processual diz respeito ao caráter pessoal dos provimentos judiciais. Ainda que se esforce para ser imparcial e equidistante dos interesses das partes em conflito, o juiz sempre restará influenciado pelas circunstâncias que o rodeiam, por seus sentimentos, inclinações, emoções e valores ético-políticos. O magistrado não pode ser um “indiferente indagador da verdade” como exigia Beccaria, ainda que os sistemas jurídico-penais concretos estejam pautados nas regras do princípio acusatório, como a imparcialidade, independência do juízo, oralidade e publicidade das decisões e da produção de provas. A atividade jurisdicional sempre se apresentará, ainda que em maior ou em menor medida, como atividade interpretativa, e portanto, subjetiva.

²² Ibid., p. 50.

²³ Ibid., p. 53.

Por fim, a verdade processual também se afasta do ideal da correspondência porque se encontra condicionada pelo método de comprovação (regras e procedimentos) estabelecido pela lei: regras que disciplinam o método de investigação e de formação da verdade processual (regras sobre a preclusão, as nulidades dos atos processuais em decorrência de vícios, a inadmissão das provas obtidas por meios ilícitos, as formas e condições de admissão das provas) e regras jurídicas epistemológicas (normas sobre interpretação da lei penal, sobre a proibição da analogia, a presunção de inocência até prova em contrário, o ônus da prova atribuído à acusação, o princípio *in dubio pro reo*). Assim, pode-se concluir que a verdade processual também é uma verdade normativa. Muitas dessas normas correspondem às garantias processuais: as que se dirigem a garantir o correto desenvolvimento das investigações e o efetivo contraditório entre a acusação e a defesa; a que visa estabelecer limites à incerteza inerente à verdade processual impondo, em caso de dúvida, o princípio do *favor rei*; as que vinculam o juiz ao *thema decidendum*; as destinadas a prevenir ou reduzir a subjetividade do juízo, como as normas sobre suspeição e impedimento do juiz.

O critério da verdade processual aproximativa é o critério epistemológico adotado por Ferrajoli para fundamentar um modelo racional das decisões jurídicas, e especificamente, as decisões jurídico-penais, estabelecendo o que ele chama de “legitimação cognoscitivista da jurisdição”²⁴. A adoção deste critério reflete também a opção política do garantismo penal, que exige que a legitimidade das decisões penais esteja condicionada à verdade empírica de suas motivações. Ou seja, ainda que existam no direito outros critérios de justificação – de moralidade, de conveniência, de eficiência –, Ferrajoli assevera que no direito penal, a única justificação aceitável das decisões é a representada pela verdade de seus pressupostos fáticos e jurídicos, não sendo condizentes com o modelo garantista justificações instrumentalistas ou consensualistas:

“Para justificar las decisiones que concluyen un juicio penal no basta – si se adhiere a uma opción garantista – que tengan ‘éxito’ o que genericamente ‘satisfagan’ las funciones de prevención y de seguridad que también son propias del derecho penal. Ni basta que reciban el consenso de la comunidad: ni una amplísima mayoría y ni siquiera la totalidad de los consensos pueden justificar

²⁴ Ibid., p. 67.

que se acepte como presupuesto de una decisión penal una tesis no probada o no submetible a prueba.”²⁵

Conclui-se portanto que, a partir da revisão do modelo epistemológico ilustrado, Luigi Ferrajoli funda um modelo de legitimação cognoscitivista da jurisdição penal ou um esquema cognoscitivo de justificação das decisões judiciais que se baseia no nexos ou vinculação intrínseca entre a verdade e a legitimidade das decisões judiciais. Em outras palavras: esse modelo epistemológico, que reflete uma opção política, exige, como condição de legitimidade das decisões judiciais, que suas motivações estejam baseadas na verdade empírica.

O grau de verdade processual, ou melhor, de cognoscitivismo do juízo penal, dependerá fundamentalmente das garantias penais e processuais que correspondem a um sistema de princípios na teoria ferrajoliana. Há uma intrínseca conexão entre o esquema epistemológico convencionalista-cognoscitivista e o sistema de garantias penais e processuais, pois os vínculos metodológicos exigidos pela epistemologia garantista para a definição e comprovação dos delitos, como condição de verdade, correspondem aos limites normativos do sistema garantista, como condição de validade ou legitimidade²⁶.

Os princípios ou axiomas garantistas são implicações deônticas, normativas ou de *dever-ser*, e que, portanto, não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deve ocorrer, informando, em seu conjunto, um modelo normativo de direito penal, fruto de uma opção ético-política. Cada princípio ou implicação deôntica enuncia uma garantia jurídica, ou seja, designa um pressuposto, uma condição necessária para a afirmação da responsabilidade penal.

Ferrajoli chama de “SG” ou sistema garantista, cognitivo ou de legalidade estrita ao conjunto de dez princípios ou axiomas que formam “un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisfacible”²⁷, ou seja, o modelo garantista em seu grau máximo, enunciados através das seguintes expressões latinas:

Nulla poena sine crimine, ou princípio da retributividade.

²⁵ Ibid., p. 68.

²⁶ Ibid., p.46.

²⁷ Ibid., p. 93.

Nullum crimen sine lege, ou princípio da legalidade em sentido lato ou em sentido estrito.

Nulla lex (poenalis) sine necessitate, ou princípio da necessidade ou economia do direito penal.

Nulla necessitas sine iniuria, ou princípio da lesividade ou da ofensividade do ato;

Nulla iniuria sine actione, ou princípio da materialidade ou da exterioridade da ação.

Nulla actio sine culpa, ou princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal.

Nulla culpa sine iudicio, ou princípio da jurisdicionariiedade em sentido lato ou em sentido estrito.

Nullum iudicium sine accusatione, ou princípio acusatório ou da separação entre acusação e juiz.

Nulla accusatio sine probatione, ou princípio do ônus da prova ou da verificação.

Nulla probatio sine defensione, ou princípio do contraditório ou da defesa.

Os seis primeiros princípios referem-se às garantias penais, uma vez que *delito, lei, pena, necessidade, ofensa e culpabilidade* são requisitos ou condições penais, enquanto que os quatros últimos designam garantias processuais, já que *juízo, acusação, prova e defesa* são requisitos ou condições processuais. Os dez princípios estão conectados entre si e são a matriz de outros quarenta e cinco derivações ou axiomas:

“en efecto, todos los términos implicados son enunciables como consecuentes de otras tantas implicaciones que tienen como antecedentes a todos los términos que las preceden en el sistema. Así pues, diremos: *nulla poena sine lege* (...), *nulla poena sine necessitate* (...), *nulla poena sine iniuria* (...), y de igual forma, en

materia de pena, hasta la tesis *nulla poena sine defensione* (...); y además, *nullum crimen sine necessitate* (...), *nullum crimen sine culpa* (...), y de la misma forma, en materia de delito, hasta la tesis *nullum crimen sine defensione* (...); y así sucesivamente. En total tendremos cincuenta y seis tesis, diez primitivas y las demás derivadas, que conjuntamente configuran nuestro modelo penal garantista y cognitivo.”²⁸

O princípio de estrita legalidade ocupa lugar central no sistema garantista, pois verdadeiramente o caracteriza. Exige, como condições necessárias da legalidade penal, todas as garantias penais e processuais elencadas nos axiomas garantistas, de forma que *nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*. Diferencia-se portanto, do princípio de mera ou lata legalidade, que, por sua vez, exige a lei como condição necessária da pena e do delito, de forma que *nulla poena, nullum crimen sine lege*. Assim, enquanto o princípio da legalidade em sentido lato exige a lei como forma ou fonte das normas penais incriminadoras, e portanto, como condição de vigência ou existência das mesmas, o princípio da legalidade em sentido estrito funciona como condição de validade ou legitimidade das leis penais vigentes. A mera legalidade prescreve a sujeição dos juízes às leis vigentes, independentemente de seu conteúdo; a estrita legalidade prescreve, enquanto norma meta-legal dirigida ao legislador, que os conteúdos das leis penais esteja vinculado às garantias penais e processuais.

Como a estrita legalidade exige todas as garantias, tanto penais quanto processuais, ela é pressuposto da estrita jurisdiccionariedade. Nas palavras de Ferrajoli,

“(…) la estricta legalidad garantiza la verificabilidad y la refutabilidad de los supuestos típicos penales abstractos asegurando, mediante garantías penales, la denotación taxativa de la acción, del daño y de la culpabilidad que forman sus elementos constitutivos; mientras la estricta jurisdiccionalidad garantiza la verificación y la refutación de los supuestos típicos penales concretos asegurando, mediante las garantías procesales, los presupuestos empíricos de la carga de la prueba a cargo de la acusación y del derecho a la refutación por parte de la defensa”.²⁹

Ferrajoli parte de SG para criar uma tipologia dos sistemas punitivos. Através da verificação do maior ou menor grau de proximidade do modelo-limite

²⁸ Ibid., p. 94.

²⁹ Ibid., p.96.

garantista, é possível avaliar os mais diversos sistemas penais concretos, tanto no plano normativo quanto no plano de seu efetivo funcionamento. A partir de uma exclusão de determinados axiomas garantistas, Ferrajoli descreve modelos teórico-normativos com graus de garantismo inferior: modelos de processo penal autoritário; modelos de direito penal autoritário; modelos punitivos irracionais³⁰.

São modelos de processo penal autoritário os denominados *sistemas de mera legalidade e mera jurisdicionariade* e *sistemas sem acusação separada*. Os primeiros ocorrem quando, em decorrência da mera legalidade, as garantias processuais da prova e da defesa não existem efetivamente, ou seja, não há jurisdicionariade em sentido estrito mas apenas em sentido lato. Isso decorre da formulação legal de hipóteses delitivas que não primam pela determinação taxativa de seus conteúdos, mas concluem juízos de valor, e, portanto, não permitem sua verdadeira verificação, ou seja um real processo contraditório. Os segundos configuram modelos penais inquisitivos, onde o princípio acusatório (ou da separação entre acusação e juiz) não existe ou não é respeitado, como no caso de ordenamentos jurídicos em que o juiz tem funções acusatórias ou a acusação tem funções judiciais, comprometendo a imparcialidade do juízo e em particular as garantias processuais da presunção de inocência do acusado antes da condenação, do ônus da prova por parte da acusação, e da ampla defesa.

São modelos de direito penal autoritário os *sistemas objetivistas* que carecem do elemento subjetivo da culpabilidade (intencionalidade da conduta). Ocorrem em sistemas penais que privilegiam a função de defesa social do direito penal, descuidando do elemento intencional inerente à conduta delitiva e nas legislações em que há figuras de responsabilidade objetiva. São também modelos de direito penal autoritário aqueles que, ao contrário, carecem dos elementos objetivos do crime – conduta (ação ou omissão) e lesão (ofensa a bem jurídico tutelado pelo direito penal) –, violando portanto os princípios da materialidade e da lesividade. Ocorrem, no primeiro caso, quando as normas penais reprimem, mais do que condutas ou comportamentos determinados, exteriorizados através de manifestações concretas, atitudes ou situações subjetivas de imoralidade e periculosidade. E, no segundo, quando os tipos penais prescindem da lesão a bens jurídicos concretos, reprimindo de forma antecipada a sua simples colocação em

³⁰ Ibid., pp. 98-102.

perigo ou penalizando apenas o desvalor social ou político da ação. Ambos são *modelos subjetivistas*, onde as figuras legais de delito (tipos penais) carecem de referências empíricas e se baseiam predominantemente na subjetividade desviada do réu, incriminando sua personalidade ou identidade subjetiva de forma explicitamente discriminatória. Importante ressaltar que esses esquemas de direito penal autoritário são, ao mesmo tempo, substancialistas e decisionistas: comprometem não só as garantias penais da materialidade e da lesividade, mas também as garantias processuais, uma vez que determinam “la subjetivación del juicio, confiado a criterios discrecionales de valoración de la anormalidad o peligrosidad del reo que inevitablemente disuelven el conjunto de las garantías procesales”³¹.

Por fim, Ferrajoli denomina, adotando expressão de Max Weber, *sistemas punitivos irracionales* aos modelos que carecem dos elementos *delito, proceso e lei*, presentes nos axiomas garantistas já descritos. O primeiro, prescindindo do elemento *delito*, e não só de seus elementos subjetivos ou objetivos, afronta o axioma da retributividade (*nulla poena sine crimine*), princípio que condiciona a cominação de uma pena ao cometimento de um fato-crime, de forma que a pena assume a natureza de retribuição, no sentido de consequência de um delito. No *sistema punitivo irracional*, a punição passa a assumir o caráter de prevenção de delitos ao invés de medida retributiva dos mesmos, função esta não de prevenção geral, mas de prevenção especial, conforme explica Ferrajoli:

“La punición, conseqüentemente, asume en él la naturaleza de medida preventiva de la desviación, en vez de retributiva: no, téngase en cuenta, la función de “prevención general” ejercida por su amenaza legal preventiva como consecuencia de un delito, sino una función de “prevención especial” ligada a su conminación preventiva, como un prius en vez de como un posterius respecto del hecho criminal. (...) Conforme a él, el derecho y proceso penal se transforman, de sistema de retribución, dirigido a prevenir los hechos-delitos por medio de la comprobación y la punición de los ya ocurridos, en sistema de pura prevención, dirigido a afrontar la mera sospecha de delitos cometidos pero no probados o el mero peligro de delitos futuros.”³²

A ausência do nexó entre pena e delito também atinge os princípios da legalidade e da jurisdiccionariedade, pois a lei penal passa a corresponder a uma norma em branco, que pode ser preenchida de forma ocasional e arbitrária, e o

³¹ Ibid., p.100.

³² Ibid., p. 102.

juízo penal passa conseqüentemente a orientar-se segundo critérios de discricionariedade administrativa, que determinam sua transformação num procedimento policial de estigmatização.

As medidas cautelares, entre elas a prisão provisória, caracterizam esses sistemas – ou subsistemas – de direito e processo penal preventivos que, consoante Ferrajoli, coexistem com os sistemas penais retributivos, enfraquecendo-os. Entende-se que o sistema penal brasileiro, quando utiliza a prisão provisória com fundamento na necessidade de prevenção de delitos futuros, transforma-se de sistema penal retributivo em sistema penal puramente preventivo.

Os *sistemas sem lei e sem processo* (ou juízo) afrontam, de forma total e respectivamente, o princípio da legalidade (*nulla poena sine lege*) e o princípio da jurisdiccionariedade (*nulla poena sine iudicio*), correspondendo a formas absolutas de Estado selvagem ou disciplinar.

Os sistemas punitivos até então descritos – modelo penal garantista (SG) e modelos penais autoritários – são extremos opostos. Enquanto no primeiro o poder punitivo encontra-se limitado ou condicionado ao máximo através de garantias ou princípios que conferem ao cidadão o máximo grau de tutela das liberdades do cidadão contra o arbítrio punitivo, os segundos se caracterizam pela ausência ou debilidade destas garantias penais e processuais-penais. Portanto, Ferrajoli identifica o modelo penal garantista com o modelo do Estado de direito, expressão esta utilizada como

“(...) un tipo de ordenamiento en que el poder público, y específicamente el penal, está rigidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y bajo el procesal (o de las formas procesalmente vinculantes)”³³.

Ao contrário, os modelos penais autoritários, enquanto não limitados ou condicionados pela lei, são identificados com sistemas de controle penal próprios de Estados absolutos e autoritários.

³³ Ibid., p. 104.

Seguindo tal orientação, Ferrajoli passa a designar os modelos penais autoritários como sistemas de direito penal máximo e o modelo garantista (SG) como sistema de direito penal mínimo³⁴.

Os dois sistemas são modelos normativos, ou seja, modelos ideais. Os sistemas penais concretos serão sempre sistemas intermediários aos dois modelos-limite, ou seja, modelos de tendência ao direito penal máximo ou modelos de tendência ao direito penal mínimo. Consoante Ferrajoli, essas duas tendências opostas convivem entre si nos ordenamentos jurídicos dos Estados modernos, havendo uma tendência ao direito penal mínimo no plano normativo superior (constitucional) e uma tendência ao direito penal máximo no plano normativo inferior (leis ordinárias), o que conseqüentemente, determina uma inefetividade (ineficácia) das normas constitucionais e uma ilegitimidade das leis ordinárias.

O modelo de direito penal mínimo, conforme já visto, é um modelo limitador do arbítrio punitivo, que persegue um ideal de certeza e racionalidade. Assim, nos modelos de direito penal mínimo, os pressupostos da responsabilidade penal são cognoscíveis e como tal, previsíveis, ao contrário dos modelos de direito penal máximo, caracterizados pela imprevisibilidade e incerteza da responsabilidade penal.

Ora, a certeza aspirada por um sistema penal é sempre relativa, e assim estará sempre acompanhada de um certo grau de incerteza. Assim, quando os pressupostos cognoscitivos da pena são imprevisíveis, ou seja, em caso de dúvida quanto à responsabilidade penal, o modelo penal garantista abre espaço para a discricionariedade, ou, melhor dizendo, utiliza um critério pragmático e político de solução das incertezas jurisdicionais: a dúvida sempre favorecerá o réu (princípio do *favor rei*).

³⁴ Importante diferenciar a nomenclatura “direito penal mínimo” e “direito penal máximo” utilizada por Ferrajoli, das expressões “Estado mínimo” e “Estado máximo”. As primeiras expressões designam sistemas jurídicos onde a intervenção punitiva do Estado relacionada às liberdades negativas, é mínima ou máxima, enquanto as segundas designam sistemas políticos em que a intervenção do Estado mediante prestações positivas (relativas à saúde, ao trabalho, à educação, à moradia etc) é mínima ou máxima, correspondendo, respectivamente, ao modelo de Estado social moderno e ao modelo de Estado liberal clássico. Ferrajoli assevera que um Estado social máximo pode perfeitamente conviver com um direito penal mínimo: essa conjunção expressa um conjunto de deveres públicos dos órgãos estatais, tanto positivos (obrigações) quanto negativos (proibições), que caracterizam o Estado de direito em sua forma mais complexa e desenvolvida, idônea a maximizar os limites do poder estatal e também as suas funções de tutela dos direitos fundamentais. De modo inverso, a conjunção Estado mínimo e direito penal máximo também é infelizmente possível.

Constata-se que a certeza perseguida pelo direito penal mínimo e a certeza perseguida pelo direito penal máximo refletem opções políticas contrapostas. **A certeza perseguida pelo direito penal máximo é a de que nenhum culpável fique impune, à custa da incerteza de que algum inocente possa ser castigado; ao contrário, a certeza objetivada pelo direito penal mínimo é a de que nenhum inocente seja castigado, à custa da incerteza de que algum culpável possa ficar impune.**

Logo, a certeza a que aspira o sistema penal garantista não é a de que resultem exatamente comprovados e punidos todos os fatos descritos na lei como delitos, mas que sejam punidos somente aqueles cuja culpabilidade de seu autor tenha sido comprovada. **A certeza do direito penal mínimo é, portanto, garantida pelo princípio *in dubio pro reo*, corolário do princípio do *favor rei* e regra que dá sentido à presunção de inocência do réu até prova em contrário.** Ou seja, quer dizer que é necessária a prova (ou a certeza) da culpabilidade e não da inocência do réu, que, em caso de dúvida, resolve-se em benefício do mesmo, através de sua absolvição.

Verifica-se, nos ordenamentos jurídicos mais desenvolvidos e democráticos, de tendência ao direito penal mínimo, que a incerteza é resolvida através de uma presunção legal da inocência, como é o caso do Brasil. De fato, o critério utilizado pelo direito penal máximo – *in dubio contra reum* – indica uma aspiração autoritária. Nas palavras de Ferrajoli, “la idea recurrente de que el proceso penal deve conseguir golpear a todos los culpables es el fruto de una ilusión totalitaria”³⁵.

2.3

Modelos axiológicos ou justificacionistas

Os modelos normativos de direito penal mínimo e de direito penal máximo encontram-se respaldados por distintas teorias e culturas jurídico-filosóficas, concebidas como doutrinas axiológicas ou de justificação do direito penal. Ferrajoli utiliza a expressão direito penal em sentido amplo (abrangendo também o direito processual penal) como técnica de definição, comprovação e repressão

³⁵ Ibid., p. 107.

dos ilícitos penais, que se manifesta através de restrições ou constringimentos às liberdades das pessoas. Essas restrições correspondem a três momentos da técnica punitiva, também designados por Francesco Carrara, e cuja orientação é seguida por Carnelutti, como os três grandes temas que constituem o objeto da ciência penal: o *delito*, enquanto definição ou proibição dos comportamentos definidos na lei como ilícitos penais e que delimita a esfera de liberdade de ação dos cidadãos de um modo geral; o *processo*, enquanto sujeição ao juízo penal das pessoas que possam ter cometido infrações penais a fim de se comprovar a sua responsabilidade penal; e a *pena*, enquanto repressão ou punição dos culpáveis pela violação das leis penais. **Tais restrições consistem num custo que incide sobre a liberdade das pessoas – não só dos culpáveis, mas também dos inocentes, que muitas vezes, são processados, presos provisoriamente, e condenados em decorrência da inevitável falibilidade dos sistemas penais – e que, portanto, tem que ser justificado.** Assim, cumpre justificar ou fundamentar os fatos definidos pela lei como delitos, a pena ou o direito de punir, e o processo penal (justificação das formas e procedimentos de investigação e comprovação dos delitos e da aplicação das penas), que Ferrajoli se propõe a realizar através dos seguintes questionamentos: *se, porque, quando e como castigar* (punir); *se, porque, quando e como proibir*; *se, porque, quando e como julgar*³⁶. Consoante Ferrajoli, as respostas a estas doze perguntas reconduzirão as distintas doutrinas filosóficas a duas linhas antitéticas do pensamento penalista:

“el convencionalista y empirista, que es propio de la tradición garantista y de la tendencia que aquí se ha denominado al “derecho penal mínimo” y que tiene sus antecedentes en Pufendorf, en Thomasio y en muchos aspectos hasta en Hobbes, y su máxima expresión en los ilustrados del XVIII y en la escuela clásica italiana del pasado siglo; y el sustancialista u ontológico, que informa por contra la tradición autoritaria y la tendencia de signo contrario al “derecho penal máximo” y que sin duda ha prevalecido históricamente, hundiendo sus raíces en el oscurantismo penal premoderno y reapareciendo con la reacción anti-ilustrada que se desarrolló en la segunda mitad del XIX en sintonía con proyectos sociales disciplinarios, correccionalistas, policiales o de cualquier otro modo antiliberales”.³⁷

Ao tratar da justificação ou legitimação do direito penal, Ferrajoli o faz em dois sentidos: no sentido de sua justificação ou legitimação externa, a que

³⁶ Ibid., p. 211.

³⁷ Ibid., p. 213.

denomina propriamente *justificação*, e no sentido de sua justificação ou legitimação interna, a que denomina mais especificamente *legitimação*.

A *justificação* diz respeito às razões externas do direito penal, ou seja, refere-se a princípios normativos externos ao direito positivo e, portanto, a critérios extra ou meta-jurídicos de valoração moral, política ou de utilidade. A *legitimação* faz referência a princípios normativos internos de um determinado ordenamento jurídico, e, portanto, a critérios de valoração jurídicos, que consistem nas razões internas do direito positivo. Assim, pode-se afirmar que um determinado sistema jurídico-penal ou algum de seus institutos ou normas encontra-se justificado ou é legítimo, do ponto de vista externo, se está em conformidade com os valores ou interesses externos - morais ou ético-políticos - erigidos a critérios de justiça, e, por outro lado, que um determinado sistema jurídico-penal, instituto ou norma é legítimo ou encontra-se justificado, do ponto de vista interno, se está em conformidade com as normas ou princípios estabelecidos no direito positivo mesmo, e que condicionam sua validade.

Conclui-se que a justificação ou legitimidade externa baseia-se em critérios que permitem aferir se um determinado sistema jurídico, norma ou instituto é justo ou não, enquanto a justificação ou legitimidade interna permite aferir sua validade. Diz-se então que as leis ordinárias vigentes num determinado ordenamento jurídico ou algum de seus institutos são válidos ou legítimos, do ponto de vista interno, se estão em conformidade com os princípios e normas constitucionais, e, do ponto de vista externo, que as normas ou institutos de um determinado ordenamento jurídico previstas em sede ordinária ou constitucional são justos se estão em conformidade com determinados critérios ou valores morais ou políticos.

No entanto, é fundamental verificar nos dias de hoje que as Constituições democráticas incorporaram como normas ou princípios os valores ético-políticos ou morais de legitimação externa, de forma que os critérios de justificação e pois de avaliação da justiça de um determinado sistema jurídico passam a ser, no mais das vezes, os mesmos critérios para a sua legitimação interna ou validade.

Importante também observar que a distinção entre os pontos de vista externo (ou da justiça) e interno (ou da validade) acerca da legitimação do direito penal difere de outro tipo de diferenciação, formulada por H. L. A. Hart, entre ponto de vista interno ou jurídico da validade e ponto de vista externo ou

sociológico (criminológico) da efetividade. O ponto de vista externo da legitimação é distinto nos dois casos: no primeiro, as funções ou razões dizem respeito a interesses ou valores que devem ser perseguidos pelo direito penal para que resulte justificado; o segundo designa as funções que de fato são perseguidas pelo direito penal e os efeitos que, em concreto, são alcançados por elas³⁸. Assim, o problema sociológico do direito penal é um problema científico que admite respostas de caráter empírico, formuladas mediante proposições assertivas verificáveis ou refutáveis, e que, como tais, podem ser consideradas verdadeiras ou falsas. Por outro lado, o problema axiológico ou de justificação externa do direito penal é um problema filosófico que admite respostas de caráter ético-político formuladas mediante proposições normativas, que, como tais, não podem ser consideradas nem verdadeiras nem falsas, mas somente aceitáveis ou inaceitáveis como justas ou injustas.

A separação entre ponto de vista interno da validade e ponto de vista externo da justiça, ou entre legitimação externa e legitimação interna do direito penal advém da idéia ilustrada da separação entre direito e moral. Base da tradição do Positivismo Jurídico, tal separação é resultado de um lento processo de secularização do direito penal originário no século XVII.

Em sentido prescritivo ou axiológico, a separação do direito em relação à moral é um princípio político do liberalismo moderno, produto do utilitarismo jurídico ilustrado³⁹, que consiste na opção em se justificar o direito e o Estado somente por sua incumbência de perseguir fins de utilidade concreta em favor dos cidadãos e principalmente de garantir seus direitos e sua segurança, de forma que não devem possuir nem encarnar fins morais desvinculados dos interesses das pessoas, ou ser eles fins em si mesmos. O utilitarismo jurídico enuncia portanto um princípio meta-jurídico que fundamenta a autonomia do direito em relação à moral:

“De un modo más preciso, este principio exige que la inmoralidad pueda ser considerada como condición necesaria, pero nunca como condición por sí sola

³⁸ Kelsen também ressalta que é um erro grave confundir Direito e Sociologia. A Sociologia é ramo específico da ciência natural. Enquanto a ordem natural determina o que a conduta dos homens é, de acordo com o princípio da causalidade, a ordem jurídica determina o que a conduta dos homens deve ser, de acordo com o princípio da imputação: KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Trad. L. C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.334.

³⁹ *Ibid.*, p.222.

suficiente para justificar políticamente la intervención coactiva del estado em la vida de los ciudadanos.”⁴⁰

No âmbito penal, o utilitarismo jurídico compreende três princípios normativos distintos em relação às concepções do delito, da pena e do processo, e que, em seu conjunto, sintetizam os fins de tutela e prevenção do direito penal e os limites impostos à legislação, à execução e à jurisdição penal de conformidade com o modelo garantista, representando pois a base filosófico-política de todas as garantias penais e processuais-penais elaboradas pelo pensamento ilustrado e, mais tarde, incorporadas pelos códigos e constituições modernos.

Em relação ao delito, significa que o direito penal não deve ter a função de impor uma determinada moral aos cidadãos, de forma a reprovar moralmente suas condutas, e sim de impedir-lhes o cometimento de ações danosas a terceiros, de forma a tutelar os direitos fundamentais:

“Para que puedan prohibirse y castigarse conductas, el principio utilitarista de la separación entre el derecho y la moral exige además como necesario que danem de un modo concreto bienes jurídicos ajenos, cuya tutela es la única justificación de las leyes penales como técnicas de prevención de su lesión.”⁴¹

Com relação à pena, o princípio utilitarista estabelece que as sanções penais não devem ter conteúdo nem fins morais, ou seja, não devem pretender transformar moralmente a personalidade dos réus através de sua reforma, ressocialização, reeducação ou recuperação. Nas palavras de Ferrajoli,

“(…) o ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y de seguir siendo lo que es. Las penas, consiguientemente, no deben perseguir fines pedagógicos o correccionales, sino que deben consistir en sanciones taxativamente predeterminadas y no agravables con tratamientos diferenciados y personalizados de tipo ético y terapéutico”.⁴²

Em relação à justificação da jurisdição penal, o princípio da separação entre direito e moral determina que o processo ou juízo penal não tenha como objeto a moralidade, o caráter ou outras características pessoais e subjetivas da personalidade do réu, devendo recair somente sobre fatos empíricos taxativamente

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid., p.223.

⁴² Ibid., p. 223-224.

descritos na lei penal como delitos e, que, como tais, possam ser empiricamente provados pela acusação e refutados pela defesa. Assim, compete à polícia e ao órgão acusador investigar os comportamentos proibidos pela lei penal a fim de que o juiz possa aplicar aos infratores as sanções respectivas, de forma que sejam processados e julgados por aquilo que fizeram e não por aquilo que são, não sendo função do juiz perscrutar a alma dos processados e condenados nem emitir vereditos morais sobre a sua personalidade.

Além de refletir um processo de secularização do direito e da cultura jurídico-penal, a doutrina da separação entre direito e moral promoveu, enquanto doutrina teórica, o desenvolvimento de uma ciência juspositivista baseada no princípio da legalidade, e, enquanto doutrina normativa, a elaboração de grande parte das garantias de liberdade do cidadão e das formas do Estado de direito moderno submetido a regras, limites e controles. Também abriu espaço, através da diferenciação entre *justificação* e *legitimação*, para a crítica do direito positivo vigente através de “una actitud política reformadora (...) permitiendo su crítica desacralizadora y exenta de prejuicios, liberada de la reverencia moral o religiosa al orden constituido”⁴³.

No entanto, no século XIX, com a consolidação do monopólio das fontes do direito nas mãos do Estado, a doutrina da separação entre direito e moral foi sendo deixada de lado por um enfoque exclusivo do aspecto interno ou jurídico da legitimidade do Estado e do direito, mediante uma supervalorização do direito positivo vigente. O problema da justificação ou legitimação externa do direito penal é abandonado e o direito positivo vigente passa a ser para a cultura jurídica algo natural que se deve conhecer ou explicar, mas que não necessita ser justificado ou deslegitimado. Em outras palavras, a cultura jurídica perde qualquer referência axiológica externa como fonte de justificação e de limitação do direito vigente⁴⁴, e o ponto de vista jurídico passa a ser o único admissível para os fins de justificação ético-política do direito penal. Essa perda levou o pensamento jurídico a repudiar a separação entre direito e moral, mudança de significado anti-ilustrado que, nas palavras de Ferrajoli,

⁴³ Ibid., p.225.

⁴⁴ Ibid., p.227-228.

“Es el fruto de una transformada actitud política –ya no revolucionaria ni reformadora, sino conservadora y en ocasiones reaccionaria –de la cultura jurídica liberal: preocupada ahora, más que de imponer al estado límites y garantías en defensa de los ciudadanos, de defender al estado y al nuevo orden económico y social contra los ciudadanos y en particular contra las nuevas ‘clases peligrosas’”⁴⁵.

O abandono da doutrina da separação entre direito e moral determinou o surgimento de doutrinas substancialistas informadas pela idéia de uma base ontológica do direito penal, seja pela idéia de pecado intrínseca ao delito seja pela concepção do réu como ser humano “anormal”, teorias que não cumprem nenhuma função de limitação ou deslegitimação do direito positivo⁴⁶.

Importante sublinhar a relevância que a doutrina ou escola positivista deu à periculosidade social do réu, entre outras características pessoais do mesmo, como a reincidência e a propensão a delinquir. Estas condições pessoais foram erigidas a pressupostos de medidas preventivas, processuais ou de polícia, decretáveis *ante* ou *extra delictum*, como a prisão provisória, que foram incorporadas aos códigos a partir do século XIX em toda a Europa e que serviram de inspiração e modelo para a codificação em países da América latina, como o Brasil.

Além de informar doutrinas substancialistas, a renúncia ao ponto de vista da legitimação externa também tem como consequência o formalismo ético, que consiste numa valoração da forma jurídica acima do conteúdo, uma vez que o Estado e o direito passam a ser considerados valores em si mesmos, independentemente de sua base utilitária e de sua função de tutela dos direitos fundamentais. Assim, de conformidade com o formalismo ético, direito e Estado se autojustificam, idéia que é utilizada para fundamentar doutrinas de um poder estatal absoluto, como no caso extremo do fascismo.

Outra consequência da renúncia ao ponto de vista externo da justificação do direito penal é o legalismo ético, responsável pela disseminação de uma cultura jurídica acriticamente contemplativa⁴⁷ entre os juristas, consistente

“(…) en la adhesión moral y política a los valores e intereses protegidos por el derecho positivo–, o en el mejor de los casos en una especie de

⁴⁵ Ibid., p. 228.

⁴⁶ Ibid., p. 229.

⁴⁷ Ibid., p. 231.

constitucionalismo ético, consistente en la sacralización de los valores constitucionales en cuanto tales, absolutizados e interiorizados como específica ideología jurídica progresista”.⁴⁸

Conclui-se que a doutrina da separação entre direito e moral é pressuposto de qualquer teoria garantista e, ao mesmo tempo, de qualquer sistema de direito penal mínimo, enquanto a confusão entre direito e moral inspira modelos substancialistas ou autoritários de direito penal e processual penal. A alternativa entre os dois modelos extremos é o reflexo ou consequência das respostas à pergunta geral *porquê o direito penal?*, desmembrada em três linhas de questionamentos já mencionadas alhures: *porque, quando e como punir (ou castigar); porque, quando e como proibir; porque, quando e como julgar*.

Consoante Ferrajoli, as respostas às perguntas supra-indicadas, além de formuláveis teoricamente, podem ser verificadas no plano histórico:

“Esas respuestas –piénsese en Hobbes, Pufendorf, Montesquieu y Beccaria-fueron originariamente respuestas al problema de la legitimación externa o de la justicia, expresadas en forma de tesis de derecho natural o racional. Y solo tras su incorporación a las constituciones modernas llegaron a ser (en todo o en parte) también parámetros de legitimación interna, es decir, principios jurídico-constitucionales meta-legales que regulan la validez de las leyes. Por ello es posible rastrear sus fundamentos filosóficos en las filosofías jurídicas y políticas más generales acerca de la justificación externa en las que fueron originariamente formuladas.”⁴⁹

A pergunta sobre *se proibir, julgar ou punir*, é preliminar a todas as outras perguntas, no sentido de que a resposta negativa corresponde às doutrinas abolicionistas⁵⁰, ou seja, que não reconhecem justificação alguma ao direito penal e, assim, excluem na raiz todos os demais questionamentos sobre sua legitimação.

Já as questões sobre *quando punir, proibir e julgar* podem ser critérios de legitimação externa ou de legitimação interna, assim como as questões sobre *como punir e proibir*.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid., p.232.

⁵⁰ Opta-se por não entrar aqui na discussão ou contraposição mais ampla e profunda entre abolicionismo e justificacionismo penal, ou seja, entre teorias abolicionistas e justificacionistas do direito penal. O que se pretende é expor os diferentes modelos penais, e, através da exposição das diversas doutrinas justificacionistas do direito penal, questionar previamente quais são as razões ou fins que justificam ou que fazem justo ou aceitável moral e politicamente que, à violência ilegal representada pelo delito, acrescente-se uma segunda violência, legal e aplicada pelo Estado, que é a pena.

Especificamente a questão sobre *como julgar* é uma pergunta que só parcialmente se refere a questões de legitimação interna, uma vez que, inevitavelmente, será remetida a critérios de legitimação externa ou de justificação do juízo ou processo penal. A princípio, se um determinado sistema jurídico-penal incorpora o princípio da legalidade estrita com relação às técnicas de proibição (ou referentes ao *como proibir*), o juízo penal será cognoscitivo se incorpora as garantias processuais do ônus da prova pela acusação, da presunção de inocência, do contraditório e da regra *in dubio pro reo*. Mas se o princípio da legalidade estrita é ignorado, abre-se espaço para modelos substancialistas de definição dos delitos e estarão legitimados internamente poderes dispositivos e que apontam para modelos de verdade substancial, ou seja, que permitem ao juiz decidir com base em critérios valorativos e subjetivos de legitimação externa. Por outro lado, os meios de produção das provas e as regras e institutos processuais admitidos pelo direito processual penal de um ordenamento jurídico em concreto dizem muito sobre a sua natureza cognoscitiva ou inquisitiva, ou seja, sobre sua legitimação externa. É nesse sentido que se deve questionar quais são os meios moral e politicamente aceitáveis para se chegar à verdade no processo penal, questionando se encontram-se justificados neste sentido, ou seja como meio justo, justificado ou aceitável para se chegar ao fim último da responsabilização penal. As respostas serão diferentes de acordo com a concepção de verdade adotada: no modelo inquisitorialista, a verdade é um fim incondicionado do processo penal, que admite quaisquer meios para sua obtenção, ao contrário do modelo garantista, onde a verdade encontra-se condicionada por outros valores.

Importante também ter em vista que a reflexão acerca da justificação externa do direito penal permite verificar as diferentes culturas jurídicas e políticas por trás dos sistemas jurídico-penais concretos e que muitas vezes os influenciam. Na prática, culturas diferentes podem informar modelos justificacionistas também diferentes e muitas vezes contrapostos, que servem de base para diferentes políticas criminais.

Nas palavras de Ferrajoli,

“Los diferentes modelos de justicia penal corresponden a las distintas culturas y subculturas que operan de un modo u outro en la praxis de cada ordenamiento, cualquiera que sea el sistema de garantías jurídicamente adoptado: en el nivel político y legislativo, en el nivel de la práctica judicial, en las manifestaciones de

la opinión pública. En particular, resulta decisiva su relevancia en la actividad jurisdiccional. Aun cuando las constituciones actuales han recibido a grandes rasgos la mayor parte de los principios del garantismo penal cognoscitivista, de hecho las legislaciones (...) abundan en figuras e instituciones que remiten a criterios explícitamente substancialistas y potestativos, **tales como la valoración de la peligrosidad del reo para los fines de las diferentes medidas cautelares (...)**⁵¹.

Primeiramente cumpre diferenciar duas grandes categorias ou tipologias de justificação do direito penal e da pena: *teorias justificacionistas absolutas* e *teorias justificacionistas relativas*. As teorias absolutas são também denominadas *retribucionistas* porque vêem a pena como um fim em si mesma, fim este de retribuição, de castigo, de reação à conduta descrita na lei como delito, ao contrário das teorias *relativas ou utilitaristas* para as quais a pena não é um fim ou valor em si mesma, e sim um meio ou um custo para se alcançar o fim utilitário de prevenir ou evitar delitos futuros. Ferrajoli utiliza uma conhecida passagem de Sêneca para diferenciar as duas categorias de justificação do direito penal: enquanto as *doutrinas retribucionistas* são *quia peccatum*, as *doutrinas utilitaristas* são *ne peccetur*, ou seja, as primeiras enxergam ou tem como alvo o passado e as segundas enxergam ou tem como alvo o futuro. Isto significa que, para as *teorias retribucionistas*, a legitimidade externa da pena é apriorística, não estando condicionada por finalidades outras que não a punição, ao contrário das teorias *utilitaristas*, para as quais a legitimidade da pena está condicionada à sua adequação ao fim externo perseguido pelo direito penal, e que requer uma análise ou ponderação entre o valor do fim e o custo do meio⁵².

O fundamento das *doutrinas retribucionistas* da pena é de que é justo devolver ou retribuir o mal com mal, idéia que esteve na base dos ordenamentos jurídicos primitivos (vingança de sangue), foi abandonada pelo utilitarismo ilustrado, mas retomada no século XIX através das doutrinas kantiana (a pena como retribuição ética) e hegeliana (a pena como retribuição jurídica). Para Kant, a pena se justifica por ser uma retribuição ética ao desvalor moral do delito. Para Hegel, a pena se justifica por ser uma retribuição jurídica necessária para restabelecer a ordem jurídica violada, que também equivale a uma legitimação moral das penas, pois o Estado hegeliano é concebido como um espírito ético.

⁵¹ Ibid., p. 237, grifo nosso.

⁵² Ibid., p. 254.

Na raiz destas teorias está a crença mágico-religiosa ou cristã-moderna, derivada da confusão entre direito e natureza, de que existe um vínculo necessário entre culpa e castigo e que o fim da pena é restaurar a ordem violada ou purificar o delito através do castigo ou ainda reparar o mal através do direito. Desta forma, Ferrajoli denuncia as *doutrinas retribucionistas*, asseverando que

“(...) es precisamente la irreparabilidad lo que distingue los ilícitos penais de los ilícitos civiles; de manera que la pena, a diferencia del resarcimiento del daño, no es una ‘retribución’, ni una ‘reparación’, ni una ‘reintegración’, sino en el sentido mágico y metafísico (...)”⁵³.

O absurdo de se justificar o direito penal e a pena simplesmente por sua função retributiva e não por uma outra finalidade externa, foi denunciado por Alf Ross e H. L. A. Hart. As *doutrinas retribucionistas* incorrem num equívoco teórico ou numa confusão entre o fim justificador da pena, que deve ser sempre dirigido ao futuro, ou seja, à prevenção de delitos, e a aplicação da pena, que deve ter caráter retributivo, no sentido de que só se poderá aplicar uma pena a um fato passado descrito na lei como infração penal. Consoante Ferrajoli, essa confusão advém da ausência de diferenciação entre razão legal da pena e razão judicial da pena:

“(...) diremos que la pregunta “¿por qué castigar?”, que se refiere a la legitimación externa de la pena, se ha confundido con la pregunta “¿cuándo castigar?”, que se refiere por el contrario a la legitimación interna y admite como respuesta precisamente el principio de retribución, es decir, la primera garantía del derecho penal en virtud de la cual condición necesaria de la pena es antes que nada la comisión de un delito.”⁵⁴

Ao contrário das *doutrinas retribucionistas*, todas as *doutrinas utilitaristas* possuem como traço comum a concepção da pena não como um fim em si mesma, no sentido de reparar um mal passado, mas como meio ou custo necessário para a obtenção de um fim futuro. Presente já em pensadores da Antiguidade, como Platão, Aristóteles e Epicuro, o utilitarismo tornou-se um elemento fundamental da tradição penal liberal com o pensamento jusnaturalista do século XVII. Nesse sentido proclamava Thomas Hobbes:

⁵³ Ibid., p. 255.

⁵⁴ Ibid., p. 256.

“(…) Como a vingança, se tomada apenas no que se refere ao passado, não é mais do que uma espécie de triunfo e glória da mente, sem apontar para nenhum fim (pois olha apenas para o passado, enquanto o fim é algo que ainda virá); e como o que não se dirige para um fim é vão; logo a vingança que não tem em vista o futuro é originária da vã glória, e então é sem razão.”⁵⁵

Com a Ilustração, o utilitarismo, vinculado à doutrina da separação entre direito e moral, passa a ser a base, um pressuposto do pensamento penal reformador:

“Los sufrimientos penales –coinciden en afirmar Montesquieu, Voltaire, Blackstone, Filangieri, Pagano, Hume, Bentham y Von Humboldt – son precios necesarios para impedir males mayores, y no homenajes gratuitos a la ética, la religión o el sentimiento de venganza.”⁵⁶

No entanto, o utilitarismo não é uma condição por si só suficiente para justificar sistemas garantistas de direito penal mínimo, uma vez que as concepções utilitaristas da pena variam de acordo com o tipo de utilidade perseguida, com os destinatários da utilidade e com os danos que se pretende prevenir através do direito penal. Assim, o utilitarismo *ex parte principis*, presente no pensamento de Maquiavel e de Carl Schmitt, refere-se à utilidade dos governantes (do príncipe) ou do Estado e é baseado na argumentação de que os fins justificam os meios, de significado autoritário inerente aos Estados absolutos e que, ao contrário do modelo do Estado de direito, justifica modelos de direito penal máximo e ilimitado. Por outro lado, o utilitarismo denominado *ex parte populis* tem como referência o bem-estar ou a utilidade dos governados e não a dos governantes. Mas, ainda assim, nem sempre o utilitarismo *ex parte populis* é idôneo a justificar sistemas de direito penal mínimo, pois é necessário verificar também o tipo de fim utilitário da pena e do direito penal, determinante de duas versões dessa mesma espécie de utilitarismo.

A primeira versão é aquela em que o fim da pena e do direito penal consiste em assegurar a máxima utilidade – como máxima segurança possível contra a repetição de futuros delitos – à maioria formada pelos “não desviados”, ou seja, por aqueles que não cometeram infrações penais. É espécie de utilitarismo que também justifica modelos de direito penal máximo, na medida em que visa só

⁵⁵ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Trad. Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 59.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 260.

aos interesses de segurança social, ignorando os interesses dos destinatários das penas e, conseqüentemente, não é capaz de estabelecer limites à intervenção punitiva. A cultura penal moderna baseia-se fundamentalmente na legitimação do direito penal através de doutrinas que se referem só à utilidade da maioria.

Outra versão do utilitarismo *ex parte populis* é aquela em que a pena deve visar o mínimo sofrimento necessário à minoria composta por aqueles que cometeram infrações penais. É doutrina apta a justificar modelos de direito penal mínimo, pois nela os fins do direito penal também devem ter em vista os interesses dos destinatários das penas, funcionando como doutrina dos limites do poder punitivo, onde a intervenção penal se limita ao mínimo necessário.

Ferrajoli compara a instrumentalidade das duas versões do utilitarismo:

“Si el fin es únicamente la máxima seguridad social alcanzable contra la repetición de futuros delitos, servirá para legitimar de un modo apriorístico los máximos medios, las penas más severas incluída la pena de muerte, los procedimientos más antiguarantistas incluída la tortura y las medidas de policía más autoritárias e invasivas (...). Por el contrario, si el fin es también el mínimo de sufrimiento necesario para la prevención de males futuros, estarán justificados sólo los medios mínimos, y por consiguiente el mínimo de prohibiciones, el mínimo de penas y la verdad judicial mínima tal y como queda garantizada, según el esquema epistemológico ya trazado, por rígidas regras procesales.”⁵⁷

Estas doutrinas preventivas podem ser classificadas ainda, quanto à esfera dos destinatários da prevenção, em *doutrinas da prevenção especial*, quando esta se refere só ao réu, e *doutrinas da prevenção geral*, direcionada a toda sociedade. Quanto à natureza das prestações – positiva ou negativa – da pena, classificam-se em *doutrinas da prevenção positiva* e *doutrinas da prevenção negativa*. Da combinação desses dois critérios classificatórios obtêm-se quatro espécies de doutrinas utilitaristas que correspondem a quatro tipos de finalidade preventiva das penas e do direito penal: *doutrinas da prevenção especial positiva* (ou da correção); *doutrinas da prevenção especial negativa* (ou da neutralização ou incapacitação); *doutrinas da prevenção geral positiva* (ou da integração); *doutrinas da prevenção geral negativa* (ou da intimidação).

As *doutrinas de prevenção especial* – positiva ou negativa – são aquelas que assinalam à pena a finalidade de prevenir a prática de novos delitos por parte do réu. Mais especificamente, as *doutrinas da prevenção especial positiva* são

⁵⁷ Ibid., p. 261.

aquelas que conferem à pena o fim de prevenir a prática de novos delitos pelo réu através da sua correção ou reeducação, enquanto as *doutrinas da prevenção especial negativa* vêem na pena a finalidade de prevenir delitos pelo réu através de sua neutralização. Ainda que as funções sejam diferentes – nas primeiras, corrigir o condenado para que não volte a cometer delitos, e, nas segundas, incapacitar o mesmo para a prática de novas infrações penais –, elas não se excluem, pelo contrário: concorrem de forma cumulativa para a definição do fim da pena, que será diferente de acordo com a personalidade corrigível ou incorrigível do condenado. Vê-se claramente nestas doutrinas o intuito de utilizar o direito penal não apenas para prevenir delitos, mas também para transformar ou inocuizar as personalidades dos réus.

As doutrinas da prevenção especial surgiram em conformidade com uma mudança da cultura penalista e dos ordenamentos jurídicos modernos ocorrida no século XIX e que advém fundamentalmente da modificação da concepção da pena, que passa a ser vista como “tratamento” do mal representado pelo crime, ontologicamente concebido como pecado ou enfermidade. É a chamada idade das disciplinas, onde se multiplicam na sociedade moderna as instituições correcionalistas – hospitais, asilos psiquiátricos, escolas, fábricas, prisões.

Michel Foucault vê nessas doutrinas, mais do que uma simples modificação dos sistemas punitivos, o reflexo de uma tática de poder – o poder disciplinar – que substitui, na virada do século XVIII para o século XIX, o poder soberano dos suplícios da idade clássica⁵⁸. De fato, o “tratamento” do condenado através da prisão – que no século XIX torna-se a pena por excelência – conformava-se com os objetivos do capitalismo emergente: a instrução para a disciplina fabril e a recuperação social do réu para a produção capitalista, ou seja, para moldá-lo como força de trabalho dócil e útil⁵⁹.

Ferrajoli entende que o surgimento da pena como disciplina e correção não se deu na virada do século XVIII para o século XIX como afirma Foucault, e sim na 2ª metade do século XIX, o que configuraria um erro do filósofo francês. Consoante Ferrajoli, os fins de correção destinados às penas não faziam parte do

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Lígia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1983; Conferências IV e V. In: *A Verdade e a formas jurídicas*, Cadernos da PUC: Rio de Janeiro, 1974.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*.

projeto ilustrado do século XVIII, estando presente na obra de alguns reformadores apenas de forma genérica:

“Las proclamaciones de fines correccionales de la pena por parte de los ilustrados (...) no pasan de ser genéricas y están entremezcladas con las mucho más elaboradas de la función de prevención general negativa(...). Doctrinas y legislaciones penales de tipo genuinamente correccional sólo se desarrollan por el contrario en la segunda mitad del XIX, paralelamente a la difusión de concepciones organicistas del cuerpo social, sano o enfermo, acerca del cual son llamados a ejercitarse el ojo clínico y los experimentos terapéuticos del poder. Es entonces cuando el proyecto ilustrado y puramente humanitario del castigar menos se convierte en el disciplinar y tecnológico del castigar mejor.”⁶⁰

Pode-se no entanto verificar que, ademais da diferença explicitada, Ferrajoli e Foucault concordam quanto à modificação da cultura penal ocorrida no século XIX no sentido de objetivar a correção e a disciplina dos réus.

Ferrajoli elenca e descreve três espécies de doutrinas da prevenção especial: *doutrinas pedagógicas da emenda*, *doutrinas terapêuticas da defesa social*, e *doutrinas teleológicas da diferenciação das penas*. As *doutrinas pedagógicas da emenda*, que remontam ao pensamento de Platão e de São Tomás de Aquino e que estão presentes no direito romano e no direito canônico, baseiam-se na idéia da *poena medicinalis*, ou seja, a pena é vista não somente como castigo, mas também como instrumento de transformação dos condenados em homens bons. Segundo Ferrajoli, esta visão pedagógica da pena está mais ligada à tradição judaico-cristã e à medieval do que à tradição ilustrada. Na modernidade, o pedagogismo penal é representado por uma versão católica (Francesco Carnelutti, Vincenzo Garelli, Karl Roeder entre outros) e por uma versão idealista (Ugo Spirito na Itália) que conferem à pena o fim de reeducação e recuperação moral do condenado, mas também conjugado a uma concepção repressiva, retribucionista da pena baseada na dor como remédio da alma.

São *doutrinas terapêuticas da defesa social* as doutrinas positivistas italianas (Enrico Ferri, Raffaele Garofalo entre outros) que tiveram ampla difusão na França, na Espanha e na América Latina, e também as de origem anglo-saxã (Bárbara Wootton) e soviética (Lenin, Evgenii Pasukanis, Petr I. Stucka). Assinalam às penas o fim duplo de curar o condenado por considerá-lo um indivíduo enfermo, e/ou segregá-lo e neutralizá-lo por considerá-lo perigoso.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 264.

Partem do pressuposto de que o homem que comete infrações penais é um ser antropológicamente inferior e degenerado, e, como tal, perigoso. Assim o Estado deveria conferir à pena a função de defender a sociedade do perigo. As doutrinas terapêuticas são frutos das idéias de Lombroso sobre o delinqüente natural e a desigualdade entre os homens, de Spencer sobre a sociedade como organismo social e de Darwin a respeito da seleção natural e luta dos homens pela existência.

As *doutrinas teleológicas* baseiam-se na idéia pragmática de que a individualização e diferenciação das penas de acordo com a pessoa do condenado deverão cumprir a função de prevenção de delitos. É a idéia do Programa de Marburgo (1882) de Franz von Liszt:

“modelo de derecho penal como instrumento flexible y multifuncional de ‘ressocialización’, ‘neutralización’ o ‘intimidación’ según los diferentes ‘tipos’ – ‘adaptables’, ‘inadaptables’ u ‘ocasionales’ – de delincuentes tratados.”⁶¹

As *doutrinas teleológicas* coincidem, portanto, com as *doutrinas positivistas da defesa social*, na medida em que têm como resultado prático a subjetivação dos tipos penais e a diferenciação das penas de acordo com a personalidade dos réus.

Consoante Ferrajoli, as doutrinas correccionalistas desenvolvidas após a 2^a guerra mundial baseiam-se na doutrina teleológica da individualização e diferenciação das penas, mais do que nas doutrinas terapêuticas ou pedagógicas, dominantes do século XIX. É certo que todas elas convergem para um ponto comum: a idéia do delito como patologia, seja ela moral, natural ou social e a idéia da pena como terapia política⁶², onde a pessoa do infrator da lei penal, mais do que sua conduta delitativa, é o foco central:

“Todas estas orientaciones miran no tanto a los delitos como a los reos, no a los hechos sino a sus autores, distinguidos por características personales antes que por su actuar delictivo.”⁶³

E isso se reflete no processo penal, que passa a se direcionar à análise da alma e da personalidade do réu mais do que à averiguação da sua conduta, caracterizando modelos de direito penal substancialistas e decisionistas.

⁶¹ Ibid., p. 268.

⁶² Ibid, p. 270. No mesmo sentido, FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*.

⁶³ Ibid, p.265.

Não bastasse isso, *as teorias da prevenção especial* não podem ser aceitas por outros motivos relevantes. No plano da justiça ou da legitimação externa, as teorias da prevenção especial são discutíveis primeiramente porque a função reeducativa só se refere à pena privativa de liberdade, e não às demais espécies de pena, não podendo ser considerada critério de justificação da pena em geral. Além disso, o fim pedagógico ou ressocializador da pena indicado pelas doutrinas de prevenção especial, é irrealizável, ou seja, a pena não tem função corretiva ou educativa, e a prisão, especificamente, é um lugar criminógeno de educação e incitação à prática de crimes. Isso porque, conforme assevera Ferrajoli, repressão e educação são definitivamente incompatíveis, assim como o são a privação da liberdade e a liberdade mesma, esta que, por sua vez, constitui a substância e o pressuposto da educação. Assim, o que se pode almejar com o cárcere é apenas que seja o menos repressivo possível e, por conseguinte, o menos dessocializador e deseducador possível.

Mais importante ainda é verificar que as *doutrinas da prevenção especial* não são aceitáveis por que ferem o princípio basilar da dignidade da pessoa humana. As teorias da emenda, na medida em que propõem a ressocialização, reeducação ou recuperação moral do réu, afrontam o princípio da liberdade e da livre consciência. As teorias da defesa social e da diferenciação, ao considerarem o infrator da lei penal como um ser anormal e inferior que deve ser corrigido, ou seja, curado ou neutralizado, ferem os princípios de liberdade e igualdade. Enfim, todas as *doutrinas da prevenção especial*, ao objetivarem a recuperação ou integração social mediante a alteração coativa da pessoa adulta, ofendem não só a dignidade do réu, mas também um dos princípios fundamentais do Estado democrático de direito que é **o igual respeito às diferenças e a tolerância a toda e qualquer forma de subjetividade humana, ainda que perversa ou inimiga**. Assim, o fim de correção do réu é inaceitável do ponto de vista moral pois viola “el primer derecho de cada hombre que es la libertad de ser él mismo y de seguir siendo como es”⁶⁴.

Diferentemente das *doutrinas de prevenção especial*, as *doutrinas da prevenção geral positiva* atribuem à pena a função de integração social. Segundo tais teorias, o direito penal se justifica porque, através da imposição da pena, a

⁶⁴ Ibid., p. 272.

confiança da sociedade nas instituições – abalada pela prática de crimes – é restaurada, renovando-se a fidelidade dos cidadãos ao Estado, ou seja, ao cumprimento ou obediência das leis. Assim, ainda que de forma diferente das *doutrinas da prevenção especial*, as *doutrinas da prevenção geral positiva* também confundem direito e moral, pois o direito penal é por elas considerado instrumento de orientação moral e de educação coletiva, caracterizando o que Ferrajoli denomina estatalismo ou legalismo ético⁶⁵. O utilitarismo penal nas *doutrinas de prevenção geral positiva* fundamenta-se no valor dos fatores sociais de indignação e ódio provocados pelo delito nos cidadãos e satisfeitos pela pena.

A idéia da prevenção geral positiva tem seus antecedentes na primeira metade do século XX, e, na atualidade, é defendida por Günther Jakobs. No plano sociológico, também é encontrada na obra de Émile Durkheim, que atribui à pena a função de estabilização social, ou seja, destinada a atuar sobre toda a sociedade mas sobretudo sobre aqueles que não cometeram infrações penais, no sentido de reforçar a solidariedade contra os infratores.

Consoante Ferrajoli,

“Parece claro, en efecto, que al reducir al individuo a “subsistema físico-psíquico” funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social general, dicha doutrina se acompaña inevitablemente de modelos de derecho penal máximo e ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona.”⁶⁶

Por sua vez, as *doutrinas da prevenção geral negativa* dispõem que o direito penal e as penas justificam-se por sua função de prevenir delitos através da intimidação exercida pela pena sobre a generalidade dos indivíduos, ou seja sobre toda a sociedade. Baseadas na tradicional idéia ilustrada da separação entre direito e moral, tais doutrinas podem ser subdivididas, de acordo com o tipo de intimidação exercida pela pena, em doutrinas da intimidação exercidas mediante o exemplo oferecido pela imposição da pena no caso concreto, ou seja, pela aplicação da pena através de uma sentença condenatória, e doutrinas da intimidação mediante a ameaça da pena contida na lei, ou seja, através da pena cominada (pena *in abstracto*).

⁶⁵ Ibid., p. 274

⁶⁶ Ibid., p. 275.

A idéia da *prevenção geral negativa, baseada na intimidação através do exemplo* da pena aplicada, está presente no pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (Beccaria, Hobbes, Grocio, Locke, entre outros). São doutrinas passíveis de justificar modelos de direito penal máximo e autoritário, inspirados na idéia de que os fins justificam os meios. Ao basearem-se na idéia da eficácia dissuasória da pena mediante o exemplo da condenação, utiliza-se a pessoa do condenado como um meio para o fim de prevenção de delitos futuros, opção indicada como imoral por Kant, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser utilizada como meio para fins que lhe são alheios, ainda que sociáveis e louváveis⁶⁷. Além disso, podem legitimar penas severas, baseadas na idéia da pena exemplar e medidas processuais que excluem ou restringem o contraditório, a ampla defesa e o princípio *in dubio pro reo*, e também determinar a imposição de penas desiguais, fixadas de acordo com a conveniência política do momento, ou seja, mais severas ou mais brandas de acordo com o grau de alarme ou comoção social provocado pelo crime. A razão jurídica é reduzida à razão política ou de Estado, que passa a justificar atos de terrorismo penal, como o castigo do inocente⁶⁸.

Por outro lado, *as doutrinas da prevenção geral negativa através da ameaça da pena* contida na lei penal – presente no pensamento moderno de Anselm Feuerbach, Giandomenico Romagnosi, Francesco Maria Pagano e Arthur Schopenhauer, e acolhida por vários juristas posteriores, como Carrara – parecem ser as mais adequadas a justificar internamente as penas, mas não externamente o direito penal. A pena abstratamente cominada é vista por tais doutrinas como meio para assegurar a eficácia das proibições penais:

“Precisamente, se dirá, la pena no es otra cosa que el efecto (desincentivador) dispuesto por la ley penal para disuadir de su infracción a fin de asegurar su eficacia, sin que en ello difiera de cualquier outro tipo de efecto jurídico, cuya previsión por parte de una norma primaria tiene siempre la finalidad de asegurar la eficacia de la norma secundaria que regula el acto al que aquél se imputa.”⁶⁹

A grande vantagem das *doutrinas de prevenção geral negativa através da ameaça legal da pena* consiste na preservação de princípios garantistas essenciais

⁶⁷ Ibid., p. 276.

⁶⁸ Ibid., p. 277.

⁶⁹ Ibid..

para limitar o poder punitivo. A função preventivo-geral assinalada à pena *in abstracto* é a base dos princípios da legalidade estrita, da materialidade dos delitos e da culpabilidade e da responsabilidade pessoal, ou seja, a função do direito penal de prevenir delitos só poderá se dar se as condutas proibidas estiverem previstas exatamente na lei penal em abstrato, condutas estas voluntárias e conscientes, consistentes em ações exteriores e não em estados de ânimo internos do agente ou em condições subjetivas como a periculosidade, a maldade, a imoralidade, a anormalidade ou infidelidade do réu.

Por outro lado, tais doutrinas não são de todo suficientes para justificar o direito penal, ou seja, para responder à pergunta *porque castigar?* e a estabelecer limites externos ou de justiça ao poder punitivo necessários a impedir a tendência ao direito penal máximo, pelo contrário: se o fim do direito penal é a eficácia das proibições penais, estará justificada a máxima severidade das penas, não havendo qualquer limitação quanto à quantidade ou qualidade das mesmas. Em outras palavras, se a ameaça legal da pena funciona como contra-estímulo, ou meio dissuasório ou de coação psicológica, ela será tanto mais eficaz quanto mais elevadas e severas forem as penas com que se ameaça. Além disso, tais doutrinas não escapam à objeção kantiana da utilização da pessoa como meio para fins que lhe são alheios: ainda que não se refiram, como nas *doutrinas da prevenção geral negativa mediante o exemplo da pena aplicada*, a um homem específico e real como destinatário da condenação, a ameaça da pena só é idônea se está destinada a ser colocada em prática mediante a imposição da pena a indivíduos particulares e reais, ou seja, nos dois casos o meio é heterogêneo em relação ao fim, pois este consiste num bem – prevenção de delitos – destinado a pessoas distintas daquelas a quem se destina a pena, de modo que o mal infligido a algumas pessoas é o meio para o fim de bem-estar de outras⁷⁰.

Por fim, outra grande desvantagem das *doutrinas da prevenção geral intimidatória* é que as suas justificações podem ser facilmente utilizadas para justificar medidas e tratamentos penais *extra* ou *ultra delictum*:

“En efecto, una vez justificada con fines de prevención general negativa la amenaza de la pena, no se entiende por qué no podría justificarse con esos mismos fines la amenaza de medidas de prevención a los sujetos sospechosos o peligrosos. No es casual que los modernos sostenedores de la doctrina de la

⁷⁰ Ibid., p. 279.

prevención general mediante la amenaza legal no sólo justifiquen sin dificultad todas las diversas medidas extra-penales – cautelares, de prevención, de seguridad y similares – introducidas junto a las penas por la cultura positivista, sino que en muchos casos señalen como fines ulteriores y accesorios de la pena (...) también la corrección y la neutralización, y con ellos justifiquen no sólo medidas extra-penales sino también los tratamientos individualizados empleados en la ejecución penal.”⁷¹

Conclui-se portanto, que as *doutrinas da prevenção geral negativa mediante a ameaça legal*, da forma como foram concebidas pelo utilitarismo penal moderno, não são aptas a justificar modelos de direito penal garantista, assim como as demais doutrinas justificacionistas expostas aqui. A partir dessa constatação, Ferrajoli propõe uma revisão profunda da tradição utilitarista penal, de forma a justificar corretamente o direito penal em sede meta-ética e a adequá-lo aos moldes garantistas, **o que significa ter como finalidade não somente a prevenção dos delitos, mas a prevenção dos delitos excessivos e incontrolados.**

Primeiramente, é imprescindível diferenciar os dois sentidos que podem ser atribuídos ao questionamento *por que castigar?* Tal pergunta pode dizer respeito tanto aos fins que o direito penal e as penas em geral devem perseguir, quanto às motivações jurídicas das penas e às funções que estas penas cumprem de fato.

Enquanto as doutrinas axiológicas determinam o *dever-ser* do direito penal, estabelecendo, através de opções valorativas, os fins que o direito penal e as penas devem perseguir, as teorias sobre as motivações jurídicas ou sobre as funções que as penas cumprem de fato dizem respeito ao *ser* – fático ou jurídico – do direito penal. Ser e dever-ser do direito penal não devem ser confundidos por que

“(...) la argumentación de un determinado fin como justificador del derecho penal, si bien vale para respaldar una doctrina normativa de justificación, no implica que el fin acreditado sea efectivamente satisfecho y que el derecho penal esté justificado. Y que, a la inversa, la afirmación de que tal fin no queda satisfecho es una crítica que va dirigida al derecho penal y no a la doctrina normativa de justificación, a las prácticas punitivas –legislativas y judiciales– en la medida en que desatienden los fines que las justifican, y no a sus modelos justificativos.”⁷²

⁷¹ Ibid., p. 279-280.

⁷² Ibid., p.325.

Assim, cabe diferenciar as doutrinas de justificação das justificações propriamente ditas. As doutrinas de justificação são discursos normativos acerca dos fins justificadores do direito penal e da pena, tendo como objeto as justificações mesmas, de forma a conferir legitimidade ético-política a tais fins. Já as justificações são discursos assertivos que tem como objeto o próprio direito penal e as penas, e que se dão *a posteriori*, ou seja, a partir da constatação de que determinado ordenamento penal concreto e as penas nele estipuladas satisfazem os fins previamente assumidos como justificadores em virtude da doutrina de justificação adotada, ou seja, através da correspondência comprovada entre os fins justificadores e as funções efetivamente realizadas⁷³.

Ferrajoli elenca duas condições meta-éticas ou dois requisitos fundamentais de um modelo de justificação do direito penal. Primeiramente, é necessário que o fim assinalado ao direito penal seja reconhecido como um bem extrajurídico, e que o meio jurídico – pena – seja reconhecido como um mal, ou seja, como um custo humano e social que precisa ser justificado. E, em segundo lugar, que os meios sejam adequados aos fins, de forma que os fins justificadores do direito penal sejam empiricamente realizáveis através das penas e não realizáveis sem elas, e que, nessa relação entre meios penais e fins extrapenais, sejam levados em consideração os destinatários das penas, a fim de que nenhuma pessoa seja tratada como mero meio para fins que lhe são alheios. Para que esse segundo requisito seja satisfeito, é necessário que os fins e os meios sejam homogêneos entre si, de maneira a possibilitar a confrontação do mal produzido pelas penas com o bem perseguido como fim do direito penal e então justificar a necessidade e também a natureza e medida das penas como um mal ou custo menor do que a não-realização do fim assinalado ao direito penal.

Um modelo de legitimação deste tipo é idôneo não para justificar o direito penal e as penas de um modo apriorístico, mas para indicar as condições em presença das quais o direito penal ou alguma de suas instituições em particular está justificado ou na ausência das quais não está. As justificações serão sempre condicionadas e relativas, e a medida que se dão *a posteriori*, serão parciais e contingentes, ou seja, serão sempre o produto da comprovação de um grau de realização satisfatório do bem extra-jurídico assumido como fim e da ponderação

⁷³ Ibid..

deste com os meios penais justificados. As justificações também podem perfeitamente conviver com hipóteses de não-justificação também *a posteriori*, parciais e contingentes do sistema penal valorado ou de alguma de suas instituições.

O utilitarismo penal moderno, ao atribuir ao direito penal e à pena o fim único de prevenção de delitos com vistas a proporcionar a máxima felicidade para o maior número, ou seja, o máximo bem-estar possível para a maioria não-desviada, por não fazer qualquer referência aos desviados incorre em dois defeitos que o contaminam como doutrina de justificação externa do direito penal. Primeiramente porque o fim único de prevenção de delitos justifica a adoção de penas ilimitadamente severas. Em segundo lugar porque o meio penal (penas) e o fim extrapenal (defesa social através da ameaça legal das penas) são heterogêneos e incomensuráveis entre si, pois se referem a sujeitos distintos: as penas destinadas aos delinquentes e o fim de prevenção de delitos destinado à maioria “não-desviada”.

Assim, segundo Ferrajoli, é necessário um segundo parâmetro de utilidade – que leve em consideração ou tome como referência os destinatários das penas –, a fim de se obter uma doutrina adequada à justificação externa do direito penal: além do objetivo de tutelar o máximo bem-estar possível dos “não-desviados”, deverá também ter em vista o mínimo mal-estar necessário dos “desviados”.

Esse segundo parâmetro de utilidade claramente não se adequa à finalidade de prevenção de delitos, mas sim a uma nova finalidade preventiva que deverá ser acrescentada a esta, que é a prevenção das penas informais, arbitrárias ou desproporcionadas por parte da sociedade e do poder público. Ferrajoli reformula assim a doutrina utilitarista moderna, propondo um novo fim preventivo que seja capaz de limitar o poder punitivo, haja vista que “en rigor, cualquier delito cometido demuestra que la pena prevista para él no ha sido suficiente para prevenilo y que para tal fin habría sido necesaria una mayor”, configurando tal “un ‘necio argumento’ para exarcerbar las penas”⁷⁴. Assim o fim de prevenção geral de delitos não serve para estabelecer um limite máximo às penas, mas somente para estabelecer um limite mínimo à atuação do monopólio estatal punitivo. Para se determinar o limite máximo de atuação do poder de punir,

⁷⁴ Ibid., p. 332.

é necessário acrescentar ao direito penal um outro tipo de fim: o fim de minimização da reação violenta ao delito. Consoante tal entendimento, o direito penal passa a assumir duas finalidades preventivo-negativas ou dois fins justificadores: a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desproporcionadas. A primeira finalidade refere-se à prevenção do mal ou injustiça da violência representada pelo delito, tutelando os interesses de segurança ou defesa social, enquanto a segunda finalidade diz respeito à prevenção do mal da violência representada por penas injustas, tutelando os interesses de liberdade ou defesa individual do réu, acusado ou suspeito, seja ele culpado ou inocente. A pena torna-se assim, ao mesmo tempo, meio e fim: meio e fim de prevenção de delitos através da ameaça, estabelecendo o limite mínimo de atuação do poder punitivo; meio e fim de minimização da reação violenta ao delito, estabelecendo o limite máximo de atuação do poder de punir. As duas finalidades e os interesses que são tutelados através dela entram em conflito através do processo penal contraditório.

No entanto, Ferrajoli assevera a necessidade de se dar maior ênfase ao segundo fim, elencando os motivos para tal orientação. Segundo o autor, a idoneidade do direito penal para satisfazer o segundo fim é mais segura do que a primeira, haja vista que a aptidão do direito penal para prevenir os delitos através da ameaça legal é seriamente duvidosa tendo-se em vista as complexas razões – sociais, morais, culturais, religiosas, psicológicas – que levam os indivíduos a cometerem ou não infrações penais. Além disso, é notório que a função de prevenção de delitos sempre recebeu mais atenção das autoridades públicas do que a finalidade de prevenção das penas arbitrárias, de forma que os interesses de segurança e defesa social sempre estiveram acima dos interesses ou garantias de liberdade do acusado. E, o mais importante: só o segundo fim é suficiente para fundamentar um modelo de direito penal mínimo e garantista, que tenha como objetivo a tutela do inocente e a minimização da reação ao delito, de forma a diferenciá-lo de outros modelos de controle social de tipo policial ou disciplinar possivelmente mais eficientes para satisfazer o fim de defesa social.

É forçoso concluir, em última análise, que o modelo de direito penal mínimo ou garantista é uma técnica de tutela dos direitos fundamentais. Ao assinalar ao direito penal a dupla finalidade preventiva já explicitada, verifica-se que o objetivo maior do direito penal consiste em minimizar a dupla força ou

violência – do delito e da vingança – através da lei penal. Consoante tal entendimento, o fim do direito penal passa a ser mais amplo do que o de defesa ou segurança social através da ameaça legal das penas, revestindo-se, nas palavras de Ferrajoli, a função de proteção do mais débil contra o mais forte: proteção sim, da vítima e da sociedade ameaçada pelo delito, que, nesta hipótese, é parte mais fraca em relação ao delinquent, mas também a defesa do réu, acusado, ou suspeito ameaçado pela vingança ou pela imposição de pena arbitrária ou desproporcional, que passa a ser aí a parte mais débil em relação ao Estado punitivo. A lei penal, nos dois casos, justifica-se enquanto lei do mais débil⁷⁵, orientando-se à tutela dos direitos fundamentais do mais fraco em face da violência do mais forte.

A legitimidade assim assentada visa tutelar os direitos fundamentais de todos, no sentido de que também os interesses da minoria representada pelos suspeitos, acusados e réus são protegidos. Isso implica regras iguais para todos e o respeito à dignidade da pessoa do imputado. Somente tal concepção é apta, ao mesmo tempo, para servir como base de uma doutrina adequada de justificação do direito penal e para fundamentar uma teoria garantista dos limites e vínculos do poder punitivo, ou seja para estabelecer critérios de deslegitimação dos sistemas penais concretos.

Esse novo modelo de justificação do direito penal satisfaz as condições necessárias à legitimidade garantista proposta por Ferrajoli. Ao orientar o direito penal para o fim de prevenção geral negativa, exclui a sua autolegitimação moralista ou naturalista. É modelo apto a responder às duas perguntas atinentes ao porquê do direito penal – *por que proibir e porque castigar* – através da dupla finalidade preventiva explicitada alhures. Exclui ainda modelos de direito penal máximo e reconhece que a pena é sempre um mal, não tendo finalidades filantrópicas de reeducação ou ressocialização, mas que é um mal justificável na medida em que é um custo menor do que a vingança ou a imposição de pena arbitrária, ilimitada ou desproporcional ao fato delitivo cometido. Além disso, estabelece um critério de homogeneidade e comparatividade entre meio penal e fins extra-penais, na medida em que é possível estabelecer uma proporção entre o mal inerente às penas e o fim de se evitar o mal dos castigos arbitrários. Assim, o modelo ferrajoliano, acrescentando uma segunda finalidade que leva em

⁷⁵É ver também: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez e Andréa Gruppi. Madrid: Trotta, 2004.

consideração a finalidade preventiva do direito penal do ponto de vista do imputado, não permite que o mesmo seja utilizado como meio para fins que lhe são alheios. E, por fim, o modelo garantista destaca não somente os custos do direito penal, mas também os custos da ausência do direito penal para a sociedade de um modo geral e também para os réus, no sentido de ser contrário ao que Ferrajoli denomina “anarquia punitiva”⁷⁶.

O esquema de justificação garantista apresenta uma proposta de direito penal mínimo a ser compreendido num tríplice sentido: de máxima redução quantitativa da intervenção penal, de ampla extensão dos vínculos e limites garantistas e o de rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva e punitiva de caráter não-penal, como medidas de segurança pública, de prevenção e ordem pública e cautelares de polícia.

O modelo ferrajoliano é apresentado ao mesmo tempo, como teoria garantista do direito penal e como doutrina axiológica de justificação e também de deslegitimação de sistemas penais concretos. Assim, a adoção do modelo penal garantista proporciona não uma justificação do direito penal *in abstracto*, mas somente justificações ou deslegitimações de sistemas penais concretos de acordo com sua maior ou menor adesão ao modelo garantista. Além disso, o modelo garantista permite não apenas justificações globais, ou seja, de um sistema penal em geral, mas também permite justificações e deslegitimações parciais de normas, instituições e práticas específicas de um dado ordenamento.

Por fim, é importante salientar que a justificação do direito penal é sempre histórica e sociologicamente relativa, dependendo do nível de civilização das nações em que se inserem os ordenamentos jurídicos concretos. A violência institucional deverá assim ajustar-se à gravidade da violência que se expressa na sociedade e ao seu grau de intolerabilidade social. É indubitável que a sociedade contemporânea é menos violenta do que as sociedades dos séculos anteriores. Com relação ao grau de tolerância da sociedade em relação ao crime talvez não se possa dizer o mesmo. É refletindo sobre essas questões que Ferrajoli indica o modelo garantista como “un coste, o si se quiere um lujo proprio de sociedades evolucionadas”.⁷⁷

⁷⁶ Ibid., p. 338.

⁷⁷ Ibid., p. 334.

3

A presunção de inocência como princípio informador de um modelo de processo penal garantista e justo

3.1

Liberdade, verdade e igualdade como fontes de legitimação da jurisdição penal

3.1.1

Garantismo processual

O garantismo exige que às garantias penais sejam acrescentadas as correlativas garantias processuais, notadamente aquelas que se expressam através dos princípios da presunção de inocência do acusado até prova em contrário, da separação entre a parte acusatória e o juiz, do ônus da prova pela acusação, e do direito do acusado à defesa.

De fato, as garantias penais e processuais encontram-se estreitamente vinculadas entre si, reflexo do nexos específico entre lei e juízo em matéria penal¹. Assim, as garantias penais de legalidade, retributividade, materialidade, lesividade, culpabilidade, entre outras, são necessárias para garantir juízos não-arbitrários, enquanto as garantias processuais são necessárias para garantir efetividade às primeiras através de um juízo que prime pela imparcialidade e veracidade. Esta correlação converge para uma correspondência entre garantismo penal e garantismo processual, que indica a opção por um modelo de processo penal cognoscitivo em contraposição a um modelo de processo penal decisionista.

O cognoscitismo e o decisionismo em matéria processual-penal correspondem respectivamente aos modelos político-criminais de direito penal mínimo e de direito penal máximo, e conforme será explicado, a distintos modelos de legitimação interna e externa da jurisdição penal.

Como já assinalado no capítulo 2, o modelo de processo penal garantista ou cognoscitivo é informado pelo princípio de jurisdicionariedade (*nulla culpa*

¹ Ibid., p. 538.

sine iudicio), garantia que constitui o pressuposto de todas as demais garantias processuais e que, assim como o princípio de legalidade, pode ser entendido em sentido lato ou em sentido estrito². A jurisdiccionariedade em sentido lato conforma a responsabilidade penal à existência de um processo judicial, de forma que *nulla poena, nullum crimen, nulla culpa sine iudicio*. A jurisdiccionariedade estrita, expressa através da fórmula *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*, tem um significado mais amplo, exigindo a presença de todas as garantias processuais:

“Según el primer principio, el juicio viene simplemente requerido por el conjunto de las garantías penales o substanciales; conforme al segundo, es el juicio por su parte el que reclama todo el conjunto de las otras garantías procesales o instrumentales.”³

Assim, a jurisdiccionariedade em sentido lato compreende as garantias que, em geral, são exigidas por qualquer espécie de juízo, como a independência e imparcialidade do juiz, o juiz natural, entre outras, enquanto a jurisdiccionariedade estrita compreende aquelas garantias processuais que definem especificamente o modelo cognoscitivo do juízo⁴: ônus da prova pela acusação, contraditório, publicidade e motivação dos atos judiciais, ampla defesa etc.

O modelo processual cognoscitivo ou de estrita jurisdiccionariedade orienta-se à busca da verdade processual, uma verdade relativa, empírica e condicionada à observância das garantias penais e processuais, conforme já explicitado no capítulo 2 ao tratar do modelo garantista ferrajoliano como esquema epistemológico de identificação das infrações penais. Como bem sintetiza Ibañez,

“aquí y ahora ya no hay legitimidad posible de la sanción penal si ésta no está asociada a la previa identificación fiel de una acción típica como verdaderamente ejecutada por un determinado sujeto. Y esto sólo es posible si se parte de una intervención del legislador dotada de la necesaria calidad descriptiva en la previsión de las conductas incriminables. Así pues, no sólo legalidad en el sentido de reserva de ley, sino ‘estricta legalidad’, porque la misma aporte esa condición de posibilidad de sua aplicación rigurosa que es dotar al

² Ibid., p. 538.

³ Ibid., p. 538.

⁴ Ibid., p. 540.

correspondiente supuesto de hecho ‘de precisas referencias empíricas y fácticas’.”⁵

Ao contrário, o modelo processual decisionista ou de mera jurisdicionariade persegue uma verdade real ou substancial baseada em valorações apriorísticas da personalidade do imputado e não sujeita a limites ou condições para sua determinação. Neste modelo, o fim de obtenção da verdade real justificam os meios, sejam estes quais forem, enquanto no modelo cognoscitivo, são os meios que justificam ou legitimam o fim⁶. O decisionismo processual caracteriza-se por uma subjetivação das decisões judiciais que tem como efeito

“a perversão do processo, dirigindo-o antes da comprovação de fatos objetivos à análise da interioridade da pessoa julgada; antes da constatação processual sustentada empiricamente a convencimentos incontáveis do julgador sustentados por signos de ‘verdade material’ ”.⁷

Percebe-se que o modelo garantista, ao contrário do decisionista, prima pela imparcialidade do juiz como forma de se aceder a uma verdade fática e jurídica de qualidade. Significa que o magistrado deverá julgar e atuar, de uma maneira geral, de forma neutra, a partir de conhecimento probatório válido obtido através do processo contraditório e em respeito às suas regras, e também que está obrigado a ser um intérprete crítico da legalidade aplicável ao caso concreto. Essa imparcialidade ou neutralidade do juiz é fundamental para adequar a sua atuação no processo penal ao princípio de presunção de inocência do imputado.

Num Estado democrático de direito, os valores de liberdade e verdade, são as bases de legitimação, tanto externa quanto interna, dos atos jurisdicionais em matéria penal, sendo que sua fonte de legitimação específica⁸ assenta-se na verdade processual.

Assim, a validade ou legitimidade interna, jurídica ou formal dos atos jurisdicionais penais no Brasil não está condicionada apenas à exigência de sua motivação de acordo com o que prescreve o artigo 93, inciso IX da Constituição

⁵ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (orgs.) *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005, p. 63.

⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 541.

⁷ CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*, p. 16.

⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón* p. 542.

Federal de 1988, mas também à verdade processual fática e jurídica em que deve basear a fundamentação ou motivação de tais decisões. Assim é que

“a diferencia de lo que sucede con las demás normas y actos jurídicos, cuya sola condición de validez es la observancia de las normas superiores, la legitimidad de los actos jurisdiccionales penales está, pues, condicionada también por su verdad procesal en el sentido ya ilustrado de ‘correspondencia aproximativa.’ ”⁹

A legitimação externa, ético-política ou substancial do poder judicial no âmbito penal também se baseia na verdade processual, e não diretamente no princípio de autoridade, mesmo que a autoridade *in casu* seja procedimentalmente democrática e expressão da maioria ou de todos. Nas palavras de Salo de Carvalho,

“(…) a idéia de democracia reduzida à expressão da vontade da maioria não satisfaz às expectativas nascidas com o processo de positivação, generalização, internacionalização e especificação dos direitos humanos, podendo, inclusive, demonstrar-se autoritária, devido à tendência de tornar universal determinada moral, excluindo os direitos das minorias (sexuais, raciais, étnicas, etárias, sociais, econômicas *et coetera*)”.¹⁰

Ainda que o juízo penal seja um saber-poder, uma combinação de conhecimento (*veritas*) e de decisão (*auctoritas*), a sua dimensão cognoscitiva apresenta uma especial relevância:

“(…) el modelo garantista de Ferrajoli introduce un significativo factor de novedad, porque del mismo se sigue un imperativo de cambio radical en la forma de la relación entre los dos polos del par, conocimiento y decisión. Ahora se trata de hacer que prevalezca el primero como condición de legitimidad del segundo. Con lo que la calidad de verdadero del saber judicial sobre el caso deja de darse por supuesta, y se hace pesar sobre el que juzga la carga de la justificación de esa propiedad de su actuación.”¹¹

O princípio de verdade permite preservar a minoria desviada a quem se imputa a prática de crimes, ou mais especificamente os supostos infratores das leis penais, da opressão da maioria não-desviada, determinando a sua absolvição e a tutela em geral de sua liberdade mesmo contra a “vontade geral”. O interesse de prevenção de delitos deve ser satisfeito pela função legislativa de definição em

⁹ Ibid., p. 543.

¹⁰ CARVALHO, Salo, *Pena e garantias*, p. 109.

¹¹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*, p. 63.

abstrato das infrações penais a fim de proteger a sociedade que, neste caso, é a parte mais débil em face da violência do crime. No entanto, de acordo com a teoria garantista, cabe à função jurisdicional outra espécie de prevenção: a prevenção da violência arbitrária na resposta ao delito, a fim de tutelar também os interesses do imputado que, neste caso, é a parte mais débil em face do poder punitivo. Assim,

en el plano teleológico (...), legalidad y jurisdiccionalidad son complementarias respecto de la función utilitaria de la prevención general propia del derecho penal. Más precisamente, mientras el principio de legalidad asegura la prevención de las lesiones previstas como delitos, el principio de jurisdiccionalidad asegura la prevención de las venganzas y de las penas privadas.¹²

Segundo Perfecto Andrés Ibañez, Ferrajoli parte da premissa de uma irrefreável tendência do poder ao abuso, especialmente patente nas vicissitudes do processo penal, conclusão pessimista que inverte o paradigma de legitimação baseado na bondade intrínseca do poder¹³.

As duas fontes de legitimação da jurisdição penal - verdade do juízo e liberdade do inocente - estão vinculadas no processo penal garantista, ou como descreve Ferrajoli, a verdade é diretamente um valor de liberdade¹⁴. Primeiramente porque graças ao caráter cognoscitivo e não-potestativo do juízo, os direitos de liberdade encontram-se protegidos contra o arbítrio ou abuso de poder. Em segundo lugar, porque a jurisdição baseada no conhecimento, ao ser objetiva e verificável, respeita a dignidade do imputado, e não o julga pelo que ele é, através de valorações subjetivas e apriorísticas acerca da sua personalidade ou de seu modo ou opção de ser e viver, e sim pela verdade do que ele fez, ou seja da conduta cometida em desconformidade com a lei penal.

Assim, em coerência com as duas finalidades preventivas do direito penal, o objetivo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades dos cidadãos através da garantia da verdade frente ao abuso e ao erro¹⁵.

Nas palavras de Geraldo Prado,

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 538.

¹³ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*, pp. 61-62.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 546.

¹⁵ *Ibid.*

“A legitimidade da atividade jurisdicional está condicionada ao emprego de técnicas que imunizam o processo do decisionismo judicial (em outras palavras, da decisão arbitrária) e não iludam quanto à conquista de uma verdade real, o que só ocorrerá na medida que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais, permitindo que acusação e defesa demonstrem a correspondência entre as teses esposadas e as provas produzidas com a redução do subjetivismo inerente a todo julgamento”.¹⁶

Importante sublinhar que não se pode supor ingenuamente que a atividade jurisdicional penal possa ser somente de cognição. A jurisdição sempre se sujeitará, em maior ou em maior medida, à discricionariedade potestativa, apresentando carências de legitimação inevitáveis. Mas, por outro lado, apresenta também outras carências de legitimação, tanto no plano legal quanto no plano judicial, que são evitáveis e remediáveis, e que necessitam ser sanadas: a acentuação do caráter administrativo e preventivo da intervenção penal através da ampliação de medidas de polícia como a prisão provisória, é com certeza uma delas.

3.1.2

Devido processo penal justo

Sob um novo prisma de análise, acrescenta-se que a legitimidade do poder jurisdicional também se assenta no interesse público ao justo processo penal, aquele “no qual o confronto entre o poder punitivo estatal e o direito à liberdade do imputado seja feito em termos de equilíbrio”.¹⁷

Significa dizer que a jurisdição penal tem como fonte de legitimação, além da liberdade e da verdade processual, a igualdade: a atividade judiciária estatal será legítima na medida em que busque “superar, no processo e através dele, a igualdade meramente jurídica, típica do liberalismo, para postular, em seu lugar, garantias efetivas e acessíveis para todos”.¹⁸ Neste sentido, o processo não é apenas um instrumento técnico para o cumprimento dos preceitos jurídico-substanciais, “mas sobretudo um instrumento ético de participação política, de

¹⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 36.

¹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 47.

¹⁸ *Ibid.*, p. 23.

afirmação da liberdade e preservação da igualdade entre os homens”.¹⁹ O processo é, ao mesmo tempo, instrumento de justiça e de efetivação dos direitos fundamentais²⁰.

Portanto, o processo justo é aquele que tem como objetivo uma efetiva superação das desigualdades reais²¹, explicitamente manifestadas no âmbito penal, onde o indivíduo que é processado criminalmente é em geral pessoa pobre, sem instrução e marginalizada socialmente, sem condições de contratar um advogado a fim de obter uma defesa técnica à altura das condições proporcionadas à acusação pelo aparato estatal repressivo. O Estado ocupa uma posição de proeminência na persecução penal, respondendo em regra pelas funções acusatórias e também pela atuação jurisdicional²², ainda que, no sistema acusatório, as funções de acusar e de julgar sejam atribuídas a órgãos distintos. Assim, verifica-se no processo penal uma dupla desigualdade: o suspeito, indiciado ou acusado, além de pertencer geralmente a uma classe social economicamente desfavorecida e marginalizada, encontra-se também sujeito a um modelo de processo penal que muitas vezes favorece a acusação em detrimento da defesa.

O processo penal justo deve atentar para essa dupla desigualdade, e buscar em todo o seu desenrolar a “igualdade de armas” entre a acusação e a defesa, não permitindo qualquer privilégio em favor do representante do poder estatal detentor do ônus da prova sobre o fato delitivo, uma vez que o acusado, até prova em contrário, deve ser tratado como inocente.²³ Conforme será explicado no decorrer do capítulo, o princípio de presunção de inocência, previsto no art. 5º, inc. LVII da Constituição brasileira de 1988, ocupa lugar central no processo penal justo, na medida em que é a partir de sua consolidação como regra de juízo e como regra de tratamento do imputado durante toda a persecução penal, que a igualdade de armas poderá ser alcançada.

Consoante Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, a igualdade de armas não existe como regra no direito processual penal, e o processo penal não oferece às partes uma igualdade de condições, sendo parte mais fraca sempre a pessoa

¹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 16.

²⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 105.

²¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 48.

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *O processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 08-09.

²³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 47.

envolvida na *persecutio criminis*. A desigualdade das partes no processo penal ocorre especialmente na procura da prova e nas medidas cautelares coativas²⁴. É fundamental ter em vista que, a partir do momento em que uma das partes no processo penal está presa cautelarmente ou pode vir a estar, perde-se de vista qualquer perspectiva de igualdade entre acusação e defesa²⁵:

“As providências cautelares, possíveis de concretização em toda a persecução penal, inviabilizam a isonomia processual. Nem mesmo por ficção se dirá que o acusado, ainda que representado por advogado, ostenta posição jurídica equivalente à do membro do Ministério Público no processo, ou dispõe das mesmas armas para encontrar e expor a sua verdade. A constante possibilidade de prisão processual, ou outra providência constritiva no curso do processo, ameaça qualquer tentativa de equilíbrio real entre as partes da persecução.”²⁶

Assim, um sistema jurídico que contemple a prisão antes da condenação, ainda que, ao seu lado, exista previsão expressa do princípio de presunção de inocência, jamais permitirá que o processo penal alcance uma efetiva e necessária igualdade. Além do tratamento desigual das partes, a realidade mostra explicitamente que o processo penal reflete as desigualdades sociais e econômicas presentes na sociedade. No entanto, a utopia da isonomia no processo penal “deve servir de divisa na busca de uma concepção mais democrática da justiça penal”²⁷, buscando contribuir para uma maior igualdade social pois

“essa é, na verdade, a pedra de toque do Direito Processual Penal: descobrir como alcançar a igualdade, diante de desigualdades políticas e materiais que, a todo tempo, despertam e fustigam a jurisdição penal”²⁸.

O processo justo pode e deve ser buscado através das garantias decorrentes do “devido processo legal”, consagradas também pela Constituição Republicana de 1988. Assim, além do postulado fundamental da presunção de inocência, o devido processo penal pressupõe um efetivo contraditório entre as partes, onde seja assegurado o seu tratamento paritário, perante o juiz natural da causa, e mediante a mais ampla defesa, ou seja, com a concessão de oportunidade de

²⁴ COSTA, Paula Bajer Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v.06. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 10.

²⁵ *Ibid.*, p. 94.

²⁶ *Ibid.*, pp. 99-100.

²⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 47

²⁸ COSTA, Paula Bajer Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*, p. 19.

autodefesa pelo réu e exigência de efetiva participação da defesa técnica. Consoante Ada Pellegrini Grinover, o contraditório é resultado da moderna concepção da relação processual, de onde surge a idéia da *par condicio* ou igualdade de armas:

Entende-se, modernamente, por “par condicio” ou igualdade de armas, o princípio de equilíbrio de situações, não iguais mas recíprocas, como o são, no processo penal, as dos officios da acusação e da defesa.²⁹

O direito do imputado à mais ampla defesa, que caminha juntamente com o contraditório³⁰, é peça fundamental à paridade de armas no processo penal. Neste sentido, Antonio Scarance Fernandes:

A acusação normalmente está afeta a órgão oficial. Tem este todo o aparelhamento estatal montado para ampará-lo. O acusado tem de contar somente com suas próprias forças e o auxílio de seu advogado. Ademais, o direito em jogo no processo penal é a própria liberdade, que só deve ser restringida quando o juiz adquira pleno convencimento de que ficaram inteiramente evidenciadas a prática do crime e a sua autoria. Por isso, a Carta Magna não se limitou a assegurar ao réu o exercício de sua defesa, mas no art. 5º, LV, garantiu-lhe mais – a ampla defesa –, ou seja, defesa sem restrições, não sujeita a eventuais limitações impostas ao órgão acusatório.³¹

Além disso, é assegurado ao imputado o direito de permanecer em silêncio durante toda a investigação e ao longo de todo o processo, bem como de não se auto-incriminar, direito este que impede que o acusado ou indiciado seja compelido a produzir ou contribuir com a formação de prova contrária ao seu

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.07.

³⁰ BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 159. No mesmo sentido, GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 111, para quem o contraditório é o instrumento técnico da ampla defesa e por isso deve estar presente em todo o processo.

³¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 51. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 20-21, para quem a ampla defesa no processo penal abrange o direito do réu de introduzir no processo inclusive provas obtidas ilicitamente, o que, em regra, é inadmissível. Pacelli explica que o princípio da ampla defesa, além da exigência da defesa efetiva, desdobra-se para abarcar toda e quaisquer modalidades de prova situadas no ordenamento jurídico, e mesmo aquelas vedadas à acusação. Ainda com relação à admissão das provas ilícitas no processo penal, ver GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*, pp. 112-113, onde o autor entende admissível a prova ilícita que levaria a absolvição de um inocente: “tal prova teria de ser considerada porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal. A norma constitucional de inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito vale, portanto, como regra, mas certamente comportará exceções ditas pela incidência de outros princípios, também constitucionais, mais relevantes”.

interesse.³² Por fim, é fundamental ao devido processo legal que os atos processuais sejam públicos e que a decisão judicial consista em convencimento motivado e imparcial do juiz, com base nas provas produzidas e na consideração das razões da acusação e da defesa.

Importante salientar aqui a importância da garantia do acesso à justiça para a promoção do processo justo, garantia esta que também decorre do devido processo legal. No âmbito penal, significa que o Poder Judiciário tem a função primordial de, através da ordem jurídica, conceder aos cidadãos a oportunidade de fazer valer os seus direitos, notadamente o direito de plena defesa.³³ O acesso à justiça no processo penal destaca a necessidade de assistência judiciária técnica materialmente efetiva para todos, o que inclui a assistência jurídica integral e gratuita aos réus economicamente desfavorecidos, prevista na Constituição de 1988, art. 5º, LXXIV, de competência da Defensoria Pública. Além disso, a defesa técnica deverá ser eficaz, através do acompanhamento de todo o processo pelo advogado, inclusive na fase pré-processual.

A defesa pública eficaz é essencial para se buscar uma efetiva igualdade de armas no processo penal, principalmente num país onde as profundas desigualdades sociais e econômicas determinam o caráter seletivo do sistema penal. Apesar de a Constituição brasileira contemplar em toda a sua amplitude o direito de acesso à justiça no rol de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXV e LXXIV), estabelecendo ainda em seu art. 134 que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”, a realidade dos tribunais e das defensorias públicas no Brasil mostra a ineficácia da prestação da defesa pública, exercida, quando muito, de modo precário.

³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 18.

³³ BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*, p. 117.

3.2

O princípio de presunção de inocência

3.2.1

Considerações introdutórias: a opção política pela presunção de inocência

A opção por um modelo de legitimação da jurisdição penal baseado na liberdade, na verdade processual e na igualdade significa fundamentalmente optar também pela regra de presunção de inocência do imputado como princípio político.

A presunção de inocência é antes de tudo um princípio político porque exprime uma opção garantista a favor da tutela da liberdade dos inocentes, inclusive mediante o custo da possível impunidade de algum culpável³⁴, em consonância com a finalidade processual de tutela preventiva do imputado contra a arbitrariedade da resposta estatal ao delito. Neste sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho assevera que

“(...) na leitura da expressão ‘presunção de inocência’ há de ser considerado prioritariamente o seu valor ideológico; trata-se, como afirmou Pisani, de uma **presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal.**”³⁵

O processo penal possui uma estreita vinculação com a política estatal, de forma que a inclusão em sede constitucional de direitos e garantias processuais relativos ao imputado revela a opção por um modelo jurídico de processo penal e também de política criminal fundamentalmente garantista. A garantia de presunção de inocência ocupa um lugar de destaque nesse modelo de declarada origem liberal, e afirma-se como verdadeiro princípio informador de um processo penal que tem como objetivo maior a tutela dos direitos fundamentais dos suspeitos, indiciados e acusados, e não a alardeada luta contra a criminalidade, função que verdadeiramente não lhe compete.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 549.

³⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar* p. 37, grifo nosso.

A Constituição brasileira de 1988 consagrou, juntamente com um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio de presunção de inocência, o que representa uma mudança radical na concepção do processo penal, que, do modelo autoritário do Código de Processo Penal de 1941, justificado na busca pela segurança pública e baseado numa presunção de culpabilidade e de periculosidade do imputado, transforma-se num instrumento de garantias do indivíduo em face do poder punitivo do Estado. Assim, como verdadeiro princípio político, a presunção de inocência exige que as disposições do Código de 1941, ainda vigente, sejam adequadas ao novo modelo de processo penal brasileiro.

No estudo da presunção de inocência, há que se considerar as duas dimensões ou os dois significados que o princípio comporta: como regra de juízo e como regra de tratamento do imputado. Através de uma análise do princípio com base nesse duplo aspecto, é possível verificar-se que a presunção de inocência é uma garantia de liberdade, verdade processual e igualdade.

Enfatizando o seu significado político, Ferrajoli acrescenta que a presunção de inocência é ainda uma garantia de segurança ou de defesa social, mas não no sentido de garantir a segurança pública contra os riscos da criminalidade:

“La presunción de inocencia no és sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa “seguridad” específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa **en la confianza de los ciudadanos en la justicia**; y de esa específica ‘defensa’ que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.”³⁶

3.2.2

Histórico

Ainda que a regra *in dubio pro reo* remonte à Antiguidade, ao direito romano (escritos de Trajano), o princípio de presunção de inocência surgiu bem mais tarde. A origem histórica do princípio encontra-se na reforma do sistema repressivo empreendida pela revolução liberal do século XVIII.³⁷

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 549, grifo nosso.

³⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 09.

Na Idade Média, em conformidade com as práticas inquisitivas, vigorava uma presunção de culpabilidade do acusado. Quando as provas referentes ao fato delituoso eram insuficientes, ao invés de presunção de inocência, prevalecia o princípio de presunção de culpabilidade. A mera suspeita ou indícios de culpabilidade equivaliam a semi-provas, que comportavam um juízo de semi-culpabilidade e a semi-condenação a uma pena leve.³⁸ Em outras palavras: no processo penal inquisitivo, em caso de dúvida sobre o fato delitivo e sua autoria, prevalecia o *favor societate* ao invés do *favor rei*. A prisão preventiva era a regra, possuindo expresso caráter retributivo, de forma que o acusado, permanecendo enclausurado durante todo o processo, tinha que provar sua inocência de forma desigual em relação à acusação.³⁹ Além disso, o processo era sigiloso, o que tornava a defesa do acusado ainda mais árdua, pois ele não tinha conhecimento do conteúdo das acusações que lhe eram imputadas e nem das provas apresentadas contra ele, que ainda sofria medidas discriminatórias tomadas de acordo com a sua classe social. O Estado monárquico, que acumulava numa só pessoa as atividades de acusar, defender e julgar⁴⁰, possuía, enfim, livre convencimento na apreciação da prova, não precisando expor as razões de tal convencimento na decisão final. Conclui-se que no processo inquisitório, o princípio de presunção de culpabilidade subjugava o acusado, não o considerando parte e sim mero objeto de investigação.

A evidência histórica mostra que o processo penal inquisitivo, sem contraditório e presunção de inocência, foi fértil em erros e injustiças, e não contribuiu para conter os delitos.⁴¹ Consoante Salo de Carvalho, o saber construído no período da Baixa Idade Média indica ainda a formação de um

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 550.

³⁹ COSTA, Breno Melaragno. Princípio constitucional de presunção de inocência. In: *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 342.

⁴⁰ A diferença essencial entre modelo inquisitivo e modelo acusatório reside na separação ou não entre as funções de acusar, defender e julgar, atribuídas no sistema acusatório a três órgãos diferentes (acusador, defensor e juiz), e, no sistema inquisitivo, cumuladas numa só pessoa. Neste sentido: CARVALHO, Salo. Pena e garantias, p. 17; TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal, Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 465; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*, pp. 60 e 87-88, in verbis:

“A maior parte da doutrina refere-se como características do Sistema Inquisitório a concentração das três funções do processo penal – de acusar, defender e julgar – em um só sujeito, o que conduz, nas palavras de Zamora e Levene, a um processo unilateral de um juiz com atividade multiforme, relegando ao acusador privado uma posição secundária e proporcionando o princípio do processo (*rectius*, da persecução penal) independentemente da manifestação de pessoa distinta da do juiz (*procedat iudex ex officio*)”.

⁴¹ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción, p. 67.

núcleo mínimo de elaboração paradigmática – o Inquisitorialismo – que informa ou inspira grande parte dos modelos jurídicos autoritários contemporâneos.⁴² Caracterizar o paradigma inquisitorial a partir da análise e reflexão sobre o medievo é importante na medida em que permite verificar uma tendência ao retorno histórico, ou seja, permite “identificar possibilidades concretas de sistemas jurídicos desvirtuados (autoritários).”⁴³

Na Idade Moderna, o princípio de presunção de inocência passa a ser defendido por reformadores como Beccaria e Pufendorf, para quem a pena só pode ser irrogada *post cognitionem delicti*.⁴⁴ Nos dizeres de Antonio Magalhães Gomes Filho,

“o apelo à presunção de inocência assumia, assim, importante valor emblemático no quadro de uma reforma penal e processual-penal que postulava a estrita legalidade das punições e a substituição do procedimento inquisitório e secreto, característico do *ancien régime* por um processo acusatório, público, oral e estruturado para assegurar a igualdade entre a acusação e a defesa.”⁴⁵

A previsão expressa da presunção de inocência dá-se pela primeira vez na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo texto *in verbis* foi incluído no cabeçalho da Constituição Francesa de 1791:

*“Tout homme étant presume innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur qui ne serait pas necessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement reprimée par la loi.”*⁴⁶

Em 1873, Francesco de Carrara eleva o princípio de presunção de inocência a postulado fundamental da ciência processual e ao patamar de garantia primeira e fundamental, pressuposto de todas as outras garantias do processo.⁴⁷ Segundo o renomado processualista italiano, a presunção de inocência

“(…) no le permite a la autoridad que esté ante un culpable; ya no dice: ‘protejo a este culpable para que no lo castiguéis más allá de la justa medida, vilolando los principios y los criterios que he establecido sobre dogmas racionales, para determinar esa medida’. Aquí la *ciencia* dice lo contrario, y con frente levantada afirma: ‘protejo a este hombre porque es inocente, y como tal lo proclamo

⁴² CARVALHO, Salo. Pena e garantias, p. 06.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 550.

⁴⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 11.

⁴⁶ Ibid., p. 09.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 550. No mesmo sentido, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 13.

mientras no hayáis probado su culpabilidad; y esta culpabilidad debéis probarla en los modos y con las formalidades que yo os prescribo y que vosotros debéis respetar, porque también proceden de dogmas racionales absolutos.’⁴⁸

No entanto, desde o final do século XIX, a presunção de inocência passa a sofrer um ataque contínuo, em conformidade com uma involução autoritária da cultura penalista, empreendida, sobretudo, pela Escola Positiva Italiana, representada por processualistas como Raffaele Garofalo, que postulava a prisão provisória obrigatória e geral para os delitos mais graves, e Enrico Ferri, que defendia modelos de justiça sumária. Sobre esta fase, Gomes Filho assevera que

“em contraposição às colocações dos clássicos, os estudiosos ligados ao positivismo criminológico, coerentes em seu propósito de estudar o crime e a punição a partir dos subsídios fornecidos pelas ciências biológicas e sociais, e preocupados, sobretudo, com a defesa da sociedade contra o crime, negaram à presunção de inocência o valor que lhe emprestaram as colocações puramente jurídicas da Escola Clássica.”⁴⁹

Ainda assim, a mais firme repulsa doutrinária ao princípio de presunção de inocência foi empreendida pelo pensamento jurídico que inspirou o Código de Processo Penal italiano de 1931, mais conhecido como Código Rocco, de ideologia fascista, que por sua vez, inspirou o Código de Processo Penal brasileiro de 1941⁵⁰. Deste pensamento sobressai o ataque de Vincenzo Manzini⁵¹ à presunção de inocência, considerada um absurdo extraído do empirismo francês, e a valorização pelo autor dos institutos da prisão provisória e do segredo sumarial, mediante uma equiparação dos indícios que justificam a imputação à prova da culpabilidade, a partir da conclusão absurda de que a experiência demonstra que a maior parte dos imputados são realmente culpáveis⁵². Ferrajoli salienta que o ataque à presunção de inocência neste período não se dirigia ao postulado de jurisdiccioniedade, no sentido lato da necessidade do juízo como condição da condenação, e sim às suas implicações sobre a liberdade do imputado e sobre a formação das provas. O Código Rocco de fato rechaçou a presunção de inocência, considerando-a uma extravagância derivada dos princípios da Revolução Francesa, um exagero ou excesso decorrente de uma supervalorização das

⁴⁸ Ibid., p. 626.

⁴⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p.14.

⁵⁰ Ibid., p. 17.

⁵¹ Ibid., p. 16.

⁵² Ibid., p. 17.

garantias individuais. Somente em 1948, a presunção de inocência passa a ser contemplada em sede constitucional na Itália.

Consoante Ferrajoli, o rechaço do princípio no século XIX deixou profundas seqüelas no pensamento e na cultura penalista italiana: ainda que reabilitada pela doutrina, a presunção de inocência foi debilitada nos dois significados garantistas que lhe são associados, ou seja, como regra de tratamento do imputado e como regra de júízo⁵³.

Neste sentido a colocação de Ibañez, para quem as seqüelas da involução penal e processual produzem frutos até hoje, e não apenas na Itália:

“Hay, cuando menos, dos tópicos que están profundamente instalados en la cultura judicial heredada. Uno de ellos es que el proceso contadictorio garantiza derechos pero comporta pérdida de eficacia en la persecución de la delincuencia. El otro, estrechamente vinculado a éste, es que el principio de presunción de inocencia implica una cesión de terreno en favor del que delinque, pues, dado que ya tiene frente al Estado la ventaja de haber *salido primero*, no habría por qué concederle ninguna otra. Aunque no suelen formularse de manera tan explícita, se trata de argumentos que laten en muchas reformas procesales y en cierto sentido común sobre la prueba perceptible en no pocas decisiones judiciales.”⁵⁴

Acrescente-se que essas seqüelas também se fizeram e ainda se fazem sentir no Brasil, uma vez que nosso Código de 1941, ainda em vigor, baseou-se na ideologia fascista do Código italiano de 1931⁵⁵, e, somente em 1988, com o advento da Constituição republicana, a legislação brasileira contemplou, pela primeira vez, após um longo período de ditadura militar, o princípio de presunção de inocência, ainda que fazendo referência à “não- culpabilidade”: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, inc. LVII, CFBR/88).

Apesar da expressão em sentido negativo (“não-culpabilidade”), que levou e ainda leva alguns autores e magistrados a interpretar o princípio de maneira

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 551.

⁵⁴ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*, p. 67.

⁵⁵ Vide a respeito a *Exposição de Motivos do Código de processo penal brasileiro (Decreto-lei 3689, de 03-10-1941)*, item II, onde se explicita a necessidade de ajustamento do Código de Processo Penal “ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem”, pois as leis vigentes à época asseguravam aos réus conjunto por demais extenso de garantias e “favores”, de forma que “a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade”. Assim proclamava a necessidade de urgente abolição da “injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social” no processo penal.

restritiva⁵⁶, comungamos do entendimento de Gomes Filho para quem tal proclamação “representa uma escolha evidente por uma concepção de processo penal em que a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana são tidas como valores centrais do sistema”⁵⁷, constituindo, portanto, “mais do que uma dádiva humanitária, uma verdadeira condição do exercício da repressão no Estado de Direito”.⁵⁸

É importante constatar que a presunção de inocência é princípio fundamental de civilidade⁵⁹, que foi incorporado às constituições e leis processuais em momentos de crescimento democrático das nações. Com a Revolução Francesa, a presunção de inocência faz parte de um projeto emancipatório que enaltecia o valor do homem em relação ao poder ilimitado do Estado. Da mesma forma, após a Segunda Guerra Mundial, com a derrota dos regimes totalitários (nazismo e fascismo), o princípio de presunção de inocência é incorporado a diplomas internacionais a fim de consolidar a democracia, e pouco a pouco passa a fazer parte dos ordenamentos jurídicos europeus, juntamente com outras garantias fundamentais do Estado democrático de direito.

Em 1948, a Organização das Nações Unidas proclamou o princípio no art. 11, 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, com a adesão futura do Brasil. Também é contemplado na Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, em Roma, e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos aprovado pela Assembléia Geral da ONU em 1966.

Mais recentemente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), em seu art. 8º, 2, proclamou “que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”, elencando também as garantias mínimas para promover a igualdade durante o processo.

Esta convenção foi ratificada e promulgada pelo Brasil através do Decreto 678, de 06-11-1992, o que implica dizer, em consonância com o art. 5º, §2º da

⁵⁶ Para RAMOS, João Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, p.172, “é preciso ver que o *princípio da presunção de inocência* tem um sentido muito próprio, não relacionado diretamente com o *status libertatis* do imputado durante a tramitação do processo penal condenatório. A concepção que o liga diretamente a esse tema é radical e não corresponde à verdade.”

⁵⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 01.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 23.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 549.

Constituição de 1988⁶⁰, que o Brasil adota o princípio de presunção de inocência como garantia fundamental do processo penal democrático.

No entanto, o que se constata inevitavelmente é que o modelo de processo penal brasileiro atual “balança entre exigências normativas garantistas e práticas autoritárias”⁶¹, ou seja, entre um modelo constitucional garantista e os resquícios do vetusto regime do Código de 1941, que, apesar das muitas alterações legais que sofreu ao longo do tempo, no tratamento da prisão processual ainda se mostra consonante com seus originais objetivos, e é largamente utilizado na prática das delegacias de polícia e dos tribunais brasileiros. Nas palavras de Fauzi Hassan Choukr,

“O código de processo penal em vigor desde 1942, de clara inspiração fascista, dificilmente se coaduna com os primados constitucionais, quer pela ótica do texto constitucional em sentido estrito, quer pelas normas do Pacto de São José da Costa Rica (...)”.⁶²

3.2.3

A dupla dimensão do princípio de presunção de inocência: como regra de juízo e como regra de tratamento do imputado

O significado etimológico da palavra “inocência” – do latim “in” (não) mais “nocens”(nocivo) – levaria a idéia errônea de uma presunção de “não-

⁶⁰ Art. 5º, §2º, CF/88: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Antes mesmo da entrada em vigor da Constituição de 1988, parte da doutrina brasileira já considerava a presunção de inocência como um princípio informador do ordenamento jurídico brasileiro, com base em norma de mesmo conteúdo do art. 5, §2º, CF/88, presente nas Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967, e na Emenda n.1 de 1969. Além disso, antes da previsão expressa em texto constitucional, o Brasil já aderira à Declaração de Direitos do Homem de 1948, que incluiu a presunção de inocência entre os direitos fundamentais da pessoa. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar* p. 31. Sobre o artigo 5º, §2º discorre Sarlet: “(...) o conceito materialmente aberto de direito fundamentais consagrado pelo art. 5º, §2º da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais”: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 89-90.

⁶¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*, p. 03.

⁶² CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal brasileiro*. In: www.cejamerica.org, acesso em 30-04-2007.

nocividade” do imputado, baseada numa crença na bondade inata dos homens⁶³. Este é um raciocínio incorreto na medida em que as presunções são normas de “dever-ser” e não normas baseadas na realidade ou na natureza, sendo errôneo afirmar que a presunção de inocência é coerente com o estado de bondade natural do ser humano, e do mesmo modo fora de lugar a crítica baseada na conclusão oposta de que é possível constatar ao final do processo que a maioria dos acusados são de fato culpados dos crimes a eles atribuídos⁶⁴. Logo, a presunção de inocência é uma norma de dever-ser: o indivíduo deve ser considerado inocente durante o processo penal por opção política do legislador. Presume-se juridicamente que o indivíduo a quem se imputa a prática de uma infração penal é, durante a persecução penal, inocente, só podendo passar a ser considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória⁶⁵.

A presunção de inocência é requerida pelo princípio de jurisdicionabilidade⁶⁶, que exige, como condição de averiguação e determinação da culpa do imputado, um processo judicial em que a acusação seja submetida à prova e à contestação por parte da defesa. Assim, se a jurisdição penal é a atividade necessária para se obter a prova de que alguém a quem se imputa a prática de um delito, de fato o cometeu, enquanto esta prova não seja produzida mediante um processo penal regular que assegure ao réu a mais ampla defesa, nenhum delito poderá ser considerado cometido e ninguém poderá ser considerado culpado nem submetido à pena⁶⁷. Durante todo o processo e também na fase do inquérito policial, presume-se que o imputado é inocente, pois somente a sentença judicial, após todo o procedimento probatório, estará apta a declarar ou não a sua culpabilidade com base na verdade processual alcançada.

⁶³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 52: como precursor do Romantismo, Rousseau afirmava, ao contrário de Thomas Hobbes, que o homem é naturalmente bom e virtuoso. Para o filósofo, a bondade e as virtudes inatas ao homem – amizade, generosidade, humanidade – advem da virtude maior da piedade que consiste na “repugnância de ver sofrer seu semelhante”.

⁶⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 36.

⁶⁵ Em sentido contrário: BATISTA, Weber Martins. Recurso do réu em liberdade: uma releitura dos artigos 594 do CPP e 35 da Lei 6368/76. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n.21, outubro/dezembro de 1994, p. 64: “não se pode presumir alguém inocente exatamente quando está respondendo a processo, porque há prova de que foi cometido um crime e indícios de que ele é seu autor, ou – o que é ainda mais significativo – quando, por força daquela prova e em razão de indícios mais sérios, o réu é posto em custódia preventiva”.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 549.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 549.

Assim, no momento da decisão judicial, a presunção de inocência consiste em regra de juízo ou regra para o julgamento, reclamando a absolvição do réu em caso de dúvida sobre a sua culpabilidade ou insuficiência de provas sobre a autoria e materialidade delitivas. Em outras palavras, a presunção de inocência consiste aí num critério pragmático de solução da dúvida no processo penal, corolário da regra *in dubio pro reo*, contribuindo para a certeza e a segurança do direito, ou seja, para a determinação da verdade processual.

Por outro lado, a presunção de inocência como regra de juízo tem incidência não apenas na sentença final, mas predetermina a adoção da verdade processual durante toda a persecução penal, ou seja, tem forte incidência no campo probatório. Como regra de juízo, a presunção de inocência exige que a prova completa da infração penal (fato típico, ilícito e culpável) seja um ônus da parte acusatória, não estando o acusado obrigado a fornecer provas de sua inocência. Assim, o interrogatório do réu deve ser concebido como meio de defesa, onde lhe é garantido o direito ao silêncio sem que isso lhe cause qualquer prejuízo. No mesmo sentido, é exigível que a regra da primeira parte do art. 154 do Código de Processo Penal brasileiro seja lida à luz da garantia constitucional de presunção de inocência⁶⁸: a prova da alegação, de acordo com referida regra, incumbirá a quem a fizer, o que significa, em conformidade com o postulado de presunção de inocência, que compete ao Ministério Público, desde o momento em que oferece a denúncia, provar a autoria de fato típico, ilícito e culpável pelo imputado. Isso significa que, se o réu alegar alguma causa excludente da ilicitude da conduta – legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito – ainda assim, compete ao órgão acusador provar que tal causa não existe; trata-se de prova positiva que afasta a excludente⁶⁹.

Quando Ferrajoli afirma que a presunção de inocência é requerida pelo princípio de jurisdicionariedade, deve-se entender que tal princípio, no seu sentido estrito, é inerente ao que denominamos “devido processo legal” (CF/88, art. 5º, LIV).

⁶⁸ LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.184.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 185.

Consoante Aury Lopes Jr., o princípio de jurisdiccionariedade evocado por Ferrajoli – *nulla poena sine iudicio* – está previsto no art. 5º, LXI, CF/88: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (...)”. Acrescente-se que tal disposição legal cuida da jurisdiccionariedade em sentido lato. Por sua vez, a jurisdiccionariedade estrita – *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione* – exige um processo que pressuponha o ônus da prova pela acusação, um efetivo contraditório entre as partes (onde seja buscada a paridade de armas entre a acusação e a defesa), o direito à ampla defesa pelo réu (incluindo o direito ao defensor e à assistência jurídica gratuita de qualidade aos necessitados), a decisão judicial imparcial e fundamentada na verdade processual, a presunção de inocência do imputado até a sentença condenatória definitiva, enfim, todas as garantias inerentes ao devido processo penal.

A presunção de inocência é, portanto, uma garantia estreitamente vinculada ao devido processo legal; em verdade, são princípios que se complementam, de maneira que o art. 5º, LVII deverá ser interpretado conjuntamente com os demais direitos e garantias consagrados na Constituição Federal de 1988, notadamente aqueles decorrentes do devido processo⁷⁰.

Conclui-se que o princípio de presunção de inocência como regra de juízo deve ser compreendido no âmbito de um regime de garantias de transcendência imediatamente epistemológica, cujos elementos estruturais básicos são constitucionalmente erigidos à categoria de direitos fundamentais de natureza processual: ônus *probandi* pela acusação, contraditório, ampla defesa, decisão judicial imparcial e motivada. Só quando tais direitos ou garantias são respeitados efetivamente no processo penal, pode-se então afirmar que os pressupostos jurídicos e cognoscitivos do juízo justo e da legitimidade da decisão judicial foram satisfeitos⁷¹.

No entanto, o princípio de presunção de inocência não se limita à disciplina probatória durante o processo e à regra *in dubio pro reo* na decisão judicial final; ele parte do devido processo legal para irradiar-se por todo o

⁷⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 46.

⁷¹ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*, pp. 70-71.

sistema do processo penal como regra de tratamento do imputado⁷². A presunção de inocência como regra de tratamento exige que, antes da condenação, ou seja, durante todo o processo e também da fase pré-processual, o imputado não sofra qualquer equiparação ao culpado.

Antônio Magalhães Gomes Filho entende que o texto de 1988, ao dispor que “ninguém será considerado culpado...”, refere-se a uma condição de “não-culpabilidade” do imputado, diferentemente da expressão “presunção de inocência”, que diz mais respeito à regra de orientação do juiz no momento da decisão. Para o processualista, através dessa diferença sutil, é possível concluir que o art. 5º, LVII da Constituição brasileira privilegiou a temática do tratamento ou *status* jurídico do acusado durante todo o processo, de forma que ele não poderá ser equiparado ao culpado até a sentença definitiva. A regra constitucional tem como premissa o respeito à dignidade do imputado e impõe uma norma de comportamento em face dos suspeitos, indiciados e acusados, de forma que são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação⁷³.

Para Aury Lopes Jr, o princípio de presunção de inocência como regra de tratamento do imputado obriga o juiz a manter mais do que uma postura negativa em relação ao mesmo (não o considerando culpado). A postura do juiz em face da presunção de inocência deve ser positiva, no sentido de tratá-lo efetivamente como inocente, o que pressupõe a sua imparcialidade, ou seja, não agir de forma alguma como parte acusatória.⁷⁴ Significa portanto que, ao recair a intervenção do

⁷² FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia – Considerações. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Editora Revista dos Tribunais, ano 11, n.41, janeiro-março de 2003, pp.130-131 e 149. Para o autor, o princípio de presunção de inocência deve servir de norte para toda a produção legislativa e para a atuação do operador do sistema penal, não sendo “admissível, por se tratar de reducionismo incompatível com a idéia de princípio, ser ele tido como mera regra de distribuição dos ônus e da análise da prova”.

⁷³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, pp. 42-43. Em posição contrária, RAMOS, João Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, pp. 125-126: o autor entende que o princípio de presunção de inocência, em seu sentido correto, diz respeito apenas à regra de distribuição dos ônus processuais e à atividade decisória do juiz, que deve absolver em caso de dúvida, aplicando-se o princípio a todas as medidas de urgência privativas da liberdade do imputado. “A presunção de inocência não tem, senão subsidiariamente, ligação com o *status libertatis* do imputado durante o processo penal condenatório”.

⁷⁴ Neste sentido KARAM, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis. In: *Revista de Estudos Criminais*, ano 3, 2003, n. 11, parecer, p. 166, que assevera que até que se opere o trânsito em julgado de eventual pronunciamento condenatório, a situação jurídica do réu, durante todo o processo, é a de inocente.

processo penal sobre o inocente, seus direitos não podem ser restringidos durante o processo e nem mesmo durante a fase do inquérito policial⁷⁵.

A presunção de inocência como regra de tratamento pressupõe a igualdade de armas entre acusação e defesa através de um efetivo processo penal contraditório⁷⁶, onde seja assegurado ao imputado o direito de contra-prova e contestação em pé de igualdade com o ônus da acusação de provar a autoria e a materialidade delitiva, ou seja, “indica a necessidade de se assegurar, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo ‘justo’”⁷⁷.

Depreende-se que a publicidade abusiva dos atos jurisdicionais por parte da imprensa, com estigmatização do imputado, ofende a presunção de inocência. A mídia de uma maneira geral exhibe o acusado e também o mero suspeito a uma execração pública capaz de produzir maiores prejuízos que o próprio processo penal. Tratam-se de verdadeiras “campanhas demonizadoras”, que elegem os suspeitos e acusados como bodes expiatórios, e, ao mesmo tempo, consagram como heróis aqueles que são exibidos como seus implacáveis algozes⁷⁸.

Neste aspecto, é fundamental uma harmonização do princípio de presunção de inocência e do princípio da inviolabilidade do direito à intimidade (art. 5º, X, CF/88) com os princípios que asseguram a liberdade de informação e a publicidade dos atos judiciais, também contemplados na Carta Magna. A divulgação jornalística sobre o desenrolar da atividade processual deverá respeitar o princípio de presunção de inocência de forma a não conferir aos fatos a qualidade de definitividade antes da sentença final, e a publicidade dos atos processuais não poderá desrespeitar a condição ou *status* conferido ao imputado pelo art. 5º, LVII, sujeitando-o a escândalos e ofendendo sua dignidade.

Em sentido contrário: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 45: “Pode-se até dizer, como o faz Carlos J. Rubianes, que existe até uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade quando se instaura a ação penal, que é um ataque à inocência do acusado e, se não a destrói, a põe em incerteza até a prolação da sentença definitiva. Não se impede, assim, que, de maneira mais ou menos intensa, seja reforçada a presunção de culpabilidade com os elementos probatórios colhidos nos autos de modo a justificar medidas coercitivas contra o acusado.”

⁷⁵ LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p.183.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 37.

⁷⁸ KARAM, Maria Lúcia. O direito a um julgamento justo e as liberdades de expressão e informação. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas (IBCCrim)*, n. 107, out./2001, p. 03.

Consoante Enrique Bacigalupo, o “julgamento” pela mídia de indivíduos processados criminalmente tornou-se um problema de preocupação internacional,

“a partir do momento em que se comprovou a enorme capacidade dos meios de comunicação para formar opinião a respeito de fatos submetidos ao juízo de um tribunal e a debilidade, de fato, dos instrumentos de que dispõem os tribunais para estabelecer na sociedade uma verdade jurídica aceitável como definitiva, sobretudo quando sua decisão não coincide com a dos meios de comunicação.”⁷⁹

Em virtude disso, a Comissão Européia de Direitos Humanos tem tomado posição em casos de violentas campanhas da imprensa contra acusados, manifestando entendimento de que tais manifestações da mídia podem ferir o direito ao devido processo, e decidindo que o direito à liberdade de informação deve limitar-se a informações objetivas sobre o desenrolar do processo, de forma a evitar que antecipem uma condenação⁸⁰. A partir dessas considerações, tem-se sustentado que é possível deduzir, a partir do princípio de presunção de inocência, a existência de “um dever do Estado de custodiar a imprensa mediante medidas positivas, para que esta mantenha suas informações sobre processos pendentes dentro do marco da objetividade”⁸¹. Nesse sentido, entende-se que a presunção de inocência deve ser um direito do imputado não somente face ao Estado, mas também face a outros cidadãos ou empresas que dispõem de meios capazes de estigmatizá-lo de maneira análoga à que o Estado pode lograr com a imposição da pena.

O tratamento respeitoso do acusado também deve-se dar nas práticas cotidianas dos tribunais, o que importa numa revisão de atitudes e tradições vetustas, como o interrogatório do réu de pé, o lugar de inferioridade do réu em face do poder punitivo na sala do tribunal do Júri, e o uso de algemas, que deverá ocorrer só em caso de estrita necessidade.

Importante ressaltar também a necessidade de se assegurar a isonomia no tratamento do imputado como inocente durante todo o processo penal, independentemente do crime que é lhe imputado:

“Nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana

⁷⁹ BACIGALUPO, Enrique. O significado dos direitos humanos no moderno processo penal, p. 290.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid., p. 291.

exige. (...) Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia, pois a Constituição Federal não distingue entre mais-inocente e menos-inocente.”⁸²

Mas, sem dúvida, a principal implicação do princípio de presunção de inocência como regra de tratamento, é a que recai sobre a problemática da prisão provisória. Nesse aspecto, é corrente o entendimento de que toda antecipação da punição ou medida que importe em reconhecimento da culpabilidade no decorrer do processo viola o princípio de presunção de inocência. No entanto, a prisão provisória ofende o princípio constitucional sob muitos outros aspectos, inclusive como regra de juízo, como será demonstrado nos capítulos seguintes.

⁸² SUANNES, Aduino. Os fundamentos éticos do devido processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 232, apud LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.183.

4

A prisão provisória de acordo com a teoria processual

4.1

Jurisdição como poder e instrumentalidade do processo

A jurisdição é, antes de mais nada, manifestação do poder estatal, o que conseqüentemente, impõe que todo sistema processual seja um instrumento do Estado para a realização dos objetivos por ele traçados¹. É necessário, portanto, expurgar o preconceito, próprio de ideologias conservadoras, de que o processo é um mero instrumento técnico e o direito processual uma ciência neutra em face das opções axiológicas do Estado.

Etimologicamente, o termo jurisdição vem do latim *jus dicere*, que significa a atividade de “dizer o direito”. Com a proibição da autotutela e da vingança privada nas sociedades modernas, o Estado assumiu o monopólio da atividade e do poder de ditar soluções para os conflitos entre as pessoas, fazendo atuar de forma imperativa e em substituição a estas, o direito material. Diz-se então, conforme ensinamento de Chiovenda, que o escopo (jurídico) da jurisdição é o cumprimento, a realização das normas de direito substancial². Por sua vez, o processo é o meio ou o instrumento através do qual a jurisdição é exercida.

A história do direito processual evidencia três fases metodológicas fundamentais³, donde se pode perceber a evolução do conceito de processo. Até meados do século XIX, perdurou uma fase de sincretismo, onde o processo era considerado um simples meio de exercício de direitos, uma vez que se considerava a ação como o próprio direito subjetivo material pleiteado. Não se considerava a relação jurídica processual autônoma em face da relação jurídica de direito material, e o direito processual, conseqüentemente, não era considerado ramo autônomo do direito.

A segunda fase caracterizou-se pela afirmação da autonomia científica do direito processual, onde tiveram lugar as construções teóricas sobre a natureza

¹ DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 70.

² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 131.

³ *Ibid.*, pp. 42-45.

jurídica da ação e do processo, sobre as condições da ação e os pressupostos processuais. Destaque-se aqui a teoria do processo como relação jurídica, teoria que hoje predomina e cuja elaboração doutrinária foi levada a efeito pelos processualistas no final do século XIX, a partir das descobertas do alemão Oskar Von Bülow sobre os pressupostos necessários à existência da relação processual. A teoria da relação jurídica sublinha o vínculo jurídico de direitos e deveres entre os atores processuais, o que determinou uma verdadeira transformação em matéria de processo penal. Ela rompeu a idéia do processo penal de tipo inquisitivo, que considerava o acusado mero objeto de investigação e, como tal, sujeito à tortura e a todo tipo de tratamento desumano no decorrer do processo, assim como às penas mais cruéis. Com a definição do processo como relação jurídica, o réu passa a gozar do *status* de sujeito de direitos da relação processual, elemento científico fundamental para a consolidação do processo acusatório e para o banimento do arbítrio no processo.

No entanto, este período autonomista do direito processual assinalava uma visão simplesmente técnica do processo, de forma que

“faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero *instrumento técnico* predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer”.⁴

A terceira fase, em curso, é eminentemente instrumentalista e crítica. A partir de uma sensibilidade aos problemas jurídicos, sociais e políticos de nosso tempo, é necessário que os institutos, princípios e regras do direito processual sejam estudados, mais do que do ponto de vista conceitual e técnico já largamente investigados e consolidados, pelo seu espectro teleológico. É chegada a hora de analisar o sistema processual a partir de uma nova perspectiva: a perspectiva externa dos objetivos a perseguir e dos resultados com os quais o sistema há de estar permanentemente comprometido⁵. Trata-se, em verdade, de encarar o sistema processual a partir de um ângulo externo, mas sem prejuízo de sua

⁴ Ibid., p. 43.

⁵ DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*, p. 09.

introspecção⁶. Para tanto, é necessária uma abertura do sistema processual aos influxos do pensamento vindos da ciência política e da sociologia, através do fio condutor da instrumentalidade: “instrumentalidade do processo ao direito e do sistema jurídico aos valores sociais da nação”⁷, de forma que o processo seja entendido como “instrumento eficaz para o acesso à ‘ordem jurídica justa’”⁸, ou seja, a provimentos jurisdicionais que produzam resultados socialmente equânimes, mediante igualdade de armas entre as partes no decorrer de todo o processo. A instrumentalidade nesse sentido mais amplo invoca a necessidade de se desmitificar as regras e as formas do processo, uma vez que suas teorias e sua técnica “têm sua dignidade e o seu valor dimensionados pela capacidade, que tenham, de propiciar a pacificação social, educar para o exercício e o respeito aos direitos, garantir as liberdades e servir de canal para a participação democrática”⁹.

É necessário ter em vista a instrumentalidade do processo enquanto categoria jurídica (aspecto interno) e a instrumentalidade do processo enquanto expressão do próprio sistema processual, enquanto análise do sistema sob o ângulo externo na sua inserção na ordem jurídica, política e social. A instrumentalidade, neste segundo sentido, impõe a percepção de que as formas e a técnica processuais consistem num instrumento a serviço de objetivos mais amplos, ou seja, de objetivos externos ao processo mesmo. A instrumentalidade conduz à idéia de efetividade do processo, ou seja, à capacidade do sistema processual exaurir aqueles objetivos que o legitimam no contexto jurídico, social e político¹⁰.

A visão instrumental do processo compreende a abertura do sistema para a infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional. Assim, é fundamental a visão analítica entre processo e Constituição. A Constituição estabelece regras e princípios para o processo, de forma que este deve refletir as bases do regime democrático proclamados na Carta magna. Por outro lado, o processo é instrumento para a preservação da ordem constitucional e de seus valores, através da chamada jurisdição constitucional, direcionada ao controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos e à preservação das

⁶ Ibid., p. 442.

⁷ Ibid., p. 10.

⁸ Ibid., p. 442.

⁹ Ibid., p. 11.

¹⁰ Ibid., p. 379.

garantias contempladas na Constituição. Assim, temos que o procedimento, enquanto elemento do processo, é legítimo na medida em que é apto a proporcionar às partes a efetividade da participação em contraditório, observada a “paridade em armas”, exigências do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88).

Portanto, o sistema processual guarda estreita correspondência com a ordem constitucional e, conseqüentemente, com os valores ou opções políticas nela contidos. Mas isso não quer dizer que o sistema processual não incorpore as mutações por que passa a ordem constitucional e se apegue eternamente às opções do constituinte. O processo contemporâneo há de ser visto como salvaguarda dos valores individuais e coletivos cultuados pela ordem constitucional vigente, com vistas a alcançar os objetivos do Estado social de buscar justiça de modo substancial e efetivo, e do Estado de direito, mediante a observância da legalidade e do banimento do arbítrio. A instrumentalidade consiste no núcleo e na síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo premissa daqueles que defendem a garantia da ampla defesa no processo criminal, ou a igualdade em todo e qualquer processo, o alargamento do acesso ao judiciário e a eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos.

No entanto, não se pode pensar que a legitimidade do processo e do exercício da jurisdição esteja apenas na compatibilidade do sistema processual com a Constituição, sendo necessário, além de confrontar o processo com a Carta magna, projetar esse confronto até os valores da sociedade:

“Enquanto se pensasse somente na observância dos ditames constitucionais como exigências positivadas em patamar hierarquicamente superior às leis estruturadoras do sistema processual, ter-se-ia uma acanhada e frágil visão legalista do problema, própria do positivismo jurídico, restrita às dimensões do direito e carente de raízes profundas. A compatibilidade constitucional do sistema, assim, é forte indicador de sua legitimidade, mas não é em si mesma fator de legitimação, tanto quanto legitimidade não se reduz à legalidade; aliás, para a própria descoberta do significado substancial dos dispositivos constitucionais mostra-se indispensável a permanente referência ao complexo axiológico da sociedade, neles espelhado”.¹¹

A afirmação de que o processo é instrumento deverá ser acompanhada da indicação dos objetivos ou fins a que se destina. Em outras palavras, é essencial

¹¹ Ibid., p. 195.

ao método teleológico a idéia do processo como instrumento predisposto à realização dos escopos da jurisdição – políticos, sociais e jurídicos – eleitos¹². Assim, a partir da idéia central de que a jurisdição é expressão do poder estatal, não se pode pensar que seus escopos são simplesmente jurídicos (atuação da vontade concreta do direito), sendo essencialmente políticos e também cambiantes no tempo e no espaço.

A jurisdição não tem um fim apenas, mas é possível afirmar que, “assim como o fim último do Estado social contemporâneo é o bem-comum, é a *justiça* o escopo-síntese da jurisdição”¹³, enfatizando sua importância no plano social, ainda que se saiba que bem-comum e justiça são conceitos plásticos e, portanto, somente determináveis a partir das premissas culturais e necessidades de cada sociedade¹⁴. Assim, é fundamental para se determinar os escopos da jurisdição ter em vista as aspirações e as necessidades da sociedade no tempo presente. Existem, no entanto, tendências universais quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição: o abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas; a destinação liberal da jurisdição como meio de tutela do indivíduo em face de possíveis abusos ou desvios de poder pelos agentes estatais, como elemento de equilíbrio entre os valores poder e liberdade; e o reconhecimento do dever do Estado de, mediante o processo, interferir na vida da sociedade e nas relações sociais em busca da paz social¹⁵. Acrescenta-se ao escopo social magno da jurisdição – a pacificação com justiça – outro escopo social: a educação, no sentido de conscientização dos membros da sociedade de seus direitos e obrigações.

São escopos políticos da jurisdição a afirmação da capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), bem como a limitação do exercício deste poder com base na liberdade e dignidade dos indivíduos sobre os quais ele se exerce. Além disso, a jurisdição também tem como fim político fundamental assegurar a participação dos cidadãos nos destinos da sociedade política¹⁶. Em síntese, o

¹² Ibid., pp. 206-207.

¹³ Ibid., p. 453. No mesmo sentido, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p.25.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido R. A instrumentalidade do processo, p. 215.

¹⁵ Ibid., p. 219.

¹⁶ Consoante Alberto Binder, “*Los sistemas judiciales son nuevos espacios de lucha política en América Latina*. No porque debemos esperar todo de ellos, tampoco porque todo se solucionará a través de las leyes, mucho menos porque puedan reemplazar a los lugares centrales del debate político (los parlamentos, los partidos políticos, los espacios públicos, etc.) sino porque la ley es un instrumento necesario para la profundización de la democracia y ésta, a su vez, es una

Estado deve buscar, através da função jurisdicional, promover a efetividade desses três valores fundamentais do Estado e da democracia: poder (autoridade) e liberdade, enquanto pólos de equilíbrio que o Estado procura manter através da jurisdição, e participação enquanto valor democrático inalienável para a legitimidade do processo político¹⁷.

Entende-se que o processo penal, em consonância com a visão metodológica instrumentalista própria do garantismo, além da finalidade jurídica de fazer atuar o direito penal nos estritos limites da legalidade, presta-se fundamentalmente ao objetivo de assegurar o respeito às liberdades individuais contempladas na Constituição, ou melhor, ao objetivo político de proteger os direitos fundamentais dos suspeitos, investigados e acusados contra o erro e o arbítrio estatal, através do devido processo, com ampla defesa, contraditório efetivo, decisão judicial motivada e imparcial e em estrito cumprimento do princípio de presunção de inocência enquanto regra de tratamento do imputado e como regra de juízo, a fim de conferir efetividade ao escopo social de pacificar com justiça, buscando superar as desigualdades sociais e econômicas que se refletem no processo penal com uma amplidão absurdamente maior do que no processo civil.

Esse entendimento é diametralmente oposto àquela visão também instrumentalista e eficientista do processo penal que, ao contrário do modelo garantista, estabelece, como um dos escopos políticos da atividade jurisdicional do Estado Social intervencionista, a busca pela segurança pública contra os riscos da criminalidade. É possível então constatar que a idéia de instrumentalidade do processo no âmbito penal dá margem a duas visões de processo penal paradigmáticas, que refletem opções políticas divergentes.

O modelo de processo penal eficientista, muito em voga nos dias atuais, ao ser encarado como instrumento de segurança pública, supervaloriza o escopo jurídico da repressão penal, mas não apenas no sentido de fazer atuar o direito penal de forma eficaz: o processo penal passa a ser o instrumento para a aplicação do direito penal de modo “eficiente”, o que conseqüentemente, acrescenta uma

condición indispensable para su legitimidad y permanencia en el tiempo”: BINDER, Alberto M. Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 29, janeiro-março de 2000, p.25.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*, p. 234.

nova finalidade ao processo penal – a prevenção¹⁸ –, que justifica e defende medidas restritivas dos direitos e garantias individuais, como as modalidades de prisão provisória que prescindem do caráter cautelar. No Estado intervencionista-eficientista em matéria penal, os direitos fundamentais passam a ser vistos como obstáculo à segurança, como entrave para a luta eficaz contra a criminalidade¹⁹. Winfried Hassemer concluiu que, tendo como base essa idéia de eficiência, o direito processual penal na Alemanha transfigurou-se num modelo de polícia, onde os fins de prevenção integraram-se aos objetivos puramente repressivos, de maneira que o que importa agora não é propriamente a identificação do culpado, mas a demonstração da efetividade do sistema²⁰.

Essa política criminal da segurança que se transforma gradativamente num instrumento de guerra aos preceitos dos direitos fundamentais, é, consoante Juarez Tavares, velha conhecida da América Latina e do Brasil²¹. Na síntese de Dornelles, “o efficientismo penal busca dar celeridade à resposta penal para os conflitos sociais, renunciando às garantias legais processuais da tradição do direito penal liberal e presentes nos princípios constitucionais modernos e nos tratados internacionais.”²²

Por outro lado, o modelo de processo penal garantista pretende compatibilizar o seu objetivo jurídico de apuração dos crimes e de aplicação das penas com o seu objetivo político e social – atuar como instrumento de tutela dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade individual, contra o arbítrio e o abuso de poder estatal – de forma a buscar um equilíbrio entre poder e liberdade. O modelo garantista resgata uma compreensão da jurisdição como instrumento de libertação e de civilidade democrática, conquista liberal inarredável do processo penal. Essa finalidade processual “no processo penal, é o que convencionamos chamar de *instrumentalidade garantista*, ou seja, o processo

¹⁸ Conforme se verá nos próximos itens, ainda que a processualística veja na prevenção um terceiro escopo do processo, ao lado da cognição e da execução, admitir tal entendimento sem restrições no processo penal, importa em subverter a tradição liberal de tutela dos direitos fundamentais dos suspeitos, acusados e processados de uma maneira geral. Alerta-se para o perigo da importação selvagem de conceitos da teoria geral do processo, em regra voltada para a processualística civil. A prevenção de crimes, segundo a tradição liberal, não é escopo do processo penal.

¹⁹ HASSEMER, Winfried. *Processo penal e direitos fundamentais*, p.74.

²⁰ TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas da segurança pública. In: *Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 62.

²¹ *Ibid.*, p. 62-63.

²² DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e segurança (entre pombos e falcões)*, p. 49.

enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos fundamentais do débil a ele submetido”.²³

Conforme assevera Ada Pellegrini Grinover,

“(…) os valores fundamentais do moderno processo penal são o *garantismo* e a *efetividade*. *Garantismo*, visto tanto no prisma subjetivo dos direitos das partes, e sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo da tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. *Efetividade*, na visão instrumental do sistema processual, posto a serviço dos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, que são o de atuação da vontade concreta da lei penal, de pacificação com justiça e de abertura à participação, dentro do processo e pelo processo”.²⁴

4.2

A tutela cautelar para a teoria geral do processo

O processo é, no plano jurídico, instrumento de atuação do direito material. Especificamente, o processo cautelar caracteriza-se, na lição consagrada de Piero Calamandrei, uma instrumentalidade qualificada, elevada ou ao quadrado, porque consiste num meio para assegurar o melhor resultado do provimento definitivo, que, por sua vez, é meio para a atuação do direito material, de forma então que os provimentos cautelares são, em relação à finalidade última da atividade jurisdicional, *instrumentos do instrumento*, ou seja, instrumentos do processo principal²⁵.

Assim, enquanto o processo de conhecimento e o processo de execução visam à tomada de providências capazes de preservar ou reintegrar em termos definitivos a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado, o processo cautelar tem como objetivo assegurar a eficácia prática²⁶ de providências cognitivas e executivas, uma vez que a atividade jurisdicional tem de dispor de mecanismos adequados para contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo. Portanto, enquanto o conhecimento e a execução consistem em

²³ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 32.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do processo penal: adendo ao relatório das atividades da comissão de reforma do Código de processo penal. In: www.tj.ro.gov.br/emeron, acesso em 30-05-2007.

²⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi da edição italiana de 1936. Campinas: Servanda, 2000, p. 42.

²⁶ *Ibid.*, p. 42: “Há, portanto, nos procedimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito, a finalidade imediata de assegurar a eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez a exercer o direito. A tutela cautelar é, em comparação ao direito substancial, uma tutela mediata: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça.”

modalidades de tutela jurisdicional imediata ou satisfativa, o processo cautelar é, em relação às duas outras espécies de processo, apenas instrumental, ou seja, trata-se de modalidade de tutela jurisdicional mediata²⁷.

Assim é que Frederico Marques define as medidas cautelares como “as ações em que se pede uma prestação jurisdicional de caráter instrumental tendente a garantir o resultado profícuo a processo de outra natureza,”²⁸ e, para Liebman, a ação cautelar consiste no direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil²⁹.

No mesmo sentido de sua instrumentalidade, Antônio Magalhães Gomes Filho assevera que

“na técnica processual, as providências cautelares constituem os instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, exatamente com o objetivo de assegurar os meios para que esse mesmo provimento definitivo possa vir a ser conseguido e, principalmente, possa ser eficaz.”³⁰

A tutela cautelar justifica-se pela sua necessidade de fazer frente ao perigo iminente a que a ordem jurídica é exposta, de maneira que o emprego de outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não seria eficaz para impedir a consumação da ofensa ou para repará-la de modo satisfatório. Assim, é possível definir a cautelaridade como técnica processual destinada a superar os riscos inerentes à estrutura do processo³¹.

Na processualística civil, essa situação de risco sério e iminente à ordem jurídica explica o caráter de *urgência* da providência cautelar, assim como a exigência somente de uma averiguação superficial e provisória acerca da *probabilidade de existência do direito alegado*, a fim de se conferir ao procedimento a agilidade necessária a conjurar o perigo³².

Para Calamandrei, a tutela cautelar representa

²⁷ Ibid., p. 42. No mesmo sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 301.

²⁸ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 56.

²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

³⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 01.

³¹ Ibid., p. 55.

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 301.

“(…) um daqueles casos (a disciplina dos quais constitui talvez o mais antigo e mais difícil problema prático de cada legislação processual) em que a necessidade de ser breve debate-se contra a necessidade de fazer bem-feito: a fim de que o procedimento definitivo nasça com maiores garantias de justiça, este deve ser precedido do regular e ponderado desenvolvimento de toda uma série de atividades, ao cumprimento das quais é necessário um período, muitas vezes não breve de espera; mas essa *mora* indispensável ao cumprimento do ordinário *inter* processual ameaça tornar praticamente ineficaz o procedimento definitivo, o qual parece destinado, por amor à perfeição, a alcançar muito tarde, como a medicina longamente elaborada para um doente já morto”³³.

A cautelar é, portanto, medida excepcional, uma vez que antecipa um resultado que normalmente seria obtido mediante um procedimento mais longo e menos célere, capaz de permitir uma cognição mais completa e aprofundada mediante um amplo debate entre as partes³⁴. A providência cautelar, ainda que na medida da necessária celeridade, condensa num só procedimento as funções de conhecimento (para verificar as condições impostas pela lei para a concessão do provimento cautelar) e execução (para atuar a medida nos casos em que tal atividade ulterior é necessária para atingir o escopo do processo)³⁵.

É corrente entre os doutrinadores da teoria geral do processo o entendimento de que a tutela cautelar exige dois requisitos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*³⁶.

O *fumus boni iuris* consiste na razoável probabilidade de existência do direito material que se pretende acautelar. Portanto, não é necessário demonstrar cabalmente a existência do direito material em risco: exige-se apenas um juízo de

³³ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, p. 39.

³⁴ É o que Garcez Ramos denomina “sumariedade procedimental”, que autorizaria a atenuação efetiva ou a postergação do direito de defesa, como operação legítima: RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, p.88. Acredita-se que esse cerceamento de defesa não é legítimo nos provimentos cautelares penais.

³⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*,. 317. Idem: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 360.

³⁶ *Ibid.*, p. 316. Não existe, no entanto, um uníssono na doutrina quanto à categoria jurídica a que pertencem o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*: como se verá ao longo do texto, para alguns são requisitos específicos do provimento cautelar, ao lado das condições gerais de toda ação (legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido); para outros, eles se confundem com as próprias condições da ação; outros ainda entendem que dizem respeito ao próprio mérito da cautelar. Opta-se por não entrar aqui em tal discussão de forma mais aprofundada, por tratar-se de tema da teoria geral do processo que não interessa diretamente ao objetivo do presente trabalho. Opta-se então, na linha de Antonio Magalhães Gomes Filho, por denominá-los genericamente como **requisitos** das medidas cautelares (ob. cit, p. 54), já adiantando, no entanto, que, entendemos que, com relação à prisão cautelar, o *periculum libertatis* não é somente um requisito, mas verdadeiro **fundamento** da necessidade da medida.

probabilidade e não de certeza³⁷. O *periculum in mora* é o perigo de insatisfação do direito em face da demora na prestação jurisdicional definitiva. Ao contrário do *fumus boni iuris*, é exigível, na maioria dos casos, que o perigo não se baseie em probabilidades, mas seja constatado de forma plena e aprofundada, antes da concessão da medida cautelar. O perigo há de ser, portanto, grave e fundado em fatos concretos. Como explica Humberto Theodoro Júnior,

“receio fundado é o que não decorre de simples estado de espírito do requerente, que não se limita à situação subjetiva de temor ou dúvida pessoal, mas se liga a uma situação objetiva, demonstrável através de algum fato concreto”³⁸.

Para o citado processualista, o perigo de dano refere-se ao interesse processual da parte em obter a justa composição do litígio, constituindo, portanto, o interesse de agir, verdadeira condição da ação cautelar³⁹. Já para Cândido Rangel Dinamarco, o *periculum in mora* diz respeito ao próprio mérito da ação cautelar⁴⁰.

A atividade cautelar é, na lição de Carnelutti, auxiliar e subsidiária, porque visa a assegurar o êxito das atividades de conhecimento e execução⁴¹. Além disso, a doutrina majoritária entende que existe uma verdadeira ação cautelar, autônoma em relação aos processos de conhecimento e de execução. Seguindo o entendimento de Francesco Carnelutti, a doutrina vê no processo cautelar um *tertium genus*, ou seja, vislumbra na prevenção um terceiro escopo do processo, de forma que a jurisdição compreende então três espécies de atividades e fins jurídicos: a cognição, a execução e a cautela⁴². Nas palavras do processualista milanês,

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 371.

³⁸ *Ibid.*, p. 372. No mesmo sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, pp. 54-55.

³⁹ *Ibid.*, p. 373. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 124: a situação de perigo é “fato constitutivo do interesse de agir”.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 352.

⁴¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 316.

⁴² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Vol. I. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 323. Em posição contrária: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 317: no processo cautelar há um único e indivisível procedimento, onde se aglutinam as atividades de conhecimento (para a apuração das condições exigidas pela lei para a concessão

“(...) juntamente à jurisdição e à execução apresenta-se a prevenção (dos danos do litígio), como uma terceira finalidade do processo. Geralmente, costuma-se falar, mais do que *prevenção*, de asseguramento dos Direitos (*rectius*, das pretensões)”.⁴³

Para Liebman, a tutela cautelar é autônoma em relação ao processo de conhecimento e de execução, e destina-se a garantir a eficácia, os resultados e os objetivos da jurisdição, seja no processo cognitivo seja no executório⁴⁴. Também na lição de Chiovenda,

“o poder jurídico de obter uma das medidas assecuratórias (...) é por si próprio uma forma de ação, e é mera ação, que não se pode considerar como acessório do direito acautelado, porque existe como poder atual, quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe”.⁴⁵

Seguindo tal entendimento, a legislação processual civil pátria considera o processo cautelar um *tertium genus* ao lado do processo de conhecimento e de execução (art. 270, Código de Processo Civil Brasileiro). Os arts. 813 a 889 deste Código dispõem sobre as medidas cautelares específicas do processo civil: arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, exibição, produção antecipada das provas, arrolamento de bens, justificação etc. Além disso, o art. 798 do mesmo diploma legal prevê um poder geral de cautela do juiz, que pode conceder medidas cautelares não previstas em lei (cautelares atípicas ou inominadas) segundo a necessidade de cada caso concreto.

Os provimentos cautelares caracterizam-se ainda por sua provisoriedade e revogabilidade. A situação preservada mediante o provimento cautelar não se reveste de caráter definitivo, mas destina-se a durar por um espaço de tempo

da cautelar) e de execução (para fazer atuar a medida nos casos em que tal atividade ulterior é necessária para atingir o escopo do processo), de maneira que não é possível a sua distinção em fases, uma vez que é indivisível o interesse de agir. Diante disso, alega-se que o processo cautelar não é um *tertium genus* ao lado dos processos de conhecimento e de execução e sim variedade de um e outro: há um processo de conhecimento ou de execução, cautelar, e um processo de conhecimento ou de execução, definitivo. Também no sentido de a tutela cautelar não ser *tertium genus*: CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, p. 203.

⁴³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, p. 322.

⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, p.216.

⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 366.

delimitado, até e enquanto perdurarem os motivos que o ensejaram⁴⁶. Cessados os motivos, impõe-se a revogação da medida, que poderá ser novamente decretada se sobrevier a situação de risco. Assim, a decisão que decreta um provimento cautelar é sempre mutável no tempo e, por isso, é incompatível com a coisa julgada material, que significa a imutabilidade dos efeitos da decisão judicial. Além disso, as medidas cautelares são facultativas, não existindo qualquer tipo de imposição legal que torne obrigatória a sua decretação.

A doutrina da teoria geral do processo adverte que não se deve confundir a tutela cautelar com a tutela antecipatória, que tem natureza satisfativa e que antecipa total ou parcialmente os efeitos da sentença de mérito (lei 8952/94, que deu nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil Brasileiro). Consoante Antonio Carlos de Araújo Cintra et alli, são de natureza antecipatória no processo penal as liminares de *habeas corpus* e de mandado de segurança⁴⁷.

Por fim, cabe assinalar que, segundo Calamandrei, a instrumentalidade da tutela cautelar explícita, de maneira proeminente e exacerbada, o objetivo publicístico de sua função: mais do que defender os direitos subjetivos, garantir a eficácia e a seriedade da jurisdição⁴⁸. Neste sentido, Calamandrei compara as medidas cautelares às medidas de polícia, tendo-se em vista a linha tênue que as separa:

“As medidas cautelares são predispostas, mais do que pelos interesses dos indivíduos, pelo interesse da administração da justiça, da quais garantem o bom funcionamento e, também se poderia dizer, o bom nome. Se a expressão ‘polícia judiciária’ não tivesse já no nosso ordenamento um exato significado, ela poderia parecer singularmente adequada para designar a tutela cautelar: nesta encontram-se de fato, colocados ao serviço da função jurisdicional, aqueles poderes de prevenção, exercitados com urgência e com base em um juízo provisório no qual

⁴⁶ O significado de provisoriedade não coincide com o de temporariedade ou, como coloca Calamandrei, de temporaneidade: “É oportuno no entanto advertir que o conceito de *provisoriidade* (e como aquele, coincidentemente de *interinidade*) é um pouco diferente, e mais restrito, que aquele de *temporaneidade*. *Temporâneo* é, simplesmente aquilo que não dura para sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; *provisório* é por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece no *interim*. Nesse sentido, *provisório* equivale a *interino*: ambas as expressões indicam aquilo que é estabelecido para durar somente aquele tempo *intermediário* que precede o evento esperado”: CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, p. 26.

⁴⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 317.

⁴⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, p. 209.

têm parte extensa as considerações de oportunidade, que são sem dúvida características de verdadeira e própria função de polícia. Poderia se dizer, aliás, que *mesmo a matéria dos procedimentos cautelares constitui a área-limite entre a função jurisdicional e aquela, administrativa, de polícia.*⁴⁹

4.3

A prisão como medida cautelar

A doutrina processual penal entende que, em geral, a cautelaridade como técnica de superação dos riscos inerentes ao processo, tem inteira aplicação ao processo penal, sendo a prisão a sua modalidade mais usual e também a de maior gravidade. Os riscos aí se referem ao processo enquanto atividade jurisdicional direcionada ao escopo de fazer atuar o direito penal, ou seja, ao fim de apuração de crimes e de aplicação de penas, persecução e punição.

No tratamento da cautelaridade no âmbito penal deixa-se de lado, ou melhor, ignora-se, o escopo político do processo penal desde uma perspectiva garantista, uma vez que, para o garantismo, os riscos maiores no processo penal e que, em consequência, deveriam ser primeiramente considerados tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, são aqueles riscos de arbitrariedade e de abuso de poder estatal nas atividades de persecução e punição de delitos, determinante de uma restrição de direitos fundamentais dos indivíduos processados e julgados criminalmente. Essa finalidade de acautelar o processo penal contra o abuso e o erro, ou seja, de garantia dos direitos fundamentais dos suspeitos, indiciados e acusados, revela uma nova face do risco no âmbito do processo penal, que, se não elimina a técnica da cautelaridade como fundamento da prisão provisória, ao menos a coloca num patamar diferente de raciocínio: o raciocínio crítico e questionador de sua necessidade, de seus fundamentos, de sua aplicação em observância das garantias inerentes ao devido processo, enfim, de sua justificação. Assim, é imperioso que à cautelaridade seja acrescentada outro critério que deverá nortear todo o tratamento da prisão provisória: a proporcionalidade. Em face do princípio de presunção de inocência, a prisão provisória exige a cautelaridade e a proporcionalidade como pressupostos de sua estrita necessidade.

⁴⁹ Ibid., p. 210.

É de acordo com essa linha de pensamento que se analisará a prisão como medida cautelar, dando especial ênfase ao estudo das prisões provisórias no plano teleológico. Em outras palavras, o estudo não tem como objetivo a análise pormenorizada da dogmática das várias espécies de prisão provisória previstas no ordenamento jurídico brasileiro, mas se restringe à análise dos requisitos legais apontados pela doutrina e pela jurisprudência pátrias como pressupostos e como fundamento da prisão provisória enquanto medida cautelar, de maneira a confrontar o meio (encarceramento antes da condenação definitiva) e seus fins⁵⁰.

Consoante João Gualberto Garcez Ramos, a tutela de urgência no ordenamento processual penal brasileiro é mais abrangente do que a tutela cautelar: ela abarca, além das medidas cautelares, medidas antecipatórias e medidas meramente administrativas, “tomadas pela autoridade judiciária, e baseadas no seu poder de polícia”⁵¹. Por outro lado, as medidas de urgência em matéria penal também podem ser classificadas de acordo com o seu objeto: são instrutórias as medidas que tem como objetivo a proteção do conjunto probatório, como os depoimentos antecipados; são patrimoniais aquelas que visam garantir ao ofendido ou seus sucessores o ressarcimento do dano causado pela infração penal, como as medidas de seqüestro, arresto e hipoteca legal; e são pessoais aquelas que recaem sobre o *status libertatis* do acusado, quer restringindo-o através das prisões provisórias, quer protegendo-o, através das modalidades de liberdade vinculada, com ou sem fiança⁵².

A prisão provisória é toda forma de privação da liberdade que não decorre de sentença penal condenatória definitiva (transitada em julgado), englobando assim, todas as espécies de prisão que ocorrem no decorrer do processo ou mesmo na fase do inquérito policial previstas em lei⁵³. São, portanto, modalidades de

⁵⁰ Segundo Faggioni, o fundamento para a compatibilização da prisão cautelar com o princípio de presunção de inocência encontra-se na finalidade da primeira como garantia do resultado útil do processo penal: FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. *Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia – Considerações*, p.133. Acrescente-se que também é necessário confrontar o meio com o seu fim, de forma que o primeiro seja proporcional em relação ao segundo.

⁵¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, p 39. O objetivo do autor nesta obra é identificar a natureza jurídica das medidas de urgência no processo penal brasileiro. Percebe-se que o autor entende que a prisão cautelar pode ter natureza de polícia. Ver ainda MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 59-74.

⁵² *Ibid.*, pp. 39-78.

⁵³ Utiliza-se aqui, conforme justificado alhures, o termo genérico “prisão provisória” apenas no sentido oposto ao de prisão definitiva, sem adiantar qual seria a sua natureza jurídica.

prisão provisória contempladas no ordenamento processual penal brasileiro: a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível e a prisão decorrente de decisão de pronúncia, todas elas previstas no Código de Processo Penal, além da prisão temporária, contemplada na lei 7960/89.

O entendimento quase unânime na doutrina processual penal é que as prisões provisórias são medidas cautelares, e que, como tais, elas devem ser sempre instrumento para a realização do processo penal ou para garantir a realização dos seus objetivos⁵⁴.

A cautelaridade afasta a idéia da tutela antecipatória no âmbito das prisões provisórias, uma vez que a admissão de verdadeira antecipação do provimento final condenatório (execução da pena) através de prisão antes de condenação definitiva, ofenderia o princípio de presunção de inocência.

É corrente então definir a prisão provisória nos moldes do tratamento empreendido pela teoria geral do processo para o processo cautelar, inclusive invocando os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para aplicá-los no tratamento das prisões provisórias. No entanto, o que se percebe é que a teoria geral do processo apenas estende ao processo penal categorias e definições elaboradas *a priori* para o processo civil, o que, especialmente no âmbito das prisões cautelares, determina uma inadequação de conceitos e definições que se refletem não apenas na doutrina, mas também na interpretação jurisprudencial, com graves conseqüências. É assim urgente a necessidade de uma revisão da teoria geral do processo aplicável às prisões provisórias enquanto medidas cautelares, uma vez que o processo penal possui categorias jurídicas próprias, adequadas às particularidades de seu objeto⁵⁵.

Primeiramente, cumpre observar que os pressupostos e as finalidades ou fundamentos de toda e qualquer prisão provisória, em obediência ao princípio da legalidade, deverão estar previstos expressamente em lei. Assim, não se pode cogitar no âmbito penal de um poder geral de cautela como no processo civil (art.

⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 383: “(...) toda prisão anterior ao trânsito em julgado deve *também* ser considerada uma prisão *cautelar*. Cautelar no que se refere à sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública. Assim, a prisão que não decorra de sentença passada em julgado, será, sempre, cautelar e *também* provisória”.

⁵⁵ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 193.

798, Código de Processo Civil), autorizando o juiz a decretar medidas cautelares inominadas, ou seja, não previstas expressamente em lei porque

“tratando-se de limitação da liberdade, é indispensável a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à “legalidade da inteira repressão”, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta.”⁵⁶

Consoante entendimento consagrado na doutrina e na jurisprudência brasileiras, os pressupostos fundamentais à necessária cautelaridade de todas as modalidades de prisão provisória são aqueles requisitos legais impostos no art. 312 do Código de Processo Penal para a prisão preventiva, considerada a mais genuína das prisões cautelares⁵⁷, a medida cautelar típica⁵⁸. Este dispositivo legal é considerado assim a espinha dorsal de todo o sistema cautelar⁵⁹, ou seja, é a matriz de interpretação do caráter cautelar de toda e qualquer prisão decretada antes da sentença condenatória definitiva, e não apenas da prisão preventiva, uma vez que especifica os requisitos que devem ser aferidos pelo juiz para a decretação de todas as espécies de prisão provisória. Este entendimento advém de uma interpretação coerente e sistemática do citado dispositivo legal com a exigência constitucional de que toda prisão, à exceção do flagrante delito, seja decretada mediante ordem escrita e fundamentada do juiz competente (art. 5º, LXI, CFBR/88), consagrando o princípio da jurisdicionariedade em sentido lato em matéria de prisão. Assim, no curso do processo, toda prisão provisória somente poderá ser decretada ou mantida através de decisão judicial fundamentada⁶⁰ no art. 312 do Código de Processo Penal, ou seja, se e enquanto estiverem presentes os pressupostos e fundamentos autorizadores da prisão preventiva.

Além disso, é importante asseverar aqui que o juiz, em observância ao princípio acusatório, não pode decretar *ex officio* a prisão provisória, seja qual for

⁵⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 57.

⁵⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol IV. Campinas: Bookseller, 1997, p. 57.

⁵⁸ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 184.

⁵⁹ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 193.

⁶⁰ “A ausência de fundamentação conduzirá à nulidade absoluta do decreto de prisão preventiva, porquanto se trata de violação de formalidade estabelecida pela própria Constituição (arts. 5º, LXI, e 93, IX) para garantia do direito de liberdade”: GRINOVER et alli. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 239.

a sua modalidade. Assim, os legitimados a requerer prisões cautelares são os encarregados da investigação ou o titular do direito de ação – Ministério Público, Polícia, ofendido nos crimes de ação penal de iniciativa privada – e não o juiz de ofício, sob pena de quebra da imparcialidade da decisão e, conseqüentemente, do processo penal⁶¹. Não obstante, o art. 311 do Código de Processo Penal autoriza o juiz a decretar a prisão preventiva *ex officio* em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, em descompasso com o devido processo penal e com o princípio acusatório, exigências constitucionais. A função do juiz criminal no processo penal acusatório e no Estado de Direito Democrático é bem diferente dessa postura parcial:

“No Estado de Direito, Juiz Criminal não é policial de trânsito; não é vigia de esquina; não é zelador de patrimônio alheio; não é guarda do sossego de cada um; não é um sentinela do Estado leviatânico. Não tem o encargo de bloquear a maré montante da violência ou de refrear a criminalidade agressiva e ousada (...). A missão do Juiz Criminal é bem outra: é exceder a função criativa nas balizas da norma incriminadora, é infundir, em relação a determinadas normas punitivas, o sopro do social; é zelar para que a lei ordinária nunca elimine o núcleo essencial dos direitos do cidadão; é garantir a ampla e efetiva defesa do contraditório e a isonomia de oportunidades, favorecendo o concreto exercício da função de defesa; (...) é livrar-se do círculo fechado do dogmatismo conceitual, abrindo-se ao contato das demais ciências humanas e sociais; é compatibilizar o Estado de Direito com o Estado Social que lhe é subjacente; é, em resumo, ser o garante da dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo.”⁶²

No que tange aos requisitos necessários para a decretação da prisão enquanto medida cautelar, é fundamental uma revisão da teoria geral do processo. A disciplina da tutela cautelar no processo penal há de ser muito mais limitada do que no processo civil, notadamente no tratamento da prisão provisória, que atinge a liberdade e a dignidade do imputado. Portanto, se a tutela cautelar em geral é sempre excepcional porque restringe a cognição mais aprofundada, a prisão cautelar deve ser excepcionalíssima, uma vez que sacrifica o direito fundamental da liberdade, confrontando a presunção de inocência enquanto princípio orientador do processo penal. Conseqüentemente, a avaliação dos pressupostos das cautelares penais devem ser submetidas a um rigor muito maior.

⁶¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*, pp. 181-182. E nem se diga, conforme assevera Geraldo Prado, que neste caso “o juiz penal dispõe de um poder geral de cautela, que o autoriza a, *ex officio*, promover as providências cautelares que julgue pertinentes, pois tal poder, como no processo civil, não se exercita sem provocação da parte no feito cautelar”.

⁶² FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 45.

A teoria geral do processo indica de forma genérica o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* como pressupostos de todo provimento cautelar⁶³ que, assim, são impropriamente aplicados ao processo penal no que tange às prisões cautelares.

Ora, não se pode afirmar que para a decretação de uma prisão de natureza cautelar seja necessário o requisito *fumus boni iuris*, definido como probabilidade de existência do direito material alegado, pois em matéria processual penal, tal probabilidade diz respeito à ocorrência de um delito, de um ilícito penal, antítese do direito. Assim, no processo penal, é exigível para a decretação de uma prisão de natureza cautelar o requisito *fumus commissi delicti*, que significa a probabilidade de o indiciado ou acusado ter praticado um ilícito penal.

O art. 312 do Código de Processo Penal exige como *fumus commissi delicti* “a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Isto quer dizer que, com relação à existência do crime, a lei exige prova material, ou seja, a certeza do delito devidamente demonstrada no processo ou no inquérito. No entanto, com relação à autoria, não é exigível um juízo de certeza, mas de probabilidade razoável da prática de um delito por uma pessoa determinada que é o significado que se deve conferir a expressão “indício suficiente”. Na lição de Basileu Garcia, “pode-se não saber, com inteira segurança, se o indiciado é o seu autor, mas a demonstração de que existe um fato delituoso, perfeitamente enquadrável na lei penal, é indeclinável”⁶⁴. Assim, com relação à autoria, ainda que não se exija um juízo de certeza, não é suficiente um juízo de mera possibilidade. O juízo de possibilidade da prática de crime, suficiente para o indiciamento de um suspeito e da correlata investigação dos fatos, é aquele em que existe uma relação de equivalência entre as razões positivas ou favoráveis à hipótese da autoria do delito e as razões negativas ou contrárias a tal hipótese.⁶⁵ Já para o recebimento da denúncia ou queixa e para a decretação de prisão cautelar, é necessário mais do que possibilidade de ocorrência do fato delituoso; é necessário um juízo de probabilidade, que importa num predomínio das razões positivas

⁶³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 316.

⁶⁴ BASILEU GARCIA, apud MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 129.

⁶⁵ Conforme lição de Carnelutti citada por LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 197.

acerca da autoria do crime sobre as razões negativas, bem como da inexistência de causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

A prisão provisória enquanto medida cautelar também está condicionada a algumas outras particularidades dispostas no artigo 313 do Código de Processo Penal, que estão atreladas à exigência do *fumus commisi delicti*. A melhor doutrina entende que este dispositivo legal referente à prisão preventiva, também se aplica às demais prisões provisórias, com exceção da prisão temporária, tratada de forma específica na lei 7960/89.

Assim, de acordo com o artigo 313, a prisão provisória será admitida em três hipóteses: nos crimes dolosos punidos com reclusão; nos crimes dolosos punidos com detenção, quando se verificar que o indiciado é vadio ou se, havendo dúvida sobre a sua identidade, ele não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; nos crimes dolosos, se se constatar que o réu é reincidente em crime doloso⁶⁶.

Primeiramente, só é admissível a prisão preventiva nos crimes dolosos, excluindo-se de seu âmbito de incidência os crimes culposos e as contravenções penais. Trata-se de regra lógica que leva em conta o critério da proporcionalidade⁶⁷ correlato à excepcionalidade da medida cautelar, de maneira que a prisão provisória deverá ser decretada somente para os crimes mais graves, em que exista probabilidade de posterior condenação à pena privativa de liberdade. Assim, é necessário que o juiz, no momento de averiguação dos requisitos legais da prisão provisória, pondere se a infração penal, em tese, pode ou não receber uma pena substitutiva da pena privativa de liberdade (restritiva de direitos e/ou multa)⁶⁸, pois em caso positivo, não poderá ser decretada a prisão

⁶⁶ Considera-se reincidente, nos termos do disposto no art. 313, III do Código de Processo Penal, o réu que tiver sido condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal.

⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, pp. 384-385: Ainda que o Código de Processo Penal brasileiro não faça expressa referência à necessidade de adoção de critérios de proporcionalidade na fixação de prisões cautelares, ele utiliza esse critério ao determinar no artigo 313 a impossibilidade legal de decretação da prisão preventiva para os crimes culposos e para as contravenções penais. No mesmo sentido: FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. *Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia – Considerações*, p.135: “A prisão preventiva somente pode ser decretada se o crime imputado for doloso (art. 313 do CPP). Isto é, se a criação ou aumento do risco ou a lesão ao objeto jurídico tutelado tenham sido livre e intencionalmente praticadas. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade. Somente nos crimes mais graves (dolosos) é que a medida mais dolorosa (privação da liberdade) pode ser decretada”.

⁶⁸ O artigo 44 do Código Penal Brasileiro enumera os requisitos cumulativos para a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos: pena aplicada não superior a 4 (quatro)

cautelar em observância ao princípio da proporcionalidade. Em outras palavras: se não existir *in casu* a probabilidade de condenação à pena privativa de liberdade e o perigo de o infrator colocar em risco a ordem jurídica, é inadmissível a prisão cautelar por faltar-lhe fundamento legal e constitucional, ou seja, por que não há legitimidade político-jurídica para restrição da liberdade antecipada⁶⁹. Conclui-se portanto que

“com efeito, a *prisão processual*, que já era restrita por sua excepcionalidade, está completamente afastada naquelas infrações penais que, teoricamente, podem receber uma pena alternativa. (...) Enfim, com a possibilidade de ser aplicada *pena restritiva de direitos* para condenações de até quatro anos, hoje, mais do que nunca, impõe-se o exame cauteloso da provável pena que, na hipótese de condenação, poderá ser aplicada. Essa prognose em benefício do cidadão é perfeitamente possível em razão do princípio da reserva legal, que possibilita saber antecipadamente a provável pena aplicável”⁷⁰.

Também por razões de proporcionalidade, não será admissível a prisão processual nos crimes dolosos cuja pena máxima cominada não seja superior a dois anos, pois são consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo⁷¹, sujeitas ao procedimento determinado pela lei dos Juizados Especiais Criminais, e portanto, à transação penal, medida que possibilita a aplicação imediata de uma pena não-privativa de liberdade. Da mesma forma, entende-se que o juiz deverá

anos se o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou em caso de crime culposos, independentemente do *quantum* de pena aplicada; réu não reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que a substituição seja suficiente. Se a pena cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a 1(um) ano, a substituição poderá ser por uma pena restritiva de direito e multa, ou por duas penas restritivas de direitos.

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte geral*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 505. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 385: “Com efeito, a prisão cautelar é utilizada, e somente aí se legitima, como *instrumento* de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente previstas em lei. Se a sua aplicação pudesse trazer conseqüências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente *punitiva*. **A proporcionalidade da prisão cautelar é, portanto, a medida de sua legitimação, a sua ratio essendi**” (grifos nossos).

⁷⁰ *Ibid.*, p. 505.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 578-585: Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais, todas as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a 2 (dois anos), independentemente de sua natureza dolosa ou culposa, ou de sua forma qualificada, simples ou privilegiada, ou ainda da previsão de procedimento especial. Trata-se de interpretação sistemática do autor dos artigos 61 da lei 9099/95 (Juizados especiais no âmbito da Justiça Estadual) e 2º, parágrafo único da lei 10.259/2001 (Juizados especiais no âmbito da Justiça Federal).

averiguar se, em tese, não seria o caso de suspensão condicional do processo (artigo 89, lei 9099/95) e de *sursis* (suspensão condicional da pena – artigo 77, Código Penal).

O art. 313 especifica nos incisos de I a III as hipóteses em que se admite a decretação da prisão processual nos crimes dolosos. Entende-se que apenas o inciso I contempla hipótese razoável de prisão cautelar: para os crimes dolosos punidos com reclusão. Os dois últimos incisos não justificam o encarceramento.

O inciso II prevê a prisão processual para os crimes dolosos punidos com detenção e acrescenta-lhe ainda duas outras hipóteses: quando se apurar que o réu é vadio, ou quando houver dúvidas quanto à sua identidade. Primeiramente, é ver que os crimes punidos com detenção são, em sua maioria, cominados com pena máxima não superior a dois anos, e que, portanto, serão, em regra, considerados infrações penais de menor potencial ofensivo sujeitas à aplicação de pena não-privativa de liberdade e, logo, não lhes deverão aplicar prisão cautelar por razões de proporcionalidade. Além disso, a execução da pena de crimes punidos com detenção se faz, de acordo com o artigo 33 do Código Penal, em regime semi-aberto e aberto, o que também torna desproporcional o emprego de prisão provisória.

A vadiagem – contravenção penal prevista no artigo 59 do decreto-lei 3688/1941⁷² – é critério valorativo estigmatizante e discriminatório, baseado em condição subjetiva pessoal do acusado. Trata-se de critério de definição da infração penal que adota uma concepção ontológica ou substancialista, onde o objeto de conhecimento não é o delito como conduta formalmente descrita na lei, mas sim a conduta do agente em si mesma imoral ou anti-social⁷³. Como tal, a contravenção penal de vadiagem ofende o princípio da estrita legalidade porque configura uma norma de caráter constitutivo, não-regulativo do fato punível, que pretende punir o indivíduo não diretamente pelo que ele fez, mas pelo que ele é⁷⁴, pelo seu *status* social e econômico. É ver que o artigo 14 da Lei de Contravenções

⁷² Artigo 59: “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.”

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 42.

⁷⁴ *Ibid.*

Penais presume o “vadio” como indivíduo perigoso⁷⁵. Ao criminalizar a conduta ociosa de quem não tem trabalho ou meios de se sustentar, ou de quem provém a sua subsistência mediante ocupação ilícita, em verdade, se está *criminalizando a pobreza*, ou seja, a situação de milhares de brasileiros que não têm a oportunidade de emprego lícito, que vivem sem trabalho e sem renda debaixo dos viadutos ou pedindo esmolas nas ruas, ou ainda daqueles que trabalham sem autorização competente ou regularização profissional, como os vendedores ambulantes⁷⁶.

É um completo absurdo que, nos dias atuais, ainda esteja em vigor o artigo 59 da Lei de Contravenções Penais, e mais absurda ainda a possibilidade de se decretar a prisão processual mediante alegação de vadiagem. Constata-se nessa questão como o esquema substancialista de direito penal autoritário é também decisionista em matéria de direito processual penal: compromete, ao mesmo tempo, as garantias penais da estrita legalidade, da materialidade e da lesividade, e as garantias processuais da presunção de inocência e da verificação e confrontação empírica da prova⁷⁷. O citado dispositivo legal não foi recepcionado pela Constituição Brasileira de 1988, que proclama, no *caput* do artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, e esta é a leitura que deve conduzir a interpretação do art. 313, inciso II do Código de Processo Penal, de forma a não admitir a prisão provisória com tal desiderato, que, além de discriminatório, não tem natureza cautelar.

A segunda hipótese do inciso II diz respeito à dúvida sobre a identidade do acusado ou indiciado, que não é fundamento proporcional à severidade da prisão como medida cautelar. Ora, na era tecnológica globalizada em que vivemos, não

⁷⁵ Artigo 14, decreto-lei 3688/41: “Presumem-se perigosos, além dos indivíduos a que se referem os ns. I e II do art. 78 do Código Penal:

(...)

II- o condenado por vadiagem ou mendicância.

⁷⁶ Sobre a contravenção de vadiagem: “Trata-se de uma norma legal draconiana, injusta e parcial. Destina-se apenas ao pobre, ao miserável, ao farrapo humano, curtido vencido pela vida. O pau-de-arara do Nordeste, o bóia-fria do Sul. O filho do pobre que pobre é, sujeito está à penalização. O filho do rico, que rico é, não precisa trabalhar, porque tem renda paterna para lhe assegurar os meios de subsistência. Depois se diz que a lei é igual para todos! Máxima sonora na boca de um orador, frase mística para apaixonados e sonhadores acadêmicos de Direito. Realidade dura e crua para quem enfrenta, diariamente, filas e mais filas na busca de um emprego. Constatação cruel para quem, diplomado, incursiona pelos caminhos da justiça e sente que os pratos da balança não têm o mesmo peso.” (Sentença de 27 de setembro de 1979 preferida pelo Exmo. Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal de Porto Alegre, RS, Moacir Danilo Rodrigues). In: <http://www.aurylopes.com.br/art0017.html>, acesso em 07-05-2007.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 101.

se pode admitir que o Estado tenha que prender uma pessoa por que não possui meios hábeis para identificá-la.

A hipótese do inciso III diz respeito à reincidência do imputado em crime doloso. Considera-se reincidente, para tal hipótese, o acusado ou indiciado pelo cometimento de crime doloso que já tiver sido condenado anteriormente por outro crime doloso através de sentença penal com trânsito em julgado, e se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o crime doloso posterior, não tiver decorrido tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação⁷⁸.

A reincidência é instituto que foi criado juntamente com os antecedentes criminais pela Escola Positivista no século XIX, como elemento característico de uma transformação da cultura penalista no sentido de, cada vez mais, rotular o infrator da lei penal como indivíduo perigoso que precisa ser controlado, disciplinado, transformado. Assim como os antecedentes, a reincidência não é circunstância objetiva relativa ao fato delituoso que se pretende punir; ela é circunstância pessoal, referente a fato ocorrido anteriormente, que é erigida como pressuposto de medidas preventivas, como nas hipóteses de prisão decorrente de pronúncia, de sentença penal condenatória recorrível e na prisão preventiva, além de ser também utilizada como circunstância que agrava a pena (artigo 61, I, Código Penal), e que impede a concessão de benefícios penais, como a suspensão condicional da pena (artigo 77, I, Código Penal), o livramento condicional (artigo 83, I, Código Penal), e a suspensão condicional do processo (artigo 89, lei 9099/95). É instituto que estigmatiza o réu, rotulando-o como indivíduo criminoso, e portanto, perigoso. No âmbito das prisões provisórias, ela determina uma presunção de periculosidade do indiciado ou acusado sem qualquer fundamento, uma vez que não se pode concluir que uma pessoa ofereça real perigo à sociedade simplesmente por que cometeu um crime anterior e que, em geral, não tem relação com o fato delitivo que lhe é imputado no presente, uma vez que a reincidência exige que a condenação pelo crime anterior já tenha passado em julgado. Logo, a necessidade de se decretar a prisão preventiva por que o réu é reincidente é simplesmente presumida pela lei, o que é inconstitucional face ao princípio de presunção de inocência.

⁷⁸ Em conformidade com o disposto nos artigos 63 e 64 do Código Penal.

Conclui-se, portanto, que o *fumus commissi delicti* deverá referir-se somente à existência de provável autoria de crime doloso punido com reclusão.

Com relação ao segundo requisito das medidas cautelares, também é errôneo afirmar que é exigível para a decretação de prisão cautelar o *periculum in mora*, definido correntemente como o perigo ou risco de, em razão do decurso do tempo, ou seja, da demora da prestação jurisdicional definitiva, o direito não mais existir ou não poder mais ser satisfeito. Esse conceito consolidado na processualística civil é adequado às medidas cautelares reais do processo penal, em que a demora da prestação jurisdicional pode acarretar a dilapidação do patrimônio do acusado, mas no tocante às cautelas pessoais privativas da liberdade, o perigo adquire outro caráter⁷⁹.

O perigo que faz necessário o emprego de prisões cautelares não diz respeito diretamente ao fator tempo, mas é provocado pela própria conduta do imputado em liberdade⁸⁰: diz-se então, com lastro na lei (art. 312 do Código de Processo Penal), que existe risco ou perigo para a ordem pública, ou para a ordem econômica, ou de o acusado fugir e frustrar a futura execução da condenação, ou ainda de destruir provas da acusação ou causar prejuízos ao normal andamento do processo. Diante desse pretense risco que decorre de uma *conduta concreta* do suspeito, indiciado ou acusado em liberdade e que, no entendimento majoritário, justifica o seu encarceramento antecipado, o correto é a utilização do termo *periculum libertatis* como *fundamento* da prisão cautelar⁸¹ e não simplesmente como seu requisito. Em outras palavras: o *periculum libertatis* é mais do que requisito da prisão cautelar; ele é a própria razão da necessidade de antecipação de uma medida extremamente gravosa, que importa na privação da liberdade de quem ainda não foi julgado definitivamente. O *periculum libertatis* é, portanto, o grande fator de legitimação da prisão cautelar.

O art. 312 do Código de Processo Penal elenca as hipóteses legais de *periculum libertatis*. Assim é que, na redação do citado dispositivo legal, a prisão provisória poderá ser decretada “como garantia da ordem pública, da ordem

⁷⁹ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 195.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 195 e 196. Acrescente-se que, ainda que o *periculum libertatis* decorra do caráter de urgência da medida e, portanto, não possa ser dissociado do fator tempo, este é de segunda ordem, uma vez que o perigo decorre imediatamente da conduta do imputado em liberdade.

⁸¹ *Ibid.*, p. 195.

econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

O rigor na análise do *periculum libertatis* exige que se esteja diante de *uma situação concreta* de perigo grave e fundado. Assim, ao contrário da averiguação do *fumus commissi delicti*, onde cumpre ao juiz verificar se existem nos autos provas da existência do crime e somente indícios que sinalizem a probabilidade da autoria, no que diz respeito ao *periculum libertatis*, o juiz não pode contentar-se com um juízo meramente probabilístico, sendo necessária uma avaliação mais aprofundada sobre os fatos e as circunstâncias que irão demonstrar a necessidade da medida. É, portanto, indispensável que sejam demonstrados cabalmente nos autos os fatos concretos que indiquem o perigo, e conseqüentemente, a necessidade da prisão cautelar. É nesse sentido que se pode afirmar que “a legitimidade da excepcional prisão provisória ou processual condiciona-se, portanto, à concreta demonstração do contexto fático revelador de sua necessidade”⁸².

Nas palavras de Aury Lopes Jr., “as medidas cautelares são, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática”⁸³. Portanto, desaparecendo a situação concreta de perigo, ou seja, o motivo concreto que a legitimava, a prisão cautelar deverá ser revogada. O art. 316 do Código de Processo Penal dispõe que, nesta hipótese, a prisão “poderá” ser revogada, no sentido da facultatividade da prisão cautelar tanto no que diz respeito à sua decretação quanto no que diz respeito à sua revogação. Entende-se, no entanto, que a facultatividade da medida diz respeito apenas à sua decretação. No momento em que se verifica que não mais subsistem os motivos que ensejaram a prisão cautelar, ou seja, que não mais existe a situação fática determinante do *periculum libertatis*, cumpre ao juiz obrigatoriamente mandar soltar o imputado, pois, em matéria penal, a dúvida deverá ser interpretada sempre em prol do réu. Ora, a prisão cautelar é medida excepcionalíssima; a regra é a liberdade de quem não foi definitivamente julgado. Cumpre assim, no momento da decretação da medida cautelar, o máximo rigor na análise dos seus pressupostos e fundamentos,

⁸² KARAM, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis. In: *Revista de Estudos Criminais*, ano 3, 2003, n. 11, parecer, p. 167.

⁸³ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 197.

assim como no decorrer do processo, a fim de se verificar se eles subsistem. Como na prisão cautelar exige-se apenas um juízo meramente probabilístico acerca da autoria do delito e não um juízo de certeza, não se pode exigir do juiz a obrigatoriedade de decretação de uma medida tão gravosa. Além disso, conforme será exposto de maneira mais detalhada no próximo capítulo, o juiz tem que se valer de um critério de proporcionalidade para averiguar a necessidade do encarceramento provisório, o que importa numa investigação aprofundada acerca de concreta situação de *periculum libertatis*.

Para que a prisão provisória tenha natureza cautelar, é fundamental analisar os seus fundamentos legais, ou seja, as hipóteses de *periculum libertatis* elencadas na lei, a fim de verificar se elas se revestem da função instrumental indispensável a toda medida cautelar. Conforme já citado alhures, o provimento cautelar é sempre instrumental na medida em que, consoante a lição consagrada de Piero Calamandrei, ele é um instrumento a serviço do instrumento. Assumindo o processo sempre uma função instrumental em relação ao direito material (escopo jurídico do processo), o provimento cautelar, por sua vez, assume juridicamente a instrumentalidade qualificada de tutelar o processo e a eficácia de um futuro provimento definitivo. De acordo com esse entendimento, é possível então concluir que, no âmbito penal, são cautelares as medidas destinadas a tutelar o processo penal, garantindo o seu regular desenvolvimento e também a eficaz aplicação do *jus puniendi*, ou em outras palavras, quando houver

“comprovação de duas situações fundamentalmente processuais: toda vez que a liberdade do acusado puser em risco o conteúdo de verdade que o processo penal terá que buscar, ou vier a inviabilizar a aplicação da lei penal, deixando em perigo a efetivação da sanção criminal”⁸⁴.

Portanto, a prisão provisória só terá natureza cautelar se assume essa restrita função de servir como instrumento para a realização do processo ou para garantia de seus resultados, não devendo jamais assumir uma função penal de punição.

No entanto, o art. 312 do Código de Processo Penal, ao elencar as hipóteses de *periculum libertatis*, não confere à prisão provisória apenas

⁸⁴ PRADO, Geraldo. *Prisão e liberdade no Processo Penal Brasileiro*. In: www.direitosfundamentais.com.br, acesso em 02-02-2005.

finalidades instrumentais. Ao estabelecer que a prisão preventiva poderá ser decretada “por conveniência da instrução criminal” e “para a aplicação da lei penal”, o legislador certamente assegura à prisão objetivos instrumentais, o que confere, em tese, cautelaridade à mesma.

No entanto, quando prevê a possibilidade de prisão “para garantia da ordem pública ou da ordem econômica”, os objetivos deixam de ser instrumentais e a prisão provisória assume fins extraprocessuais. Além disso, na prática, a distinção entre prisão como sanção e prisão como instrumento processual não é em geral visível tanto que o legislador prevê a detração do tempo da prisão provisória (Código Penal Brasileiro, art. 42) e determina a aplicação das normas de execução ao preso provisório (lei 7210/84, art. 2º, parágrafo único).

A prisão provisória com a finalidade de garantir a instrução criminal tem, em tese, finalidade instrumental. A doutrina e a jurisprudência entendem que quando existe o perigo de o acusado ou indiciado causar prejuízos ao regular andamento do processo penal, seja intimidando ou ameaçando testemunhas, seja destruindo provas documentais ou os vestígios do crime, a prisão é necessária para acautelar a persecução penal e o material probatório da acusação. Também se alega que a prisão “por conveniência da instrução criminal” se encaixa na hipótese de risco de não comparecimento do réu aos atos instrutórios. Nessas hipóteses, a prisão assumiria a natureza de medida cautelar instrumental.

Da mesma forma, a prisão provisória para garantia da aplicação da lei penal também tem, em tese, objetivo instrumental, assumindo a natureza de medida cautelar final, uma vez que visa acautelar a eficácia de uma futura sentença condenatória. A hipótese encaixa-se no perigo de fuga do imputado, tendo, pois, o objetivo de evitar que o imputado frustrasse a execução da pena.

Nestas duas hipóteses legais de prisão cautelar – como cautela instrumental e como cautela final –, impõe-se o máximo rigor na verificação dos fatos concretos, notadamente da conduta do agente, que determinem verdadeiro e sério risco da liberdade do imputado para a efetividade da jurisdição penal (*periculum libertatis*), de forma que, conjuntamente à existência de provas materiais do crime e de indícios da autoria (*fumus commissi delicti*), a prisão cautelar seja decretada como verdadeira medida cautelar excepcional, ou seja, para que ela deixe de ser hipoteticamente instrumental e passe a sê-lo também concretamente.

No entanto, o que se vê no Brasil é uma banalização das prisões cautelares e não a sua decretação de forma excepcional, de maneira que se consagra “o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.”⁸⁵. É ver que, assim, a prisão perde a sua natureza cautelar de instrumento do processo e torna-se uma medida de polícia inadmissível no ordenamento jurídico-constitucional pátrio.

Por outro lado, a prisão provisória para “garantia da ordem pública ou da ordem econômica” não tem, nem mesmo hipoteticamente, natureza cautelar. Tais fundamentos deslegitimam a prisão enquanto medida cautelar, uma vez que sua finalidade não é instrumental. A doutrina e a jurisprudência identificam frequentemente com os objetivos de garantia da ordem pública ou da ordem econômica, as mais variadas finalidades: de imediata reação ao delito (prisão como exemplo); para satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; para aplacar o alarme social provocado pelo crime, contribuindo para a credibilidade da justiça; por que o réu é perigoso; para evitar que o réu pratique novos delitos.

Conforme será melhor explicado no capítulo 5, a prisão nas hipóteses supra-indicadas não é cautelar, mas sim uma antecipação da punição ditada por razões de ordem substancial e não instrumental, pressupondo um reconhecimento da culpabilidade do imputado contrária à garantia constitucional da presunção de inocência. É alarmante constatar ainda que a previsão legal de prisão processual para garantia da ordem pública e da ordem econômica dá margens para que ela seja utilizada, em conformidade com uma tendência mundial, para a finalidade política, simbólica e imediata de combater a criminalidade, transformando a prevenção de delitos numa regra comum e ordinária do processo penal.

Pode-se então concluir que

“Situando-se, assim, nos limites entre o direito processual e o direito material, a prisão cautelar constitui, na verdade, um poderoso instrumento a serviço do aparato punitivo estatal, refletindo quase sempre uma opção deliberada do

⁸⁵ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, pp. 42 a 43, onde se relata a existência no Brasil de mais de 75 mil pessoas presas aguardando julgamento.

legislador pelo emprego de instrumentos processuais com finalidades intimidatórias e repressivas.”⁸⁶

4.4

Considerações sobre a cautelaridade nas modalidades de prisão provisória previstas no ordenamento jurídico brasileiro

O objetivo do presente trabalho é especificamente a análise crítica dos requisitos e fundamento das prisões provisórias, o que, conseqüentemente, implica em conferir especial ênfase ao estudo dos pressupostos e, principalmente, dos fundamentos da prisão preventiva contemplados no artigo 312 do Código de Processo Penal. No presente capítulo, tais pressupostos e fundamentos foram delineados enquanto requisitos necessários à cautelaridade das prisões provisórias, e que serão objeto de análise mais aprofundada no capítulo seguinte.

Não obstante, existem determinadas particularidades de cada espécie de prisão provisória contemplada no ordenamento jurídico brasileiro que não podem deixar de ser discutidas aqui, dada a relevância de questões que dizem respeito diretamente à discussão do tema no plano teleológico, ou seja, de sua natureza e finalidade cautelar, e também à luz dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.

i) A prisão em flagrante

Os aspectos da prisão em flagrante que serão analisados aqui se restringirão àqueles que dizem respeito à sua caracterização como medida cautelar, de forma que não será objeto de estudo as demais particularidades de seu tratamento legal e doutrinário.

De acordo com o artigo 302 do Código de Processo Penal, considera-se em flagrante delito o indivíduo que é surpreendido cometendo a infração penal, ou acabando de cometê-la. A primeira hipótese caracteriza realmente a situação de flagrância – a palavra flagrante vem do latim *flagrans*, *flagrantis*, que significa ardente, crepitante – ou seja, de “visibilidade incontestável da prática do fato

⁸⁶ Ibid., p. 60.

delituoso”⁸⁷. No entanto, ambas as hipóteses são consideradas situações de flagrante próprio, pois há, entre a prática da infração e a prisão uma relação de quase absoluta imediatidade⁸⁸.

O artigo 302 considera ainda outras duas hipóteses de flagrante delito, que são classificadas como flagrante impróprio: quando o indivíduo é perseguido, logo após o cometimento da infração, pela autoridade policial, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor do delito; e quando o indivíduo é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser o autor da infração. É ver que as hipóteses de flagrante impróprio baseiam-se em fatos – a fuga e a posse dos instrumentos do crime ou outros objetos a ele relacionados – que a lei indica como situações em que se presume a autoria delitiva.

O ato de prender em flagrante não passa de simples ato administrativo levado a efeito, em geral, pela Polícia Judiciária incumbida de zelar pela ordem pública, e, ainda que seja efetivada por particular⁸⁹, ela continua tendo esta natureza administrativa, pois o cidadão estará exercendo um direito público subjetivo de natureza política⁹⁰.

A partir do momento em que o juiz, comunicado em 24 (vinte e quatro) horas do ato de prisão flagrante, resolve manter o encarceramento, a prisão, de ato administrativo, deverá assumir a natureza de prisão cautelar, e, para tanto, será imprescindível justificar a necessidade de sua manutenção. É quando a prisão em flagrante convola-se em prisão preventiva, que deverá ser fundamentada pelo juiz nos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal⁹¹.

Em relação ao *fumus commissi delicti*, em geral a flagrância é idônea a evidenciar a existência do crime e a autoria. Ainda que as hipóteses de flagrante impróprio não sejam aptas a determinar precisamente a autoria delitiva, os fatos que a lei descreve como indicadores de uma presunção de autoria, são suficientes para fornecer o juízo de probabilidade acerca da mesma, que é o exigível em matéria cautelar.

⁸⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 394.

⁸⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol 3. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 387.

⁸⁹ O artigo 301 do Código de processo Penal dispõe que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

⁹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 379.

⁹¹ Assim exige o artigo 310, parágrafo único do Código de Processo Penal com redação determinada pela lei 6416/1977.

No entanto, é difícil identificar a cautelaridade desta espécie de prisão no que tange ao *periculum libertatis*. Assim, ainda que esteja presente o *fumus commissi delicti*, nem sempre estará justificada a prisão⁹². É imprescindível que o juiz justifique a prisão na estrita e inequívoca necessidade do encarceramento como instrumento para a realização do processo penal ou para garantir a realização dos seus objetivos, baseando-se, para tanto, em fatos concretos que demonstrem efetivamente que a situação de liberdade do indiciado ou acusado durante o processo ou inquérito oferece grave perigo para a persecução penal ou para a efetivação do provimento final. Do contrário, a prisão não terá natureza cautelar, constituindo uma modalidade arbitrária e abusiva de manutenção automática do ato administrativo da prisão em flagrante.

ii) A prisão decorrente de pronúncia, de sentença penal condenatória recorrível e como condição para apelar

O artigo 408 do Código de Processo Penal determina que, uma vez terminada a primeira fase do procedimento dos crimes contra vida, se o juiz estiver convencido da existência do crime e de indícios de sua autoria, deverá pronunciar o réu de maneira fundamentada a fim de se dar início à segunda fase do procedimento (Júri). O citado dispositivo, em seu §2º, exige como corolário da decisão de pronúncia, a decretação da prisão do réu ou a manutenção desta, exceto se o mesmo for primário e de bons antecedentes, quando então poderá deixar de decretar a prisão ou revogá-la.

Da mesma forma, o artigo 393, inciso I, do mesmo diploma legal impõe que a prisão ou a sua manutenção (nas infrações inafiançáveis como nas afiançáveis, enquanto não prestar fiança) é efeito da sentença condenatória recorrível, e o artigo 594 determina que o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, ou condenado por crime de que se livre solto⁹³.

⁹² FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*.

⁹³ O artigo 321 do Código de Processo Penal determina quais são as hipóteses em que o réu se livra solto após a sentença condenatória, independentemente de fiança:

“I – no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade;

II – quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a 3 (três) meses”.

As citadas normas prevêem hipóteses de prisão provisória *obrigatória* em decorrência de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, vinculadas aos critérios subjetivos da reincidência e dos maus antecedentes. É ver que a redação do artigo 408, *caput* e §2º e do artigo 594 foi determinada pela lei 5941/1973, a denominada Lei Fleury, responsável pela introdução dos conceitos de primariedade e de bons antecedentes na disciplina da prisão processual, o que, embora possa a princípio parecer benéfico, foi notoriamente ditado por momentânea conveniência ditada por interesses de funcionários de alta hierarquia policial acusados de homicídio⁹⁴.

A doutrina e jurisprudência pátrias têm firmado entendimento de que as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível são cautelares, desde que no momento da sua decretação estejam presentes aqueles requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal para a prisão preventiva. No entanto, pela leitura dos dispositivos legais supracitados, verifica-se que não há qualquer previsão expressa de vinculação da prisão decorrente de pronúncia e de sentença condenatória recorrível aos requisitos do artigo 312⁹⁵ ou qualquer alusão à necessidade cautelar dessas modalidades de prisão⁹⁶. Como já observado alhures, é fundamental a observância do princípio da estrita legalidade em matéria de prisão, de maneira que todas as hipóteses de encarceramento, como pena ou não, deverão ser determinadas de forma expressa, determinada e clara.

O que se depreende dos artigos mencionados é que os requisitos para a decretação das prisões citadas são os maus antecedentes e a reincidência (ou “não-primariedade”) do réu pronunciado ou condenado por sentença recorrível, que não são critérios idôneos para determinar a existência ou não da necessidade cautelar⁹⁷. Os critérios subjetivos dos maus antecedentes e da reincidência do réu não conferem à prisão natureza cautelar porque não são elementos objetivos baseados em fatos concretos verificáveis nos autos como capazes de por em risco a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. São dados subjetivos, que não são

⁹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 62.

⁹⁵ Ao contrário da manutenção da prisão preventiva, cuja norma inserida no parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal exige expressamente a presença de “qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)”.

⁹⁶ FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. *Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia – Considerações*, p. 146.

⁹⁷ *Ibid.*, p.147.

definidos expressamente pela lei, mas somente indicados por ela, e que determinam a estigmatização do réu.

Consoante César Roberto Bitencourt, deve-se entender por antecedentes os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus⁹⁸. Como a expressão é fluida, aberta, indeterminada, a jurisprudência indica hipóteses absurdas de “maus antecedentes” como “inquéritos instaurados e processos criminais em andamento”, “absoluções por insuficiência de provas”, “prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes”⁹⁹, que são hipóteses inadmissíveis, uma vez que violam o princípio constitucional de presunção de inocência. Assim, em respeito à presunção de inocência, só podem ser considerados “maus antecedentes” as decisões condenatórias irrecorríveis¹⁰⁰, ainda que se entenda que tal critério jamais deveria existir como pressuposto de medida cautelar. Por outro lado, é primário o réu que não é reincidente, ou seja, aquele indivíduo que, ainda que tenha respondido a inquéritos criminais, sido processado criminalmente, e até mesmo condenado, não o tenha sido por sentença condenatória irrecorrível, de acordo com o que prescreve os artigos 63 e 64 do Código Penal¹⁰¹.

Ainda que no momento da decretação da pronúncia e especialmente da sentença condenatória recorrível, já exista mais do que *fumus commissi delicti*, ou seja, mais do que probabilidade da autoria da infração penal¹⁰², não se pode

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte geral*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 554.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid., p. 555: “Com efeito, sob o império de uma nova ordem constitucional, e ‘constitucionalizando o direito penal’, somente podem ser valoradas as ‘maus antecedentes’ decisões condenatórias irrecorríveis. Assim, quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal, não podem ser valorados como maus antecedentes”. No mesmo sentido: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 617.

¹⁰¹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito Penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 716: “A noção de primariedade que, na legislação anterior, colocou-se da mesma forma relevante, em face da nova parte geral perdeu toda a sua importância. Interpretando os dispositivos legais mencionados, chega-se à conclusão de que primário é o indivíduo que não é reincidente. (...) A prática de vários crimes em curto espaço de tempo, via de regra, não gera reincidência, já que não há tempo útil para que ocorra decisão condenatória com trânsito em julgado antes da reiteração da conduta delitiva”.

¹⁰² Como explica Maria Lúcia Karam, na prisão processual decorrente de sentença condenatória, não há mais que se falar do requisito *fumus boni iuris*, que aqui denominamos *fumus commissi delicti*, uma vez que a cognição realizada até a condenação não mais expressa um juízo de verossimilhança acerca da existência do direito alegado pelo autor da ação penal condenatória, ou, como preferimos, de verossimilhança da autoria do crime. No entanto, a autora conclui que a prisão cautelar não pode estar vinculada à superveniência da sentença condenatória, “mas sim à permanência ou não da situação de risco à realização ou satisfação da pretensão veiculada no processo principal”: KARAM, Maria Lúcia. *Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis*, p. 169.

simplesmente presumir a partir dos maus antecedentes ou da reincidência do réu pronunciado ou condenado, que exista perigo de o mesmo empreender fuga (hipótese de *periculum libertatis*)¹⁰³, uma vez que o perigo deverá basear-se em fatos concretos e não em meras presunções. A única presunção admitida no processo penal cautelar é a de inocência¹⁰⁴ que, em verdade, é uma garantia processual, ou ainda, um princípio orientador de todo o processo penal. E nem se diga que o réu pronunciado ou sentenciado deve ser preso porque seus maus antecedentes ou reincidência indicam que o mesmo em liberdade poderá reiterar a prática de crimes, pois as prisões cautelares não se destinam à prevenção especial de infrações penais.

Como fica evidente que tais prisões obrigatórias, da forma como estão previstas do Código de Processo Penal, não têm natureza cautelar, é manifesta a sua incompatibilidade com o princípio de presunção de inocência enquanto regra de juízo e principalmente enquanto regra de tratamento do imputado, sendo inarredável concluir que os artigos 393, inciso I, 408 e 594 do Código de Processo Penal não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. Conseqüentemente, não se pode decretar prisão cautelar com fundamentos nos artigos 408, §2º e 594, mas *somente* no artigo 312¹⁰⁵, de maneira que, se no momento da pronúncia ou da decisão condenatória recorrível, o magistrado verificar que fatos concretos demonstram sério risco para a realização futura da pretensão punitiva, a prisão daí decorrente será cautelar¹⁰⁶. O que se deve ter em vista é que toda e qualquer prisão antes da decisão condenatória com trânsito em julgado só será cautelar se baseada na estrita necessidade de acautelar uma situação concreta de perigo para a eficácia do processo penal, e os antecedentes ou a reincidência do réu não são idôneos para esta averiguação.

Por outro lado, além da necessidade de desvincular a prisão cautelar dos requisitos subjetivos dos antecedentes e da reincidência, também é fundamental

¹⁰³ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. O recolhimento à prisão como pressuposto de admissibilidade do recurso – art. 594 do CPP – e sua alegada inconstitucionalidade. Jurisprudência comentada. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 1, n. 4, outubro-dezembro de 1993.

¹⁰⁴ KARAM, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis, p. 168.

¹⁰⁵ Assim, a correta interpretação que se deve dar à Súmula 09 do Superior Tribunal de Justiça – “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” – é de que só não haverá tal ofensa se estiverem presentes no caso concreto os requisitos que autorizam a prisão preventiva – artigo 312 do Código de Processo Penal.

¹⁰⁶ GOMES, Luis Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

desvincular a prisão cautelar do direito de apelar ou de aguardar o julgamento do júri em liberdade¹⁰⁷. A prisão cautelar não pode ser uma condição para tais direitos. Estabelecer que a prisão é condição para o pronunciado aguardar em liberdade o julgamento pelo Tribunal do Júri ofende o princípio de presunção de inocência. Condicionar o direito de apelar à prisão significa violar o direito constitucional de ampla defesa, com os meios e *recursos* a ela inerentes¹⁰⁸, que inclui, portanto, o direito ao acesso ao duplo grau de jurisdição, expressão do devido processo legal¹⁰⁹. Sendo a apelação um direito constitucional impostergável¹¹⁰, o artigo 594 do Código de Processo Penal deveria ser revogado por sua manifesta incompatibilidade com a Lei Maior. Portanto,

“definitivamente devemos admitir a separação, por força da legislação em vigor, entre a prisão cautelar e os direitos de aguardar o julgamento em liberdade, de apelar ou de recorrer para Tribunais Superiores. A prisão cautelar tem disciplina jurídica específica, pode ser decretada em qualquer fase do processo, desde que necessária para garantia do seu resultado, mas não pode ser ‘condição’ de nenhum direito público subjetivo do acusado previsto irrestritamente na Constituição Federal”.¹¹¹

Posição muito discutida e polêmica é a de Afrânio Silva Jardim, que entende que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível não tem natureza cautelar e sim de execução provisória da pena.

Uma execução é provisória quando pendente uma impugnação da sentença mediante recurso recebido apenas em seu efeito devolutivo¹¹². No Código de Processo Penal atribui-se, em regra, ao recurso de apelação apenas o efeito devolutivo, uma vez que os artigos 393, I e 669 do citado diploma legal

¹⁰⁷ Ibid., pp.104 e segs.

¹⁰⁸ Artigo 5º, LV, Constituição Federal de 1988: “Aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Artigo 8, 2, “h”, Pacto de São José da Costa Rica: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...) h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

¹⁰⁹ GOMES, Luis Flávio. *Direito de apelar em liberdade*, pp. 104 e segs. No mesmo sentido KARAM, Maria Lúcia. *Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis*, p. 170.

¹¹⁰ GOMES, Luis Flávio. *Prisão cautelar versus direito de apelar* (STJ assume importantíssima posição garantista). In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 61, ano 5, dezembro de 1997.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Artigo 587 do Código de Processo Civil Brasileiro (lei 5869/1973): “A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo”.

determinam que a prisão é efeito imediato da sentença condenatória recorrível, e o artigo 594 determina, como exceção, as hipóteses em que a apelação tem eficácia suspensiva (quando o réu for primário e de bons antecedentes)¹¹³. Com base nesses dispositivos, tem-se entendido que a sentença condenatória por conter um juízo positivo sobre a consistência da acusação, teria como consequência natural a prisão do réu para execução provisória da pena privativa de liberdade imposta¹¹⁴. Nas palavras de Afrânio Silva Jardim,

“Tal entendimento em nada prejudica o réu, muito pelo contrário. Ao concebermos que a sua prisão, na hipótese estudada, não tem a natureza cautelar, mas sim de execução provisória da pena, permitimos que todos os benefícios da nova Lei de Execução Penal lhe sejam aplicados, inclusive a incidência imediata do regime aberto de cumprimento de pena, se assim estiver previsto na sentença, que já estará sendo executada”¹¹⁵.

No entanto, este entendimento colide frontalmente com o princípio constitucional de presunção de inocência, que determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Admitir que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível pode ser executada, é admitir que antes do trânsito em julgado, ou seja, da definitividade da sentença condenatória, já existe uma pena e não uma medida cautelar, e, conseqüentemente, que o princípio de presunção de inocência só tem incidência no campo probatório, ou seja, para determinar os ônus probatórios e no momento da sentença para dirimir dúvida em prol do réu. Isso é inadmissível, uma vez que o princípio de presunção de inocência não é apenas regra de juízo, mas regra de tratamento do imputado durante todo o processo penal, determinando que ele não poderá ser equiparado ao culpado até a sentença definitiva¹¹⁶.

Com razão argumenta Francis Beck que qualquer que seja o benefício da Lei de Execuções Penais, não poderá compensar a privação da liberdade antes da condenação definitiva. Além disso, sempre existe uma grande possibilidade de tal

¹¹³ KARAM, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis, p. 171.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*.

¹¹⁶ Conforme bem explica Faggioni, a presunção de inocência como princípio constitucional “deve determinar toda a produção legislativa e atuação do operador do sistema penal. Daí não é admissível, por se tratar de reducionismo incompatível com a idéia de princípio, ser ele tido como mera regra de distribuição dos ônus e da análise da prova”: FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia – Considerações, p.149.

modalidade de prisão não ser considerada *in casu* pelo juiz como execução provisória da pena, hipótese em que

“ao não incidirem os dispositivos da LEP, poderá ainda restar violado o princípio da proporcionalidade, sempre que o réu for preso em virtude do cometimento de delitos que, pela graduação da pena, permitiriam o início de cumprimento da pena em regime aberto ou semi-aberto, ou ainda, ensejassem a possibilidade de *sursis* ou substituição da pena privativa de liberdade.”¹¹⁷

Existem ainda outros dispositivos legais inseridos nas leis 8072/90 (crimes hediondos), 9.034/95 (crime organizado) e 9613/98 (crimes de lavagem de dinheiro e contra o sistema financeiro), que vedam a liberdade provisória do réu condenado por sentença recorrível ou que vedam o direito do réu a apelar em liberdade¹¹⁸, sem estabelecer quais seriam os fundamentos para tais vedações, a não ser a gravidade óbvia das infrações penais. No entanto, a gravidade do crime não pode ser o único critério para aferir a necessidade da prisão provisória, uma vez que tal necessidade surge diretamente através do comportamento do réu ensejador de *periculum libertatis* no presente, e não com base na infração penal cometida no passado¹¹⁹. Logo, tais dispositivos legais afrontam o princípio de presunção de inocência, e portanto, são inconstitucionais¹²⁰. Embora em sede de tutela antecipada, o Supremo Tribunal Federal tem sinalizado a inconstitucionalidade dos artigos das apontadas leis 9034/95 e 9613/98¹²¹.

¹¹⁷ BECK, Francis. Apontamentos críticos sobre a prisão provisória no direito processual penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*, ano 1, 2001, n. 04, p. 86.

¹¹⁸ Lei 8072/90, artigo 2º - “Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...) II – fiança e liberdade provisória”.

Lei 9034/95, artigo 7º - “Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa”; artigo 9º - “O réu não poderá apelar em liberdade nos crimes previstos nesta Lei”.

Lei 9613/98, artigo 3º - “Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”.

¹¹⁹ CASTRO, Élcio Pinheiro de. Prisão cautelar. In: *Revista dos Tribunais*, ano 95, volume 844, fevereiro de 2006, p. 728.

¹²⁰ KARAM, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis, p. 170.

¹²¹ CASTRO, Élcio Pinheiro de. Prisão cautelar. In: *Revista dos Tribunais*, ano 95, volume 844, fevereiro de 2006, p. 729: “Recentemente, o STF, por sua nova composição, retomou o julgamento da questão suscitada pelo Min. César Peluzo na Rcl. 2391 em medida cautelar do Paraná, onde se discute (em face do princípio de presunção de inocência) a constitucionalidade dos arts. 9º da apontada Lei 9034/95 (...) e 3º da Lei 9613/98 (...). O Min. Gilmar Mendes, acompanhando os votos dos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluzo, proferiu voto vista favorável à concessão do *habeas corpus* de ofício e **declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 9º da lei 9034/95, emprestando ao art. 3º da lei 9613/98 interpretação conforme a Constituição**, no

iii) A prisão temporária

A lei 7960/1989 contempla modalidade de prisão provisória a ser decretada pelo juiz nos termos do artigo 1º : I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento da sua identidade; III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, raptó violento, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, todos do Código Penal, além dos crimes de genocídio, tráfico de drogas e contra o sistema financeiro¹²².

A prisão temporária foi instituída através de medida provisória baixada pelo Presidente da República e depois convertida na lei 7960/89, e daí advém a primeira crítica ao instituto. Tratando-se de diploma normativo que cuida de restrição ao direito de liberdade, impõe-se que o início do processo legislativo se dê através de projeto de *Lei*, elaborado de acordo com as formas e o processo constitucionalmente estabelecidos, e não de Medida Provisória, de competência do Chefe do Poder Executivo. Sobre a inadmissibilidade de Medida Provisória em matéria penal e processual penal, leciona com propriedade Alberto Silva Franco:

“Se o Estado Democrático de Direito, criado pela CF/88 (art. 1º), é um Estado de Direitos e Garantias Fundamentais; se, entre tais garantias, se inclui a de que todo cidadão só poderá ser despojado de sua liberdade pessoal se, *por lei*, sua conduta for anteriormente prevista e sua pena previamente cominada; se, também deve ser regrado, *por lei*, todo mecanismo de coerção pessoal no processo; se se considera *lei* o ato normativo procedente do Poder Legislativo, elaborado segundo a forma e o processo constitucionalmente prescritos, a medida provisória, que verse sobre a matéria penal ou a respeito de limitações da liberdade pessoal, no curso do processo ou fora dele, constitui instrumento totalmente inadequado para tais

sentido de que o juiz, na hipótese de sentença condenatória, fundamente sobre a existência ou não dos requisitos para a prisão cautelar, ou seja, diga se está ou não presente qualquer dos pressupostos do apontado art. 312 do CPP”(grifos nossos).

¹²² Discute-se na doutrina e na jurisprudência se a prisão temporária seria cabível em qualquer das hipóteses elencadas nos incisos do artigo 1º, aplicados, portanto, de forma alternativa, ou se os incisos deverão, ao contrário, ser aplicados de forma cumulativa. O entendimento mais racional é o de que é sempre necessária a presença do inciso III, que trataria do requisito *fumus commissi delicti*, cumulado com qualquer um dos outros, que explicitam as razões do *periculum libertatis*. No entanto, entende-se que tais requisitos não são, nem alternados nem cumulados, fundamentos de medida cautelar.

finalidades e sua adoção atrita, de modo manifesto, com as normas constitucionais ensejando uma insuportável violação ao Estado Democrático de Direito”¹²³.

Não obstante, ainda que bastasse esse vício de origem para que se declarasse a inconstitucionalidade da prisão temporária, constata-se que o instituto se afasta da necessária natureza cautelar que deverá revestir-se toda prisão antes de condenação definitiva, inobservando princípios e regras constitucionais¹²⁴.

Primeiramente, verifica-se que a prisão temporária impõe-se a indivíduos simplesmente *suspeitos* da prática de crimes graves, uma vez que, em regra, na fase de inquérito policial ainda não existe imputação¹²⁵, mas apenas um juízo de mera *possibilidade* da materialidade e autoria delitivas, e que por isso mesmo serão investigadas. Ora, o *fumus commissi delicti* exige mais do que mera *possibilidade* da autoria de crime; exige um juízo de *probabilidade* acerca da mesma e que só poderá ser realizado ao menos, no momento em que, findo o inquérito, o Delegado de Polícia possa então fornecer ao Ministério Público informações que lhe dê condições de imputar ao pretense suspeito a autoria do fato delitivo descrito nos autos do inquérito. O artigo 1º, inciso III menciona a necessidade de “fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação” nos crimes ali elencados, mas isso não é, em regra, possível durante o inquérito policial, até porque a busca de tais razões é a finalidade do mesmo. Ainda que a autoridade policial antes mesmo de proceder a maiores investigações, tenha em mãos elementos objetivos suficientes para requerer ao juiz a prisão como cautela, não será necessária decretação de prisão temporária, haja vista que o Código de Processo Penal, no artigo 311, já prevê hipótese de prisão preventiva também na fase do inquérito policial¹²⁶.

Há então que se perguntar quais são as finalidades da prisão temporária a ser decretada na fase de inquérito policial uma vez que, para que seja de fato necessária, terá que se fundar em motivo sério e grave ensejador de *periculum*

¹²³ FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 22-25.

¹²⁴ KARAM, Maria Lúcia. Prisão e liberdade processuais, p. 89.

¹²⁵ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Considerações sobre a prisão cautelar. In: *Revista dos Tribunais*, ano 89, vol.773, março de 2000, p. 465: falta à prisão temporária, segundo o autor, “o pressuposto material de toda medida cautelar, a imputação”.

¹²⁶ Artigo 311, Código de Processo Penal: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”.

libertatis não contemplado no Código de Processo Penal para a prisão preventiva. Os incisos II e III do artigo 1º da lei 7960/89 determinam que caberá prisão temporária quando imprescindível para as investigações do inquérito policial e quando o indiciado não tem residência fixa ou não fornece elementos necessários à sua identificação. Ora, nenhum desses motivos é razoável para se decretar a prisão antes da condenação definitiva. Primeiramente, não se pode decretar a prisão de um suspeito com o fim de obrigá-lo a colaborar com as investigações do inquérito policial, uma vez que, em decorrência do seu direito ao silêncio constitucionalmente assegurado, o indiciado ou o mero suspeito também não pode ser compelido ao interrogatório ou a participar de acareações e reconstituições. Se o indiciado ou suspeito estiver obstaculizando a produção de provas, já existe a previsão de “prisão preventiva por conveniência da instrução criminal”. A hipótese de o réu não ter residência fixa ou não fornecer elementos para a sua identificação não são obviamente motivos razoáveis de *periculum libertatis*, pois em verdade, não indicam, como pode superficialmente parecer, perigo de que o suspeito ou indiciado possa fugir¹²⁷. Além disso, as pessoas não podem ser presas simplesmente porque o Estado não tem competência para identificá-las.

O que se pode concluir é que a prisão temporária é modalidade de encarceramento que se afasta da necessária natureza cautelar, só podendo servir mesmo ao fim de *averiguações policiais*, procedimentos arbitrários muito comuns ao tempo da ditadura militar. Assim, além da ausência da cautelaridade, a prisão temporária dá margens a toda sorte de arbitrariedades e abusos de poder por parte das autoridades policiais, muitas vezes chegando a graves violações aos direitos humanos, como a prática da tortura. Apesar de exigir a fundamentação do juiz competente (artigo 2º, § 2º, lei 7960/89), repetindo a exigência constitucional, a previsão legal de prisão temporária poderá ainda permitir o seu deferimento com base exclusiva na afirmação de imprescindibilidade feita pela autoridade policial¹²⁸.

¹²⁷ Há ainda que considerar que tais “argumentos são por demais frágeis, especialmente em um país desigual – em que muitos sequer dispõem de uma residência – e extremamente lento, arcaico e burocratizado no que tange aos serviços públicos de identificação”: BECK, Francis. Apontamentos críticos sobre a prisão provisória no direito processual penal brasileiro, p. 85.

¹²⁸ CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar. Prisões cautelares – o uso e o abuso. In: *Revista do Tribunal*, ano 83, vol. 703, maio de 1994, p. 268.

5

A deslegitimação da prisão provisória

5.1

Considerações históricas: um novo olhar sobre a prisão provisória enquanto instrumento de poder disciplinar

A história evidencia que a primeira forma de privação da liberdade não tinha função punitiva e sim de garantir a execução da pena. Assim, “a custódia do acusado para assegurar a aplicação de sanções punitivas antecede historicamente à própria pena privativa de liberdade”¹, esta que, por sua vez, remonta ao direito eclesiástico e torna-se a pena por excelência somente no limiar da modernidade, ou seja, na virada do século XVIII para o século XIX.²

Em Roma, o cárcere era utilizado para assegurar a presença dos réus (em geral, indivíduos de classe social inferior ou estrangeiros) no processo e como garantia de futura aplicação de pena de morte³.

Na Idade Média, o poder de prisão se manifestava de duas formas diferentes: como ante-sala dos suplícios, ou seja, como forma de “guardar” a pessoa do acusado antes do julgamento e da aplicação da pena propriamente dita (em geral, a de morte, as penas corporais e infamantes)⁴ e como punição extraprocessual, manifestada através das *lettres de cachet*, verdadeira aplicação de pena sem julgamento⁵.

A *lettre de cachet* era um instrumento para-judiciário, muito utilizado na França pela monarquia absoluta para fins de punição. Consistia numa ordem do rei para mandar prender, por tempo indeterminado e até que se corrigissem, pessoas que não se adequavam à moral da época, acusadas de devassidão, bebedeira, adultério, sodomia etc, ou que eram consideradas perigosas, como os

¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 58.

² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 207.

³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 58. No mesmo sentido, TORNAGHI, Hélio. *Manual de processo penal. Prisão e liberdade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, pp. 194-197.

⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 61.

⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 10.

tidos como feiticeiros e os religiosos dissidentes, e também operários ou aprendizes cujo trabalho não satisfazia os patrões⁶.

No processo inquisitivo do período medieval, o encarceramento antes da condenação também era pressuposto ordinário da instrução, condição indispensável para a tortura e para obter a confissão do réu, constituindo regra para a qual não havia previsão de *habeas corpus* ou qualquer outro meio de protesto contra sua aplicação arbitrária ou abusiva.⁷ A inquisição medieval exerceu influência direta “sobre a forma e o fundo dos sistemas penais da Europa católica, influência esta que o empreendimento colonizador transferiria para a América Latina”⁸.

O que se pode concluir é que, ainda que a prisão provisória na Antiguidade e na Idade Média não fosse considerada formalmente uma pena, ela sempre apresentou características de punição, de castigo, seja no caso evidente *das lettres de cachet* francesas, seja na prisão antes do suplício, onde o preso era torturado para confessar o crime. E, mais do que isso, elas eram fonte de conhecimento para a obtenção de provas do ilícito penal e instrumento de disciplina e controle do acusado antes da aplicação da pena propriamente dita, onde já se exercia em relação ao acusado todo um poder de vigilância e de submissão que, com o surgimento da pena privativa de liberdade, atingiria o seu ponto máximo em relação ao condenado em conformidade com a análise reveladora de Michel Foucault⁹. Ainda que Foucault não indique expressamente a prisão provisória

⁶ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Conferência n. 04, pp. 76-78: Foucault explica que apesar de emanarem de uma ordem do rei, as *lettres* eram o resultado de pedidos que partiam dos indivíduos da própria comunidade, pessoas insatisfeitas com um membro da família adúltero, gastador ou bebedor, ou com um religioso que não demonstrava boa conduta e era considerado feiticeiro, etc, contra quem se formulava um pedido ao intendente do rei, para que este, por sua vez, prendesse essa pessoa “desviada” até que ela se corrigisse. As *lettres de cachet* eram assim, instrumentos de controle espontâneos que a comunidade exercia sobre si mesma. Ver também sobre as *lettres de cachet*, FOUCAULT, Michel. A vida dos homens infames. In: *O que é um autor?* Tradução de António Fernando Caiscais e Edmundo Cordeiro. Vega: Passagens: 1992, pp. 89-128.

⁷ COSTA, Bruno Melaragno, p. 342.

⁸ BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002, p. 238.

⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir; Foucault. Entrevistas: A prisão nunca foi uma simples forma de se punir, através da privação da liberdade, atos praticados em desconformidade com a lei penal. Ela foi, desde o seu nascimento, uma privação de liberdade com a função técnica de correção, de transformação dos indivíduos. Em fins do século XVIII e início do século XIX, o encarceramento surge como pena óbvia, ligada em profundidade com o funcionamento da sociedade, deixando no esquecimento as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado. Foucault mostra que a prisão incorporou as técnicas disciplinares desenvolvidas desde o século XVI e difundidas em toda a sociedade no século XVIII na forma*

como uma espécie de disciplina, entende-se que é possível fazer tal associação.

As disciplinas já existiam desde o século XVI nos conventos, exércitos, oficinas, mas, no século XVIII, elas se tornam “fórmulas gerais de dominação”¹⁰. As disciplinas eram métodos que permitiam o controle minucioso das ações do corpo, tornando-o dócil e útil. São técnicas que as diversas instituições – hospitais, escolas, casas de detenção, exército, oficinas – desenvolveram para controlar o corpo em escala infinita, e, para tanto, era necessário submetê-lo e exercitá-lo, tornando-o analisável e manipulável. A relação de docilidade-utilidade imposta ao corpo pelas disciplinas se dá aumentando as forças do corpo em termos econômicos de utilidade e, ao mesmo tempo, diminuindo as mesmas forças em termos políticos de docilidade, ou seja, para submissão. Nas palavras de Foucault, a disciplina “dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma ‘aptidão’, uma ‘capacidade’ que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita”.¹¹ Assim, as disciplinas inauguram uma nova anatomia política, uma mecânica de poder que recai de forma detalhada sobre os corpos, sobre seus elementos, gestos e comportamento. Ao definir as disciplinas, Foucault constrói, portanto, toda uma nova teoria da *microfísica do poder*¹²:

“A disciplina “fabrica” indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício. Não é um poder triunfante que, a partir de seu próprio excesso, pode-se fiar em seu superpoderio; é um poder modesto, desconfiado, que funciona a modo de uma economia calculada, mas permanente. Humildes modalidades, procedimentos menores, se os comparamos aos rituais majestosos da soberania ou aos grandes aparelhos do Estado. E são eles justamente que vão pouco a pouco invadir essas formas maiores, modificar-lhes os mecanismos e impor-lhes seus processos. O aparelho judiciário não escapará a essa invasão, mal secreta.”¹³

Com a evolução histórica permeada pelo pensamento ilustrado e pela construção da categoria constitucional da liberdade negativa, a tortura foi abolida como meio processual de obtenção de provas, e conseqüentemente, a associação

geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis. A prisão é a última figura da idade das disciplinas, época onde houve “a invenção de toda uma técnica de vigilância, de controle, de identificação dos indivíduos, de esquadramento de seus gestos, de sua atividade, de sua eficácia”, enfim de uma tecnologia de poder fino e cotidiano sobre os corpos.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 126.

¹¹ *Ibid.*, p.127.

¹² *Ibid.*, p.128.

¹³ *Ibid.*, p.155.

formal entre a tortura e a prisão provisória também. No entanto, a prisão provisória nunca deixou de existir, ainda que sua legitimidade tenha se tornado precária: era difícil – como ainda o é de certa forma – dissociar o cárcere da tortura.

Assim, a prisão provisória subsiste não obstante o desaparecimento dos suplícios: entende-se que esse fato só evidencia a importância do instituto enquanto medida fundamental à nova arquitetura do poder, que passa a basear-se no encarceramento como técnica política de correção e transformação dos indivíduos, ligada em profundidade com o funcionamento da sociedade moderna¹⁴. A substituição dos suplícios pelas celas determinou uma profunda mudança na própria forma de exercício do poder de punir: o espetáculo público dos suplícios dá lugar ao sigilo, e o domínio do corpo dá lugar ao julgamento da alma, do indivíduo pelo que ele é e pelo que ele é capaz de fazer. O direito de punir desloca-se da vingança do soberano à defesa da sociedade¹⁵. O domínio do corpo se modifica, pois não deve mais ser supliciado, e sim vigiado, controlado, submetido, não obstante a permanência de um fundo supliciante nos modernos mecanismos da justiça criminal. Entende-se que a prisão antes da condenação se adequava às exigências mais imediatas de enclausuramento e disciplinamento de indivíduos, necessária às novas exigências econômicas, sociais e políticas advindas da virada do século XVIII para o século XIX.

Não é sem razão que, na modernidade, o pensamento reformador enaltecia o valor do postulado de presunção de inocência, e, ao mesmo tempo, justificava, de forma resignada, a prisão provisória¹⁶. Os pensadores modernos, de Beccaria a Carrara, ainda que tenham criticado a prisão provisória, denunciando a atrocidade, a barbárie, a injustiça, a imoralidade do encarceramento provisório amplamente utilizado na Idade Média, reclamando sua limitação quanto ao tempo de duração e

¹⁴ Ibid., p.196. Utilizando a premissa de Rusche e Kirchheimer (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004) de que os sistemas punitivos devem ser analisados como sistemas punitivos concretos, ou seja, como fenômenos sociais, Foucault mostra como o surgimento da prisão tem suas razões nas novas exigências econômicas, sociais e políticas advindas da virada do século XVIII, onde as forças de trabalho (o corpo humano) passam a ter uma utilidade e valor de mercado próprios de uma sociedade industrial. A prisão foi utilizada como disciplina para tornar os corpos dos condenados ao mesmo tempo dóceis (submissos) e úteis (aptos ao trabalho fabril), além de se conformar ao objetivo de reduzir e controlar as ilegalidades populares (de bens).

¹⁵ Ibid., p. 83.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 552. Vide também TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 1-6.

quanto aos seus pressupostos, jamais chegaram a pedir coerentemente a supressão do instituto, pelo contrário; a prisão provisória foi legitimada por todo o pensamento liberal clássico em nome da necessidade de prevenção de perigos de natureza processual e/ou penal:

“En definitiva, aunque en nombre de ‘necesidades’ diversas y a veces invocada cada una como exclusiva –sólo el peligro de fuga, sólo el riesgo de obtaculización de las pruebas, ambos peligros a la vez, o la simple gravedad del delito imputado y la necesidad de prevención, o conjuntamente la necesidad de prevención de los peligros de naturaleza procesal y los de naturaleza penal –, la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico.”¹⁷

Consoante Ferrajoli, a perversão mais grave do instituto, empreendida por Francesco Carrara, foi sua transformação de instrumento exclusivamente processual em instrumento de prevenção e de defesa social, quando, então, passa a ter o mesmo fim a que se atribuía à pena: impedir que o imputado em liberdade cometa novos delitos. Nesta hipótese, parte-se de uma presunção de periculosidade do imputado que, em última análise, equivale a uma presunção de culpabilidade do mesmo, e, de medida processual ou cautelar, a prisão provisória transforma-se numa verdadeira pena antecipada, uma “ilegítima *pena sin juicio*”¹⁸.

A resignada legitimação da prisão provisória pelo pensamento liberal deixou profundas raízes nos ordenamentos jurídicos europeus, e consequentemente, em todos os países que se basearam no modelo europeu, como é o caso do Brasil, cujo Código de Processo Penal de 1941 em vigor inspirou-se no modelo italiano.

Ressalte-se que a prisão provisória já existia no Brasil desde o período colonial. As Ordenações do Reino que vigoravam em Portugal e na colônia admitiam a prisão preventiva somente para os autores de homicídio, feridas ou chagas graves, incendiários, furto manifesto, entre outros¹⁹. Após a proclamação da República (1822), a Constituição Imperial de 1824 contemplou a prisão antes da sentença condenatória por ordem escrita do juiz, e o Código Criminal do Império de 1832 também previu a prisão sem culpa formada quando resultasse do

¹⁷ Ibid., 553.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal – evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 53

interrogatório fundada suspeita contra o conduzido (art. 133) e para os indiciados pelo cometimento de crimes inafiançáveis (art. 175)²⁰. Assim, a prisão preventiva faz parte, como assinala Magalhães Noronha, de nossa “tradição jurídica”²¹.

Na Itália, com o advento do Fascismo, a crise da presunção de inocência coincidiu com uma legitimação cada vez mais aberta da prisão provisória por pensadores como Manzini, que a justificava como medida de segurança processual, necessária para a defesa da sociedade e indispensável sempre que o delito causasse grave alarme público. Seguindo essa orientação, o Código italiano de 1931 (Código Rocco) ampliou as hipóteses de prisão provisória obrigatória e automática, suprimiu os prazos máximos de encarceramento antes da condenação, passando a vincular tal privação da liberdade à valoração subjetiva das qualidades morais e sociais do imputado. A prisão provisória tornou-se assim verdadeira medida de prevenção frente aos indivíduos perigosos e suspeitos²².

No Brasil, o sistema da prisão provisória no Código de Processo Penal de 1941, em declarada inspiração no modelo fascista italiano²³, também contemplou em sua feição original modalidades de prisão obrigatória antes da condenação: o artigo 312 impunha a prisão preventiva compulsória para os crimes a que era cominada pena máxima de reclusão igual ou superior a dez anos; a decisão de pronúncia implicava obrigatoriamente na prisão do réu, ressalvada a hipótese de crime afiançável (artigo 408, §§ 1º e 2º); e dentre os efeitos da sentença penal recorrível, incluía-se o de o réu ser preso ou conservado na prisão nas infrações penais inafiançáveis e nas afiançáveis, enquanto não prestasse fiança (artigo 393, I), regra confirmada pelo artigo 594, que determinava que a prisão era condição para o réu apelar ou prestar fiança. Além disso, o Código de 1941 foi responsável pela introdução da modalidade de prisão preventiva para “garantia da ordem pública” no sistema brasileiro, dispositivo legal vigente até os dias atuais, e que implica num total desvirtuamento da declarada função cautelar da prisão provisória. Posteriormente, o Código de Processo Penal de 1941 veio a sofrer algumas importantes alterações no sistema da prisão provisória. A lei 5349/67 aboliu felizmente a prisão preventiva obrigatória prevista no artigo 312. A lei

²⁰ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão e liberdades fundamentais*, pp. 70-71.

²¹ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 220.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 553.

²³ *Exposição de Motivos do Código de processo penal brasileiro (Decreto-lei 3689, de 03-10-1941)*, item II.

5941/73 introduziu na disciplina das prisões decorrente de pronúncia e de sentença condenatória recorrível os conceitos de primariedade e de bons antecedentes como requisitos para a concessão da liberdade antes da condenação definitiva, inovação que permite a decretação de prisão provisória com base em critérios pessoais discriminatórios que não são capazes de demonstrar a existência concreta do *periculum libertatis* como fundamento da prisão enquanto medida cautelar. Outra alteração significativa no Código de 1941 foi realizada pela lei 6416/77, que introduziu um parágrafo no artigo 310, autorizando o juiz a conceder a liberdade provisória ao réu preso em flagrante sempre que verificada a inocorrência dos requisitos presentes no artigo 312 que autorizam a decretação da prisão preventiva. Por fim, por força da lei 8884/1994, foi acrescentada às hipóteses de prisão preventiva contempladas no artigo 312 do Código de Processo Penal a prisão para “garantia da ordem econômica”.

A inspiração da prisão provisória brasileira no modelo italiano não se limitou ao regramento do Código de Processo Penal de 1941, estendendo-se inclusive para o seu tratamento constitucional. Em 1948, a Assembléia Constituinte Italiana, ao tratar do princípio de presunção de inocência, optou pelo termo “menos drástico” “não-culpabilidade”, ao invés de inocência, de forma a buscar uma compatibilidade com a prisão provisória.²⁴ Conforme dispõe Luiz Flávio Gomes,

“a respeito da presunção de inocência, como que numa solução de compromisso, para conciliar a doutrina (autoritária) anterior (de Manzini, Rocco etc) com os ventos democráticos que sopravam no período pós-guerra, chegou-se à redação já mencionada, nestes termos: o imputado não é considerado culpado senão depois da condenação definitiva”.²⁵

Segundo o citado autor²⁶, o Constituinte Brasileiro de 1988, ao contemplar o princípio de presunção de inocência, também se baseou no referencial histórico da Constituição Italiana de 1948, referindo-se a uma presunção de não-culpabilidade, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”²⁷.

²⁴ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción* p. 74.

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 104.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Artigo 5º, inciso LVII, Constituição Federal de 1988.

É então quando a prisão provisória passa a ser “um problema por antonomásia do processo penal”²⁸, haja vista que a disciplina constitucional do processo penal passa a girar em torno do princípio de presunção de inocência do imputado até a sentença condenatória definitiva, sem, no entanto, as necessárias projeções ou conseqüências a ele inerentes.

O que se constata é que o princípio de presunção de inocência não é eficaz diante da realidade brasileira, onde a dramatização intencional do fenômeno da criminalidade e a estimulação do sentimento de insegurança do cidadão comum têm como objetivo justificar o controle social pelo Estado através da prevenção, valorizando a eficiência na punição *severa e imediata* em detrimento das garantias indispensáveis ao devido processo penal²⁹ e justo. A inscrição da presunção de inocência na Lei Maior acaba por cumprir apenas a função político-retórica de incutir no cidadão a idéia de que o direito penal é aplicado com observância de todas as garantias do acusado, considerado-o inocente antes de uma condenação definitiva.³⁰ A presunção de inocência assume assim uma função meramente mistificadora, com o intuito de garantir apenas a aparência de democracia e legalidade no processo penal³¹, encobrindo o fato inegável de que a maioria dos réus não dispõe de meios e recursos, tanto formais quanto materiais, necessários à promoção de uma defesa eficaz em juízo e, portanto, não recebem tratamento igualitário nem desfrutam do *status* de inocentes.

5.2

Revisão crítica da prisão provisória enquanto medida cautelar

A prisão provisória, conforme estudado no capítulo anterior, recebe o tratamento de medida cautelar, perspectiva que lhe atribui um lugar *secundário* no processo penal como instituto de caráter instrumental.

Essa consideração formal do tema que é ponto pacífico na teoria processual, oculta dois aspectos centrais do instituto. Primeiramente, constata-se

²⁸ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de inocencia e prisión sin condena. In: *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 9, n. 13, agosto de 1997, p. 01. disponível em <http://www.poder-judicial.go.cr>, acesso em 01-01-2006.

²⁹ Conforme denominação de TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 69.

³⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 02.

³¹ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*, p. 244.

que, na generalidade dos países que a adota e, com evidência, no Brasil, a prisão provisória ocupa *um lugar privilegiado na economia real do sistema penal*, ultrapassando os limites de sua pretensa natureza processual e cautelar para assumir finalidades substantivas de punição imediata³². O processo penal tem uma inevitável dimensão penalizadora³³ que cumpre ser restringida através dos direitos e garantias penais e processuais. No entanto, a tendência que nos dias atuais se torna cada vez mais evidente, é a de que o processo penal, através da prisão provisória, assuma progressivamente o lugar da pena, absorvendo grande parte do papel repressivo que a esta se assinala no plano jurídico-formal:

“Hoy asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención y de intimidación, de manera pronta e ejemplar, dentro do juicio penal... Es el proceso que se convierte en pena, por retomar la recordada ecuación carneluttiana.”³⁴

Nesse aspecto, entende-se que a prisão provisória assume uma função de controle sobre os indivíduos ainda mais eficaz do que a pena privativa de liberdade. O processo penal através da prisão provisória representa uma tecnologia de poder sobre o corpo³⁵ dos acusados, indiciados e suspeitos que supera em eficiência a prisão-pena, seja qual for a finalidade declarada pela lei e construída pela doutrina e jurisprudência para a prisão antes de condenação definitiva. Conforme será exposto no item seguinte, essa constatação é evidente na hipótese de prisão provisória para garantia da ordem pública, que, por sua expressão indeterminada, confere ao encarceramento antes da condenação uma aberta autorização para punir de forma imediata e, assim, para controlar e excluir aqueles indivíduos declarados “perigosos”, em verdade indesejáveis e inadapáveis à sociedade globalizada de consumo.

Em segundo lugar, a justificação da prisão provisória enquanto medida cautelar, de maneira simples e conformada, tem o condão de não problematizá-la em relação ao princípio de presunção de inocência e, assim, de paralisar a crítica ao instituto³⁶. Apela-se à Constituição através do argumento de que ela contempla

³² IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de inocencia e prisión sin condena, p. 01.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 26.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 635.

ao mesmo tempo a prisão provisória e o princípio de presunção de inocência, ainda que em essência contraditórios, buscando compatibilizá-los. O que se percebe é que, em geral, a afirmação pura e simples dessa compatibilidade dá ensejo àquela já conhecida legitimação resignada da prisão provisória, bastando afirmar que não há mesmo incompatibilidade pois a prisão antes da condenação é cautelar.

A idéia da compatibilidade entre a prisão provisória e o princípio de presunção de inocência é defendida majoritariamente pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Argumenta-se que, como o legislador constituinte adotou o princípio de presunção de inocência, também admitiu a prisão provisória ao seu lado, uma vez que permitiu a prisão “por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (art.5º, inciso LXI) sem fazer “qualquer restrição à oportunidade processual de tal medida cautelar”³⁷. Portanto, para a grande maioria dos processualistas brasileiros, corroborada pela jurisprudência, a presunção de inocência e a prisão provisória podem perfeitamente conviver no sistema processual penal brasileiro uma vez que se encontram no mesmo patamar de garantia constitucional. Argumenta-se ainda que o que a Constituição proíbe com o princípio de presunção de inocência não é a prisão durante o processo, mas a inversão do ônus da prova³⁸, restringindo assim o âmbito do postulado fundamental.

No entanto, não se pode perder de vista que a inclusão do princípio de presunção de inocência na Constituição Federal e em diploma internacional posteriormente incorporado ao ordenamento constitucional brasileiro³⁹, exprime uma concepção de processo penal diversa daquela do Código de Processo Penal de 1941 e das leis ordinárias posteriores que tratam da prisão provisória, e que, portanto, deve produzir reflexos profundos na sua disciplina. Relembre-se aqui que no processo penal inquisitivo, a prisão processual era o modo normal de se conduzir o processo; com o processo penal acusatório, orientado pelo princípio de presunção de inocência, há que se assumir que a legitimidade da prisão antes da

³⁷ JARDIM, Afrânio Silva. A prisão no curso do processo em face da nova Constituição. In: *Revista Justitia*, n. 145, 1989, p. 18.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ O Decreto 678 de 06-11-1992 promulgou o Pacto de São José da Costa Rica (de 22-11-1969) que, por força do disposto no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, passa incorporar o rol de direitos e garantias fundamentais nela expressos, entre eles, o princípio de presunção de inocência: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (artigo 8, item 2).

condenação definitiva tornou-se frágil, de maneira que ainda é freqüente a sua justificação, como o fazia Francesco Carrara, como *injustiça necessária*.

É preciso ter em vista que o princípio de presunção de inocência é, antes de tudo, um critério de justiça em favor da liberdade dos inocentes e da garantia de que os acusados da prática de infração penal não sofrerão as conseqüências de uma pena enquanto não for devidamente comprovada a sua culpa. Assim, a dupla dimensão assinalada ao princípio de presunção de inocência – como regra de tratamento do imputado e como regra de juízo – estão estreitamente vinculadas, e por isso Ferrajoli o define como garantia, ao mesmo tempo, de liberdade e de verdade⁴⁰.

A presunção de inocência é um critério de legitimação ou justificação externa do processo penal cognoscitivo e justo, baseado na liberdade, na verdade empírica e na igualdade entre as partes. Assim, ao confrontar a prisão provisória com o princípio de presunção de inocência enquanto critério ético-político ou critério de justiça, instala-se um problema filosófico. E a resposta radical⁴¹, à luz do *Garantismo*, é a de uma absoluta incompatibilidade entre a prisão provisória e o princípio de presunção de inocência.

Assim, para o modelo garantista, um sistema processual penal concreto será legítimo se as decisões judiciais estiverem condicionadas à verdade processual, ou seja à prova da culpabilidade, e não a critérios de eficiência. Como a verdade processual é sempre uma verdade aproximativa do ideal de verdade absoluta, é necessário adotar-se um critério para solução das incertezas que se instalam no processo penal. A dúvida, no garantismo, é resolvida em prol do réu – parte mais débil em face do poder punitivo estatal – através do critério político e pragmático da presunção de inocência. Assim, a certeza objetivada pelo *Garantismo* é a de que nenhum inocente seja castigado, ainda que às custas da impunidade de algum culpável. O encarceramento *ante iudicium* representa portanto um paradoxo para um sistema baseado na prova e na presunção de inocência, revelando-se medida ilegítima que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias fundamentais.

Consoante Ibáñez, é preciso se ter sempre em vista que o uso da prisão provisória expressa em si mesmo uma opção prévia de ordem conceitual e de

⁴⁰ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de inocencia e prisión sin condena, p. 01.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 555.

valor que transcende o plano cognoscitivo, consistente em atribuir de fato a qualidade de conhecimento válido, a teor da irreversibilidade dos efeitos que lhe associam, ao que, no entanto, tem o estatuto epistêmico de mera hipótese a ser comprovada⁴². Como afirma Ferrajoli, os pressupostos da prisão provisória não tem caráter cognoscitivo, mas apenas potestativo porque

“(…) ni la ‘gravedad’ de los indicios de culpabilidad, ni mucho menos las opinables razones razones que puedan hacer suponer el ‘peligro’ de fuga, de destrucción de las pruebas, o de futuros delitos por parte del imputado, son, por naturaleza, susceptibles de prueba o de refutación.”⁴³

Ademais, a gravidade da decisão de privar alguém de sua liberdade de forma atual, real, com um fundamento de provisoriedade, põe em marcha uma dinâmica de caráter pragmático fortemente condicionante de todo o curso das ulteriores decisões e atuações, que equivale a uma forma de inércia até a confirmação da hipótese acusatória, em claro prejuízo da imparcialidade do juízo e da qualidade cognoscitiva do processo⁴⁴. É por isso que, consoante Ferrajoli, a prisão provisória é produto de uma inconfessada concepção inquisitiva do processo, que quer o imputado em situação de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar, e sobretudo, presumido culpável⁴⁵. Assim, todo processo em que opera a prisão provisória, ainda que com vigência formal do princípio de presunção de inocência, será inevitavelmente inquisitivo em grau não depreciável⁴⁶.

Por todos esses fundamentos, Ferrajoli defende a abolição da prisão provisória, ao menos até a conclusão do processo penal em primeira instância:

“El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también –es decir, sobre todo– por necesidades procesales: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas.”⁴⁷

⁴² IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de inocencia e prisión sin condena, p. 67.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 775.

⁴⁴ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de inocencia e prisión sin condena, p. 67.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 556.

⁴⁶ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de inocencia e prisión sin condena, p. 67.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 559.

É fundamental verificar que a Constituição Federal de 1988 incorporou ao ordenamento jurídico pátrio o critério ou valor da presunção de inocência como princípio ético-político ordenador de todo o sistema processual penal, ao lado do princípio do devido processo legal⁴⁸. Em outras palavras, o princípio da presunção de inocência foi erigido pela Constituição Federal de 1988 ao patamar de garantia maior do imputado durante todo o processo penal como regra de tratamento e de juízo, e passa a ser também critério de legitimação interna (jurídica) ou de validade do processo penal brasileiro e da atividade jurisdicional, juntamente com o princípio constitucional do devido processo legal. Assim, a problemática da prisão provisória deve ser também invocada do ponto de vista interno ou constitucional, colocando a prisão provisória em confronto não apenas com o princípio de presunção de inocência, mas também com as demais garantias penais e processuais previstas constitucionalmente⁴⁹.

Na visão ferrajoliana radical do princípio de presunção de inocência, nenhuma das espécies de prisão provisória brasileiras poderia ser admitida em razão de sua ilegitimidade intrínseca. No entanto, a doutrina processual busca compatibilizar o princípio de presunção de inocência com a necessidade ou escopo jurídico de garantir a eficácia da atividade processual e o regular andamento do processo penal, justificando, em caráter excepcional e de cautelaridade, a prisão provisória. Não obstante, não se pode perder de vista que o risco de arbitrariedade na imposição da prisão cautelar é sempre muito grande, ainda que todos os seus requisitos e fundamentos legais – *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* – estejam presentes. É que no âmbito do processo penal cautelar brasileiro não há efetivo contraditório (ainda que a Constituição Federal o exija em todo processo judicial e administrativo⁵⁰), de maneira que não se confere

⁴⁸ Adotando-se a concepção de Ronald Dworkin, entende-se que o ordenamento jurídico-constitucional incorpora as exigências de justiça e valores éticos através de princípios que possuem uma verdadeira função ordenadora, como os princípios de presunção de inocência e do devido processo legal. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1989. Neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 61: “Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre de Coimbra J.J. Gomes Canotilho, em autêntica ‘reserva de justiça’, em parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal.”.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 556.

⁵⁰ Artigo 5º, inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

ao imputado a oportunidade de impugnar o requerimento de prisão cautelar ou a decisão judicial que a decreta, a não ser em sede de *habeas corpus*, depois de efetivada a prisão.

A priori, o encarceramento antes da condenação definitiva, seja qual for o fim que lhe seja atribuído, choca com o princípio de jurisdiccionariade em sentido lato, que exige que a prisão seja precedida de um processo (*nulla poena sine iudicio*), e conseqüentemente, ofende o sentimento de justiça, uma vez que um encarceramento sem processo é um ato de força e arbítrio. Consoante Ferrajoli,

“es un mísero paralogismo decir que la cárcel preventiva no contradice le principio *nulla poena sine iudicio* –es decir, la jurisdiccionalidad en el sentido más lato –porque no es una pena sino otra cosa: medida cautelar, procesal o en todo caso no penal”.⁵¹

Não obstante, a prisão provisória ofende também o princípio de estrita jurisdiccionariade: usando a nomenclatura corrente no Brasil, a prisão provisória ofende as garantias processuais decorrentes do devido processo legal, notadamente a ampla defesa e o contraditório. A prisão provisória, na medida em que prejudica o contraditório e não permite uma paridade de armas entre a acusação e a defesa, ofende o princípio de presunção de inocência enquanto garantia fundamental inerente a um processo penal acusatório e cognitivo.

Assim, entende-se que mesmo que esteja presente a cautelaridade da prisão provisória, ela ainda será ilegítima do ponto de vista processual porque ofende os direitos de ampla defesa e do contraditório, colocando o imputado em situação de desigualdade em face da acusação. Assim, ainda que não seja possível, a curto prazo, abolir a prisão provisória do ordenamento jurídico pátrio, é necessário reduzir os males dela advindos e, nesse sentido, é fundamental que os juízes estabeleçam um efetivo contraditório em matéria cautelar, haja vista que o escopo social da jurisdição, que cabe ser combinado com os escopos político e jurídico, é buscar a igualdade no processo e pelo processo. A natureza de urgência dos provimentos cautelares não pode conduzir o processo penal a descartar as garantias mínimas inerentes ao devido processo legal – imparcialidade do juiz, publicidade das decisões, igualdade processual, contraditório, ampla defesa – de

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 556.

maneira que tais garantias devem ser redimensionadas, para que, mesmo em condições excepcionais, seja possível assegurar, no tratamento da prisão provisória, uma cognição livre de automatismos e arbítrio.⁵² O Pacto de São José da Costa Rica estabelece como garantias judiciais os direitos do acusado de ser ouvido por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, dentro de um prazo razoável. Também determina que a prisão provisória seja cumprida em lugar diverso daqueles assinados à pena. É fundamental que se confira efetiva aplicabilidade⁵³ aos direitos, liberdades e garantias constitucionais em matéria processual-penal, a fim de que o devido processo seja respeitado em todos os direitos e garantias estabelecidos para a tutela do imputado.

5.2.1

A prisão provisória para garantia da ordem pública e para garantia da ordem econômica

As hipóteses legais de prisão provisória para garantia da ordem pública e para garantia da ordem econômica afastam-se completamente da propugnada natureza cautelar a que se atribui à prisão antes da condenação definitiva, colocando em evidência a dissimulação da sua real função e necessidade: assegurar a eficácia do sistema penal enquanto meio de controle social imediato através da imposição de uma pena antes da condenação definitiva.

Primeiramente, para se determinar quais seriam em tese as hipóteses de *periculum libertatis* abarcadas pela prisão para garantia de ordem pública, cumpre definir o significado da expressão legal “ordem pública”.

Não existe na lei definição expressa para “ordem pública”. Trata-se de expressão muito abrangente, que não pode ser legalmente delimitada e que, conseqüentemente, ofende os princípios da legalidade estrita e da segurança ou certeza jurídica em prol da atribuição de um poder discricionário ao juiz. É termo amplo, indeterminado, carente de critérios sólidos e objetivos de constatação, facilmente enquadrável a qualquer situação, e que, portanto, dá margem para que

⁵² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 78. No mesmo sentido, PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*, p. 181, ainda que entenda que o contraditório na cognição cautelar tenha de ser diferido em face dos objetivos visados e da eficácia da investigação.

⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 192. No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 1998.

à expressão sejam introduzidos elementos estranhos à natureza cautelar, questionáveis tanto do ponto de vista jurídico-constitucional quanto da perspectiva da política criminal⁵⁴. É, assim, recurso retórico do legislador que permite a utilização da prisão provisória de forma indiscriminada:

“Cuida-se, no dizer de Warat, de uma expressão estereotipada, portadora de evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis conteúdos axiológicos; assim, quando o legislador a utiliza está autorizando os juízes a emitirem, em suas sentenças, definições persuasivas que, ‘sob a aparência de definições empíricas, encobrem juízos de valor’”.⁵⁵

Segundo Aury Lopes Jr, a expressão vaga e imprecisa “garantia da ordem pública”, remonta à Alemanha da década de 30, onde o nazismo buscava uma autorização geral e aberta para prender, e que continua a ser utilizada nos dias de hoje por adeptos de modelos penais utilitaristas⁵⁶.

Como não podia deixar de ser, os fundamentos indicados tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência como hipóteses de prisão para garantia da ordem pública são muito diversos. A partir da análise dessas variadas razões, é possível identificar duas necessidades ou finalidades mais frequentemente assinaladas à prisão para garantia da ordem pública: a prisão como exemplo e a prisão como prevenção especial.

Diz-se, na primeira hipótese, que a prisão provisória é necessária para acautelar o meio social abalado pela prática de delito grave ou que tenha causado alarme público ou comoção social. Nesses casos, além do objetivo de satisfazer o sentimento de justiça e de indignação social através de uma resposta ou reação imediata ao delito, a prisão provisória funcionaria também como prevenção geral, ou seja, como exemplo para que toda a sociedade seja compelida à observância das leis penais.

Na segunda hipótese, a prisão provisória é justificada com a finalidade de evitar o perigo de que o indiciado, acusado ou suspeito em liberdade cometa novos delitos, ou seja, com a necessidade de prevenção especial.

⁵⁴ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 10, Porto Alegre: Nota Dez, 2003, p. 114.

⁵⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 66.

⁵⁶ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 210.

Nas duas hipóteses também é freqüentemente acrescentada à prisão provisória a função de garantir a segurança pública contra os riscos ou perigos da criminalidade, de forma que o encarceramento antes da condenação definitiva é apresentado como instrumento de luta contra a delinquência, em defesa da sociedade. Esta é uma tendência, verificável a nível mundial, de utilização de mecanismos penais e processuais-penais como instrumento de prevenção da criminalidade contemporânea, principalmente o crime organizado e o terrorismo.

O que se depreende primeiramente é que, do ponto de vista da técnica processual, as hipóteses associadas à prisão para garantia da ordem pública não têm natureza cautelar, haja vista que suas finalidades não são instrumentais ao processo e sim atribuíveis à prisão enquanto pena. A prisão provisória decretada para tais fins é portanto, sem dúvida, punição antecipada, incompatível com o princípio de presunção de inocência.

Não existe em nenhuma das hipóteses o fundamento cautelar – *periculum libertatis* – a justificar a prisão antes da condenação definitiva. A gravidade do delito, o alarme ou comoção social provocado pelo crime, a ameaça da prática de novas infrações penais pelo imputado em liberdade, a criminalidade e a segurança pública: nenhum desses fundamentos é hábil a demonstrar em concreto que o indiciado, acusado ou suspeito em liberdade ameaça o bom andamento do processo ou a aplicação da lei penal.

A simples alegação de que o crime é grave ou de que determinou a indignação ou comoção social⁵⁷ não demonstra qualquer perigo para o processo penal ou sua eficácia jurídica. Além disso, não existe mais no ordenamento jurídico brasileiro hipótese legal de prisão provisória automática e obrigatória para nenhuma espécie delitiva, independentemente de sua gravidade, sendo

⁵⁷ Emblemático é o caso “Suzanne von Richtofen”, acusada de matar os próprios pais em setembro de 2002, que permaneceu presa preventivamente por mais de três anos sob o fundamento de garantia da ordem pública, em razão da gravidade do delito cometido e do conseqüente clamor público provocado pelo crime. O ministro Nilson Naves, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), concedeu, no dia 26 de maio de 2006, liminar em habeas-corpus em favor da ré, que, após ter concedido entrevista a TV Globo, fora novamente presa preventivamente. Nilson Naves afirma que o decreto de prisão preventiva, de 10 de abril, carece de efetiva fundamentação e agravou ainda mais o excesso de tempo da prisão provisória, o que é ilegal. O ministro salienta que a prisão de Suzane não era necessária, pois não havia indicação de que a ré fosse colocar em risco a “ordem pública, ou a ordem econômica, ou a conveniência da instrução criminal, ou a aplicação da lei penal”: O Estado de São Paulo, Caderno Cidades, de 26-05-2006, disponível em www.estadao.com.br, acesso em 28-05-2006.

indispensável sempre a ordem de autoridade judiciária competente justificada com base no *periculum libertatis* e no *fumus commissi delicti*.

O combate à criminalidade ou a preservação da segurança pública também não configuram em concreto o *periculum libertatis*, porque são dados genéricos, sem qualquer conexão com o fato delituoso que se imputa ao indivíduo, não podendo atingir as garantias processuais do mesmo.

A alegação de que o imputado em liberdade pode voltar a cometer delitos também não é motivo para a decretação de prisão provisória. Primeiramente, porque nesta hipótese o pretenso perigo não diz respeito diretamente ao processo penal em curso, de maneira que sua finalidade não é acautelar o processo ou a futura aplicação da lei penal, e sim de acautelar o próprio meio social. Em geral, tal fundamento acompanha-se da alegação de que o acusado é *perigoso* para a sociedade por que é reincidente ou possui antecedentes criminais, ou simplesmente porque o crime cuja autoria se lhe atribui no momento é muito grave⁵⁸. Parte-se portanto, de uma absurda presunção de periculosidade do indiciado, suspeito ou acusado baseada em elementos subjetivos, discriminatórios, não apoiados em fatos concretos verificáveis e impugnáveis, o que resvala afinal para uma presunção de culpabilidade inadmissível perante um ordenamento constitucional que só admite durante o processo a presunção de inocência.

O que se pretende é verdadeiramente punir antecipadamente o indivíduo não pelo que ele fez, pois a autoria do fato nem pode ser considerada ainda definitivamente demonstrada, e sim de puni-lo pelo que ele é⁵⁹, partindo-se do pressuposto de sua periculosidade com base nos antecedentes, na reincidência, na gravidade do crime, todos requisitos também utilizados para a fixação da pena, e

⁵⁸ A periculosidade do agente, apoiada nos requisitos de reincidência, maus antecedentes e gravidade do delito, tem sido o fundamento mais vigoroso em que se apóia a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores para a decretação da prisão provisória para garantia da ordem pública, consoante ALMEIDA, Gabriel Bertin. Afinal quando é possível a decretação de prisão preventiva para garantia da ordem pública? *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, n. 44, julho-setembro de 2003, p. 71.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Conferência n. 04, p. 68. É quando, na lição de Zaffaroni e Pierangeli, *o direito penal da culpabilidade*, em que a reprovabilidade e responsabilidade é determinada em função da conduta do agente, transforma-se em *direito penal de autor*, onde o determinante é a conduta anterior ao crime praticado, o modo de vida que demonstra a periculosidade do agente: “Na culpabilidade de ato, entende-se que o que se reprova ao homem é a sua ação, na medida da possibilidade de autodeterminação que teve no caso concreto. Em síntese, a reprovabilidade de ato é a reprovabilidade do que o homem fez. Na culpabilidade de autor, é reprovada ao homem a sua personalidade, não pelo que ele fez e sim pelo que ele é”: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 608.

que foram introduzidos na teoria e na prática penais a partir do século XVIII como elementos biográficos essenciais à prisão enquanto técnica disciplinar:

“A introdução do ‘biográfico’ é importante na história da penalidade. Por que ele faz existir o ‘criminoso’ antes do crime e, num raciocínio-limite, fora deste. E porque a partir daí uma causalidade psicológica vai, acompanhando a determinação jurídica da responsabilidade, confundir-lhe os efeitos. (...) À medida que a biografia do criminoso acompanha na prática penal a análise das circunstâncias, quando se trata de medir o crime, vemos os discursos penal e psiquiátrico confundirem suas fronteiras; e aí, em seu ponto de junção, forma-se aquela noção de indivíduo ‘perigoso’ que permite estabelecer uma rede de causalidade na escala de uma biografia inteira e estabelecer um veredito de punição-correção.”⁶⁰

É nítida a finalidade de punir da prisão provisória para garantia da ordem pública, não apenas no sentido formal de repressão penal (de aplicação de uma punição a um indivíduo que cometeu um fato descrito na lei como crime), mas no sentido de corrigir as virtualidades do comportamento do indivíduo em si mesmo perigoso e criminoso, enfim uma estratégia política de controle, sentido este que, como observou Foucault, inverte toda a equação legitimante da prisão enquanto “direito” e a desvela como “contradireito”⁶¹. A disciplina como “contradireito” deve recolocar a prisão exatamente aí:

“(…) no ponto em que se faz a torsão do poder codificado de punir em poder disciplinar de vigiar; no ponto em que os castigos universais das leis vêm aplicar-se seletivamente a certos indivíduos e sempre aos mesmos; no ponto em que a requalificação do sujeito de direito pela pena se torna treinamento útil do criminoso; no ponto em que o direito se inverte e passa para fora de si mesmo, e em que o contradireito se torna o conteúdo efetivo e institucionalizado das formas jurídicas”.⁶²

Se a pena de prisão não pode ser considerada legítima, haja vista, entre outros motivos, a sua inutilidade e o seu fracasso em seus objetivos declarados de correção, reeducação e ressocialização, quanto mais a prisão provisória para garantia da ordem pública, que assume a função da pena quando ainda não existe condenação definitiva. A prisão é sempre um lugar criminógeno de educação e incitação ao crime, e como tal não se justifica:

⁶⁰ Ibid., p. 224.

⁶¹ Ibid., pp. 195-196.

⁶² Ibid., p. 196.

“La cárcel es (...) una institución al mismo tiempo antiliberal, desigual, atípica, extra-legal e extra-judicial al menos en parte, lesiva para la dignidad de las personas, penosa e inútilmente aflictiva. Por eso resulta tan justificada la superación o, al menos, una drástica reducción de la duración, tanto mínima como máxima, de la pena de privación de libertad, institución cada vez más carente de sentido, que produce un coste de sufrimientos no compensado por apreciables ventajas para nadie.”⁶³

Assim, o direito processual penal deve ser sempre encarado como instrumento de um direito material que admite modalidade de pena ilegítima e irracional – a pena privativa de liberdade – e que a carga deteriorante e criminalizante da reação punitiva é provocada não só pela imposição formal da pena, mas muito antes, pelo simples contato com o sistema penal⁶⁴, ou seja, com o cárcere.

Ademais, todas as hipóteses descritas de prisão para garantia da ordem pública vêm acompanhadas por finalidades político-criminais inadequadas: ou de prevenção geral de crimes, no sentido de que a prisão provisória deve servir como exemplo para toda a sociedade; ou de prevenção especial, no sentido de evitar que o imputado volte a delinquir; ou ainda porque a prevenção de crimes é necessária à segurança pública contra os ricos da criminalidade. O processo penal garantista não é instrumento de políticas criminais de segurança pública, nem compete à prisão provisória assumir tais funções de defesa social que, em verdade, transformam a prisão em *medida de polícia*⁶⁵.

O processo penal garantista tem a função jurídica de fazer atuar o direito penal nos estritos limites da legalidade, aliada à finalidade política e social de tutelar os direitos fundamentais daqueles indivíduos a ele submetidos, e a prisão provisória enquanto medida processual deverá logicamente integrar-se nestes desideratos. A prisão provisória decretada como medida de prevenção de delitos desvirtua completamente a função do processo penal brasileiro de matriz liberal, que passa a assumir função político-criminal eficientista absolutamente contrária à concepção assumida com a Constituição de 1988. A política criminal eficientista tem, na prisão provisória, uma resposta imediata ao delito que visa a satisfazer, de maneira simples e ilusória, o afã social por segurança. Essas finalidades são freqüentemente associadas à prisão provisória tanto pelas autoridades estatais

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 413.

⁶⁴ KARAM, Maria Lúcia. *Prisão e liberdade processuais*, p. 92.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 554.

quanto pela mídia e também por sociólogos e estudiosos do direito. São argumentos que manipulam a população, para que esta veja o fenômeno social da violência apenas do ponto de vista do crime, escondendo assim a profunda relação que existe entre os problemas sócio-econômicos e a desobediência à lei penal. Neste sentido salienta Juarez Tavares:

“Trabalhando sobre a rediscussão do conceito de violência, podemos verificar que a maioria ou quase totalidade das indagações sobre esse tema dizem respeito, basicamente, aos modos de sua erradicação e não ao seu significado. Não se quer definir a violência, o que se quer é combatê-la, mas combatê-la sem eliminá-la. Esta contradição que se opera no Estado globalizado fortalece, como conseqüência, a identificação entre violência e criminalidade. Como o Estado já não mais poderá erradicar a violência, que está presente não apenas nas relações interpessoais, mas na própria forma como é encarada pelo poder político, é fácil compreender como, da redução de seus modos de aparecimento, se caminha para a utilização de certo modo arbitrário de justificação dos meios de seu combate, muitas vezes centrados em meras expressões lingüísticas.”⁶⁶

É difícil para a sociedade, manipulada pela campanha de lei e ordem, compreender que um indivíduo suspeito ou acusado de um crime não deva ser punido de forma imediata. Grande parte da opinião pública associa diretamente funções repressivas à prisão provisória, no entanto, o processo penal garantista tem como objetivo maior a salvaguarda dos interesses da minoria – suspeitos, indiciados, acusados – inclusive contra a vontade da maioria, uma vez que, enquanto não submetidos a julgamento imparcial e baseado em provas, não podem ser considerados culpáveis.

Além disso, nem mesmo a pena, de acordo com o modelo penal garantista descrito no capítulo 2, deverá assumir a função de prevenção especial de crimes, quanto menos a prisão antes de condenação definitiva. É que a prevenção especial identifica o delito como patologia moral, natural ou social e a pena como terapia política⁶⁷, onde a pessoa do infrator da lei penal, mais do que sua conduta delitiva, é o foco central, produzindo ainda reflexos no processo penal, que passa a se direcionar à análise da alma dos imputados mais do que à averiguação da sua conduta.

A política de segurança pública adequada, que tenha como objetivo a efetiva prevenção de delitos e a diminuição da violência, começa com um

⁶⁶ TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas da segurança pública, pp. 76-77.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 270.

verdadeiro esforço do poder público de encarar a problemática não do ponto de vista penal e processual, mas do ponto de vista das causas da criminalidade e da violência no Brasil. Significa criar e implementar políticas públicas de longo prazo que visem combater a pobreza e a exclusão social o que passa necessariamente por uma séria intervenção estatal no sentido de efetivação dos direitos sociais à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, ao lazer e à cultura, combinado com outras medidas como o combate à corrupção policial e o seu envolvimento com facções criminosas, o investimento financeiro em melhores salários para os policiais e na inteligência, treinamento e preparo da polícia para uma atuação que seja, ao mesmo tempo, eficaz e baseada no respeito aos direitos humanos. Importa em não negligenciar as comunidades pobres ou favelas que sofrem com a exclusão social e com a violência das quadrilhas de traficantes, da polícia e, cada vez mais, das milícias⁶⁸.

A prisão provisória para “garantia da ordem econômica” possui igualmente função político-criminal inadequada de prevenção geral e especial de crimes, ademais do afastamento da necessária natureza processual-instrumental da medida, descaracterizando completamente a sua pretensa finalidade cautelar. A diferença em relação à prisão para garantia da ordem pública é que a lei estabelece as espécies de crimes que serão objeto de prevenção na hipótese de garantia da ordem econômica. Tal hipótese de prisão preventiva foi acrescentada ao ordenamento jurídico pátrio através da lei 8884/1994, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica definidas nos artigos 20 e 21 como “atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I- limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

⁶⁸ Ver a respeito o novo relatório da Anistia Internacional sobre o Brasil, intitulado “Brasil – entre o ônibus em chamas e o caveirão: em busca da segurança cidadã”, publicado em 02-05-2007, que denuncia a violência que assoma a sociedade brasileira e o quadro geral de desrespeito aos direitos humanos, resultado de anos de descaso e negligência por parte do Estado. Denuncia que a falta de políticas públicas de longo prazo colocou toda a sociedade brasileira em perigo, inclusive a Polícia. Salienta que a criminalização da pobreza no Brasil coloca em risco a vida dos moradores das favelas e reforça a sua exclusão social. Assevera que o vazio deixado pelo Estado tem sido preenchido pelas milícias, facções criminosas que enfrentam os traficantes e colocam a população das favelas em situação de extrema vulnerabilidade, entre a violência das quadrilhas e a brutalidade da polícia. In: www.br.amnesty.org, acesso em 03-05-2007.

- II- dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III- aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV- exercer de forma abusiva posição dominante.”⁶⁹

Ainda que através de uma análise superficial⁷⁰, entende-se que, se o objetivo é combater a especulação financeira, as transações fraudulentas, tutelando ao mesmo tempo a livre iniciativa, a livre concorrência, a propriedade e a defesa dos consumidores, além da finalidade de repressão ao abuso do poder econômico, a intervenção penal não é adequada, ainda menos através da prisão provisória, e sim o direito administrativo sancionador⁷¹.

5.2.2

A prisão cautelar por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal

Do ponto de vista jurídico, as hipóteses legais de prisão provisória “por conveniência da instrução criminal” e “para assegurar a aplicação da lei penal” têm, em tese, natureza instrumental e finalidades cautelares. No entanto, alegar simplesmente que a finalidade é cautelar e que portanto justifica o encarceramento, é simplesmente alegar que os fins justificam os meios, como se estes fossem fenômenos naturais que só precisam ser explicados e delimitados. É sempre necessário questionar os meios, e não apenas do ponto de vista jurídico-penal, mas também do ponto de vista político e social. A privação da liberdade de uma pessoa antes da declaração definitiva de sua culpa não é simplesmente um instrumento cautelar, mas antes de tudo, instrumento de estigmatização e controle social.

⁶⁹ Artigo 20, *caput* e incisos, Lei 8884, de 11-06-1994.

⁷⁰ Uma análise pormenorizada da prisão preventiva para garantia da ordem econômica implicaria necessariamente num estudo das espécies de infrações penais tipificadas na lei supracitada e em outras leis que tutelam o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7492/1986), a economia popular (Lei 1521/1951) e a ordem tributária, econômica e as relações de consumo (Lei 8137/1990), que, por si só, constituiria objeto de uma dissertação específica. O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, e portanto, por escolha em razão da necessidade sintética, não se adentrou no estudo detalhado da prisão preventiva para garantia da ordem econômica.

⁷¹ Neste sentido LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 213. Para o autor, tal espécie de prisão visa tutelar o capital especulativo, resultado da influência do modelo neoliberal no sistema jurídico brasileiro. Sobre o princípio da proporcionalidade no âmbito das prisões provisórias, ver: FLACH, Norberto. *Prisão processual penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Ainda que, nestas duas hipóteses, a lei atribua à prisão provisória finalidades cautelares, é fundamental o questionamento de sua conformidade aos preceitos inerentes ao devido processo legal. A técnica processual da cautelaridade não é suficiente para legitimar a prisão antes da condenação definitiva, sendo fundamental também a sua análise com base em critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, que também são princípios extraídos da garantia do devido processo legal⁷². Em outras palavras, é necessário verificar se as finalidades assinaladas à prisão cautelar pela doutrina e jurisprudência mais avançadas são proporcionais ao sacrifício imposto como meio para obtê-las. Neste sentido, é verdadeiramente necessário pensar se existem meios menos gravosos do que a privação da liberdade para acautelar a adequada instrução do processo e a futura aplicação da lei penal.

A prisão cautelar situa-se no ponto mais crítico do difícil equilíbrio entre dois interesses opostos do processo penal: o respeito ao direito de liberdade e a eficácia na repressão aos delitos⁷³. O princípio da proporcionalidade deverá servir de parâmetro para o juiz ponderar, no caso concreto, os dois interesses, sopesando a gravidade e o custo de encarcerar uma pessoa que ainda não foi definitivamente julgada, mas também a necessidade da cautela com base no material probatório existente acerca do *periculum libertatis* e do *fumus commissi delicti*. A proporcionalidade exige também a adequação da prisão cautelar aos seus fins bem como sua duração nos limites necessários.

Um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro é a indeterminação dos prazos de duração da prisão provisória⁷⁴. Com exceção da prisão temporária, cujo prazo máximo vem determinado na lei 7960/89 e na lei 8072/90 (cinco dias, prorrogáveis por igual período, ou, em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, trinta dias, prorrogáveis por igual período), as demais

⁷² MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Considerações sobre a prisão cautelar, p. 455.

⁷³ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 206.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, pp. 27-28: “a duração extraordinária dos processos penais provoca uma distorção cronológica que tem por resultado a conversão do auto de prisão em flagrante ou do despacho de prisão preventiva em autêntica sentença (a prisão provisória transmuta-se em penal), a conversão do despacho concessivo de liberdade provisória em verdadeira ‘absolvição’ e a conversão da decisão final em recurso extraordinário. Considerando que a análise aprofundada dos limites da punibilidade ocorre apenas no momento da decisão final, o nítido predomínio dos ‘presos sem condenação’ entre a população de toda região não implica somente uma violação à legalidade processual, mas também à legalidade penal”.

prisões processuais são temporalmente indeterminadas, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender que existe *periculum libertatis*. O que existe é apenas uma orientação jurisprudencial, no mais das vezes que não é obedecida, que, a partir da soma dos prazos para os diversos procedimentos, reconhece que a prisão provisória é ilegal se ultrapassa oitenta e um dias (no procedimento ordinário do Código de Processo Penal) ou trinta e oito dias (no rito especial da lei 6368/76, referente aos crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo).

A prisão provisória por conveniência da instrução criminal é medida cautelar que visa à efetividade do processo principal do qual é instrumento, para garantir a plena realização das provas destinadas a fundamentar a sentença final. Assim, diz-se que há *periculum libertatis* quando existe sério e fundamentado risco de que o imputado em liberdade possa causar algum embaraço à atividade probatória: fazendo desaparecer os vestígios do corpo de delito, ameaçando testemunhas e peritos, destruindo ou inviabilizando fontes probatórias, como documentos e coisas. Diz-se também que é necessária a prisão processual por conveniência da instrução criminal para evitar que o imputado deixe de comparecer aos atos instrutórios nos quais sua presença seja indispensável para elucidar os fatos.

Primeiramente, há que se ressaltar que a finalidade de impedir a alteração das provas não deve ser confundida com a necessidade de interrogar o réu ou de realizar acareações e reconstituições. No processo penal acusatório, o interrogatório é, antes de qualquer coisa, um direito da defesa e não um meio de adquirir provas da culpabilidade de maneira compulsória. Assim, ele não pode ser coativo como no processo inquisitivo, onde funcionava como meio para arrancar a confissão do réu em segredo e sob tortura. Além disso, a Constituição assegura aos acusados e réus os direitos de ampla defesa e de permanecer em silêncio, de maneira que eles não são obrigados a colaborar para a instrução de forma a se auto-incriminar.

Além disso, as provas que se pretende acautelar serão, em regra, as de interesse da acusação. Assim a restrição da liberdade para assegurar as provas da acusação pode limitar a produção das provas da inocência, restringindo a possibilidade de o acusado realizar uma defesa adequada. A prisão provisória decretada com tal desiderato representa, em regra, uma ofensa ao direito de ampla

defesa e à igualdade processual. A fim de sanar tal desigualdade ou desequilíbrio, ou pelo menos restringi-lo, é necessário um efetivo contraditório em matéria cautelar, que permita ao acusado se manifestar sobre as alegações da acusação e contraditá-las.

Além disso, o perigo para a instrução processual nem sempre é um motivo fundado em fatos concretos. Em verdade, o temor de que o acusado possa criar obstáculos à colheita das provas já sugere uma certa identificação deste com uma pessoa culpada, e não com um inocente. No entanto, através de uma análise razoável, é possível verificar que o encarceramento do réu não é um meio de se impedir de forma absoluta atos indesejados contra os meios de prova, uma vez que isso pode ser feito antes da decretação da prisão ou mesmo depois dela, através de terceiros. Assim, esse fundamento da prisão provisória justifica-se mais antes da instrução ou, pelo menos, no início dela.

A proposta de Ferrajoli é de que a prisão provisória na hipótese de risco de alteração das provas, seja substituída por um simples traslado coativo do imputado perante o juiz e mediante a sua detenção pelo tempo necessário para interrogá-lo em uma audiência preliminar ou num incidente probatório, a fim de que sejam averiguadas as primeiras comprovações acerca dos fatos deduzidos em juízo. Há que se ter em vista, no entanto, que essa alternativa sugerida por Ferrajoli poderia confundir-se com medida incompatível com o processo acusatório, onde o interrogatório é antes de tudo instrumento de defesa. Não obstante, quando existente risco grave de obstaculização ou destruição das provas, comprovado através de fatos concretos, essa alternativa seria vantajosa na medida em que produziria uma limitação da liberdade incomparavelmente mais breve que a prisão provisória, de menor ressonância pública e, conseqüentemente, menos difamatória e aflitiva. Entende-se que seria imprescindível a realização do interrogatório ou incidente probatório na presença do defensor e do promotor de justiça responsável pela acusação. Depois deste primeiro interrogatório, a prisão perderia em grande parte a sua justificação pois as possibilidades do imputado alterar as provas ficariam reduzidas. Ainda que se saiba que o imputado, sobretudo no caso de crimes graves, ainda poderia alterar as provas, este é um custo que o sistema penal garantista deve estar disposto a pagar se quer salvaguardar sua razão de

ser⁷⁵. Consoante Ferrajoli, a manutenção da detenção após esse primeiro interrogatório teria como fim colocar o imputado em posição de inferioridade, de sujeição perante a acusação, obrigando-o eventualmente a confessar, permitindo que a acusação ou outros interessados manipulem a prova, e impedindo que o próprio réu recolha provas para a sua defesa. Nas palavras de Ferrajoli,

“Desde este punto de vista, en definitiva, la prisión preventiva después del interrogatorio puede valorarse positivamente sólo por quienes consideren el papel de la defensa como un inoportuno estorbo y la instrucción como inquisición de parte. Por el contrario, dentro de una concepción cognoscitivista y acusatoria del proceso, la prisión provisional no sólo no es necesaria sino que resulta perjudicial para la averiguación de la verdad por el cauce del juicio contradictorio.”⁷⁶

No que tange à tutela da prova, é necessário verificar se existem outras formas que permitam a sua coleta segura sem um custo tão alto quanto a privação da liberdade. Em verdade, não é razoável ou proporcional que o acusado ou réu permaneça preso durante o processo por que é simplesmente *conveniente* (esta é denominação utilizada pelo Código de Processo Penal) para o Estado⁷⁷, deficitário em recursos investigativos, com uma polícia judiciária deficiente, mal capacitada e mal remunerada para permitir uma investigação e coleta de provas mais precisa, ágil e eficaz, assim como uma justiça morosa e deficitária.

A segunda hipótese de encarceramento com finalidade cautelar é a de prisão para assegurar a aplicação da lei penal, que se fundamenta no perigo de fuga do suspeito, acusado ou réu. Trata-se de prisão como cautela final, que visa assegurar o escopo jurídico do processo, ou seja, a aplicação do direito penal através da execução da sentença condenatória.

O perigo de fuga é indicado pela doutrina e jurisprudência como um dos principais fundamentos da prisão cautelar. No entanto, é necessário desmistificar o perigo de fuga, uma vez que nem sempre ele é um temor fundado.

É neste sentido que Ferrajoli assevera que o perigo de fuga não configura motivo bastante para justificar o encarceramento provisório. Primeiramente, o mestre italiano adverte que muitas vezes a fuga é provocada mais pelo temor da

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p.559.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 558.

⁷⁷ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 216. Tornaghi ressalta que melhor teria sido se o legislador, ao invés de conveniência, tivesse dito “necessidade” para a instrução criminal: TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 92.

prisão preventiva do que pelo temor da pena. Além disto, há que se ter em vista que é muito difícil uma fuga definitiva numa sociedade informatizada e internacionalmente integrada como a atual. Acrescenta ainda que a fuga, ao obrigar o imputado a permanecer na clandestinidade e em situação de permanente insegurança, já é em si uma penalidade⁷⁸.

Ainda que se sustente que os argumentos supracitados não eliminam completamente o perigo de fuga como fundamento da prisão provisória enquanto medida cautelar necessária à efetividade do processo penal, não se pode, de forma nenhuma, desconsiderá-los. Primeiramente, há que se ter em vista que, entre o risco de se privar antecipadamente da sua liberdade um inocente e o risco de que um culpável se subtraia à execução da pena, entende-se que é mais razoável e justo que se opte pela segunda alternativa. Essa é sempre a opção do modelo garantista:

“La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Los dos tipos de certeza y los costes ligados a las incertidumbres correlativas reflejan intereses y opciones políticas contrapuestas: por un lado, la máxima tutela de la certeza jurídica respecto de las ofensas ocasionadas por los delitos; por otro lado, la máxima tutela de las libertades individuales respecto de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias.”⁷⁹

Em segundo lugar, tais argumentos são fundamentais para, à luz do princípio da proporcionalidade, repensar-se a necessidade da prisão cautelar e de buscar alternativas para salvaguardar o interesse de aplicação da lei penal sem um custo tão alto como a privação da liberdade. Conforme se verá no próximo item, o projeto de reforma do Código de Processual Penal contempla várias medidas cautelares que representam uma alternativa viável à prisão provisória.

Ferrajoli constata que o perigo de fuga é proporcional à severidade das penas. As perspectivas de fuga do réu seriam maiores, devido ao temor de uma pena gravosa. Assim, a redução ou mitigação das penas reduziria esse perigo.

⁷⁸ Esses argumentos já em 1935 eram sustentados por Tostes Malta, que ainda observava que mesmo nos casos de fuga para o exterior, pode ser utilizado o recurso da extradição, instrumento cada vez mais comum entre os povos: MALTA, Christóvão Pirabibe Tostes. *Da prisão preventiva*. São Paulo: Saraiva, 1935, p. 16.

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 106.

Ferrajoli sugere, a curto prazo, a redução do tempo de duração da pena privativa de liberdade para no máximo dez anos, e a longo prazo, a abolição da pena privativa de liberdade, o que determinaria também a extinção da prisão provisória.

Não obstante, buscando compatibilizar o escopo político do *Garantismo* ao escopo jurídico-processual de salvaguardar a aplicação eficaz da lei penal àqueles que a infringem, admite-se a prisão como cautela em hipóteses excepcionalíssimas, quando resulte comprovado o perigo de fuga. É imprescindível à configuração do *periculum libertatis* que se apresente fatos concretos que demonstrem de maneira clara e determinada o receio de evasão do acusado, suspeito ou réu. O que não se pode jamais conceber é qualquer hipótese de presunção de fuga, fruto de ilações ou criações fantasmagóricas⁸⁰, que ofendem o princípio de presunção de inocência. Assim, é fundamental um exame severo, rigoroso acerca do *periculum libertatis*, que deve ser um perigo com base em elementos concretos e objetivos. Alegações de que a pena cominada à infração penal é muito grave, ou de que a situação economicamente favorável do réu indica uma possível fuga, são elucubrações que, de forma isolada, sem a indicação de fatos concretos que demonstrem que o réu pode se valer de tal vantagem econômica ou de outros subterfúgios para empreender a fuga, não são suficientes para justificar a prisão cautelar do imputado.

Além disso, há que se buscar alternativas à prisão que somente deverá ser imposta quando o perigo de fuga não puder ser conjurado através de outras medidas menos gravosas que deverão ser previstas expressamente em lei, como a retenção de passaporte, a expedição de documentos que permitam o trânsito restrito, a obrigatoriedade de recolhimento noturno em estabelecimentos especiais, a obrigação de comparecimento periódico do réu ao tribunal para informar suas atividades e comprovar sua presença na comarca, entre outras medidas restritivas de direitos⁸¹. Conforme se verá no próximo tópico, o projeto de reforma do

⁸⁰ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 199. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 393: “No campo das restrições à liberdade individual, então, predomina no Código de 1941 um certo espírito policialesco, fundado sempre na presunção da culpabilidade do acusado, quando não na presunção de sua fuga”.

⁸¹ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, pp. 217-218: o autor indica ainda a utilização de dispositivos tecnológicos de vigilância, como por exemplo o uso de pulseiras GPS (sistema de posicionamento global) ou outros recursos.

Código de Processo Penal contempla tais medidas restritivas de direitos como medidas cautelares alternativas à prisão provisória.

Mais uma vez em observância do princípio da proporcionalidade, é fundamental ainda um juízo acerca da probabilidade de que o resultado do processo seja a aplicação de pena privativa da liberdade através de sentença penal condenatória, o que implicará necessariamente na verificação da pena e do seu regime de cumprimento a serem supostamente aplicados:

“Por lo tanto, al analizar la proporcionalidad de la injerencia se debe poner en la balanza la gravedad de la consecuencia penal que cabe esperar. Si esta consecuencia penal no alcanza ala privación de libertad, entonces la perdida de la libertad para asegurar la consecuencia penal resulta desproporcionada. Por tanto, la prohibición de exceso exige que la perdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva solo sea posible cuando resulta esperable uma pena de prisión.”⁸²

5.3

Medidas alternativas à prisão cautelar: Apontamentos sobre a prisão provisória e outras medidas cautelares no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal

Em 2000, o então Ministro da Justiça, José Carlos Dias, constituiu uma comissão para a elaboração de Projeto de Reforma do vigente Código de Processo Penal de 1941, tendo como membros renomados juristas brasileiros⁸³. Com a saída do Ministro, o novo titular, José Gregori confirmou a Comissão de Reforma que empreendeu trabalho permeado por intensa participação e discussão no meio jurídico⁸⁴. O resultado foram sete Projetos de Lei⁸⁵, entre eles, o de nº 4208/2001

⁸² HASSEMER, Winfried. Critica al derecho penal de hoy. P. 112 apud , Ana Cláudia Bastos de. Prisão provisória: cautelaridade ou banalidade? In: *Revista de Estudos Criminais*, ano 1, 2001, n. 03, p. 86.

⁸³ A Comissão de reforma, composta através da Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, tinha como membros: Ada Pelegrini Grinover (Presidente), Petrônio Calmon Filho (Secretário), Antonio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (que mais tarde foi substituído por Rui Stoco), Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti.

⁸⁴ Sobre o trabalho da comissão de reforma, discorre CHOUKR, Fausi Hassan. *A reforma do processo penal brasileiro*, que contou “com a participação de alguns nomes expressivos do mundo acadêmico brasileiro e que, de certa forma, foi discutida pela sociedade, ao menos no âmbito jurídico. Nesse tópico é necessário frisar positivamente que os anteprojetos foram colocados à disposição, e muitas das sugestões inicialmente propostas foram modificadas em virtude do debate havido com os mais diversos operadores do direito”.

que altera dispositivos do Código de Processo Penal relativos ao Título IX que cuida da prisão e da liberdade provisória e que, atualmente, encontra-se em fase de apreciação pelo Plenário da Câmara dos Deputados. Nas palavras da Presidente da comissão de reforma, Ada Pellegrini Grinover,

“a sistematização e atualização do tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança, buscam superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com reformas sucessivas, que desfiguraram o sistema e, ao mesmo tempo, ajustá-lo às exigências constitucionais e colocá-lo em consonância com as modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e Portugal”.⁸⁶

A princípio, numa leitura superficial, pode parecer que o projeto buscou dar à prisão provisória um caráter de exceção, ao elencar uma série de medidas cautelares alternativas ao encarceramento, importante inovação em termos de aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria cautelar. No entanto, a modificação é apenas aparente. Em verdade, as “outras medidas cautelares” não serão, de acordo com o projeto, aplicadas em preferência à prisão, pelo contrário: elas serão aplicadas sempre que não couber a prisão preventiva, cujos requisitos estão bem delineados no art. 312.

A redação do art. 283, §2º é clara ao determinar que “quando não couber prisão preventiva, o juiz *poderá* decretar outras medidas cautelares (art. 319).” Também os arts. 321 e 324, inc. III confirmam a orientação do Projeto de que a prisão provisória é a regra: o primeiro artigo dispõe que o juiz poderá conceder liberdade provisória ao réu cumulada com medida cautelar prevista no art. 319, somente se inexistirem os requisitos que autorizam a prisão preventiva; o segundo dispositivo determina, como condição para a concessão de fiança, a ausência de

⁸⁵ Projetos de lei nº 4209/2001 (sobre a investigação criminal), nº 4207/2001 (sobre suspensão do processo e procedimentos), nº 4205/2001 (sobre provas), nº 4204/2001 (sobre interrogatório e defesa legítima), nº 4208/2001 (sobre prisão, medidas cautelares e liberdade provisória), nº 4203/2001 (sobre o júri), nº 4206/2001 (sobre recursos e ações de impugnação). A intenção dos membros da comissão foi a de reforma parcial, tendo-se em vista a morosidade da tramitação legislativa de um novo código, mas justificada também pela coerência da revisão de institutos inteiros e não de dispositivos legais isolados, que poderia comprometer a unidade do sistema: “reformas tópicas, portanto, mas não isoladas, para que se mantenham a unidade a homogeneidade do sistema; e reformas tópicas que não incidam apenas sobre alguns dispositivos, mas que tomem por base institutos processuais inteiros, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros”: GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do processo penal: adendo ao relatório das atividades da comissão de reforma do Código de processo penal. In: www.tj.ro.gov.br/emeron, acesso em 30-05-2007.

⁸⁶ Ibid.

motivos que autorizam a decretação de prisão preventiva. Assim, de acordo com o projeto, a prisão “ainda é a *prima-dona* das medidas cautelares”⁸⁷.

O artigo 319 elenca oito medidas cautelares diversas da prisão. A medida cautelar será decretada pelo juiz no momento da concessão da liberdade provisória. São elas:

- a) comparecimento periódico em juízo para informar e justificar atividades;
- b) proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares;
- c) proibição de manter contato com pessoa determinada;
- d) proibição de ausentar-se do país para evitar a fuga ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução;
- e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima não superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalhos fixos;
- f) suspensão do exercício de função pública ou de natureza econômica ou financeira;
- g) internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser o mesmo inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;
- h) a fiança, nas infrações penais que a admitirem, que poderá ser cumulada com outras medidas cautelares.

De acordo com o Projeto, a medida cautelar que proíbe o indiciado ou acusado de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, e o mesmo será intimado para entregar o passaporte no prazo de vinte e quatro horas. Essas medidas são fundamentais para impedir ou, ao menos, restringir, a possibilidade de fuga do indiciado ou acusado e, conseqüentemente, de evitar a prisão para tal desiderato. Não se entende então porque tal medida cautelar só poderá ser decretada se não existirem os requisitos para a decretação de prisão preventiva; ela deveria ser uma *verdadeira alternativa* ao encarceramento. Mas o que o projeto determina é que, se existem nos autos do inquérito ou do processo fatos concretos que determinam o perigo de o indiciado ou acusado fugir, não será empregada a medida cautelar alternativa, pois, primeiramente, sempre será caso

⁸⁷ CHOUKR, Fausi Hassan. *A reforma do processo penal brasileiro*.

de prisão, a não ser, é claro, que esteja presente o *periculum libertatis*, mas não os demais requisitos autorizadores do encarceramento. O que se constata é que as chances de decretação das outras medidas cautelares sempre restarão diminuídas em face da supremacia da prisão cautelar.

O art. 282 determina quais são os critérios nos quais os juízes deverão se basear para a aplicação das medidas cautelares, inclusive da prisão provisória:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais;

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Constata-se que tal dispositivo repete no inciso I os fundamentos já estabelecidos no art. 312 para as prisões preventivas: necessidade para fins instrumentais e também para prevenção de crimes. A novidade está no inciso II que, ao exigir a adequação das medidas cautelares às condições pessoais do indiciado ou acusado, sem especificar quais seriam tais condições, abre espaço para que se leve em consideração os antecedentes criminais e a reincidência do indiciado ou acusado como critérios para a determinação de prisão cautelar.

Também não se entende como razoável o critério que se baseia na gravidade do crime, uma vez que não se estará, na hipótese, aplicando pena e sim uma medida cautelar para quem ainda não foi definitivamente julgado, e onde não se exige um juízo de certeza sobre a autoria do crime, de forma que o melhor critério seria, além da necessidade para fins instrumentais ao processo, a adequação às circunstâncias do fato, que é critério objetivo, constatável e refutável.

O §2º do art. 282 determina que as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz de ofício, a requerimento das partes, ou, quando cabível, por representação da autoridade policial (nas hipóteses legais de prisão temporária). No entanto, a previsão de decretação de medidas cautelares *ex officio*, notadamente a prisão provisória, não se adequa à estrutura típica do modelo acusatório, em tese orientador das modificações em questão e definido pela Presidente da comissão de reforma como “poderosa tendência do processo penal contemporâneo”, salientando que tal idéia inclusive faz parte do Código Modelo

de Processo penal para Ibero-América⁸⁸. O sistema acusatório exige, para a concessão de medidas cautelares do processo penal, um juiz imparcial e equidistante⁸⁹, o que, ao nosso entender, ficaria comprometido com a decretação da medida *ex officio* pelo juiz. Conforme já afirmado alhures, entende-se que a prisão cautelar e outras medidas dessa natureza deverão sempre ser requeridas pela parte acusatória interessada – Ministério Público ou ofendido – em caso de prisão preventiva, ou pelo Delegado de Polícia, em caso de prisão temporária, sob pena de quebra da imparcialidade, e, conseqüentemente, da acusatoriedade do processo.

O art. 283, §3º acrescenta ponto relevante e fundamental do tratamento da matéria: invoca o princípio da proporcionalidade em matéria de medidas cautelares, ao determinar que elas não se aplicam à infração a que não for cominada, de forma isolada, cumulativa ou alternativamente, pena privativa de liberdade. É com certeza um ponto positivo do Projeto.

Com relação à necessidade de se realizar o contraditório no procedimento cautelar, a exemplo de países como França e Itália⁹⁰, o Projeto deixa a desejar, na medida em que determina apenas que o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, exceto nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. Ora, de uma maneira ou de outra, sempre haverá urgência em matéria cautelar. Isso, no entanto, não impede que seja realizado o contraditório no âmbito cautelar, a fim de se conferir oportunidade de o indiciado ou acusado manifestar-se sobre as razões alegadas pelo Ministério Público ou pela Autoridade Policial. O §3º do art. 282 refere-se somente à intimação do indiciado ou acusado, não mencionando se, naquela oportunidade, ele poderá exercer o seu direito de refutar as razões de necessidade e adequação

⁸⁸ O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América serviu de base para uma profunda reforma dos sistemas processuais de países como Argentina, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Chile, Venezuela, Bolívia, Paraguai e para os projetos de Honduras e do Equador. Em suas idéias também forma fundamentadas as reformas dos códigos da Itália e de Portugal. GRINOVER, Ada Pelegrini. A reforma do processo penal: adendo ao relatório das atividades da comissão de reforma do Código de processo penal.

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pelegrini. A reforma do processo penal: adendo ao relatório das atividades da comissão de reforma do Código de processo penal.

⁹⁰ No sistema francês, o juiz, antes de decretar a prisão preventiva, deverá ouvir o acusado na presença do seu advogado, e, ainda que o juiz decida pela medida constritiva, poderá o acusado preso apresentar defesa em cinco dias. Na Itália, após a execução da ordem de prisão preventiva, o juiz deverá, em 10 dias ou em 48 horas (se o pedido de prisão foi feito pelo Ministério Público), realizar o chamado interrogatório de garantia, onde o acusado, comparecendo pessoalmente, deduzirá suas razões que poderão levar o juiz a modificar a sua decisão: MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Considerações sobre a prisão cautelar, pp. 451-452.

da medida cautelar requerida. Entende-se que esse direito deveria ser conferido ao acusado durante interrogatório ou incidente realizado antes da decretação da prisão, e na presença de advogado, e também como ocorre no modelo francês, após a decretação da medida, através de defesa escrita.

Além disso, o procedimento também não faz menção a um controle dos requisitos e motivos da medida cautelar decretada, o que se entende necessário dado o seu caráter de revogabilidade ou de substitutividade por outra medida cautelar, quando o juiz verificar que o motivo que a ensejou não mais subsiste (artigo 299, §5º). Esse é um remédio fundamental para os males advindos do encarceramento provisório, que Tornaghi⁹¹ denomina “procedimento examinatório” adotado, por exemplo, pela legislação alemã, e que obriga o juiz a reexaminar a situação do preso provisório para verificar se a prisão deve ser mantida.

O Projeto de Reforma contempla também a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar (recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, de onde só poderá ausentar-se com autorização judicial) nas restritas hipóteses do art. 318, que enumera condições relativas à idade avançada (maior de 70 anos), à doença grave, gestação a partir do sétimo mês de gravidez ou de alto risco, e em caso de o indiciado ou acusado tiver sob sua dependência necessária menor de sete anos de idade ou deficiente físico ou mental.

Importante modificação, clamada há tempos pela doutrina, e que visa justamente a adequar o Código de Processo Penal às exigências garantistas da Constituição, vem disposta no artigo 2º do Projeto, que revoga os artigos 393, 594, 595 e os parágrafos do artigo 408 do Código de Processo Penal, de forma que as prisões decorrente de pronúncia e de sentença penal condenatória recorrível deixam de existir no ordenamento jurídico brasileiro, assim como a obrigatoriedade de prisão como condição para o réu apelar de sentença penal condenatória. Sobre essa louvável modificação, discorre Ada Pellegrini:

“A revogação dos artigos 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408 do Código de Processo Penal tem como objetivo assentar que toda prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória somente pode ter caráter cautelar. A

⁹¹ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*, p. 12.

execução antecipada da sentença penal não se coaduna com os princípios garantidores do Estado de Direito.”⁹²

O art. 283 elenca as hipóteses legais de prisão de acordo com nova redação do Código: prisão em flagrante delito; prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado; prisão temporária, decretada no curso da investigação; e prisão preventiva, decretada no curso do processo. O citado dispositivo repete ainda a regra constitucional de que, exceto no caso de flagrante delito, todas as demais prisões deverão ser decretadas por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

A prisão preventiva e a prisão em flagrante são reformuladas pela nova redação do Projeto. As maiores alterações dizem respeito à preventiva, ainda que não sejam verdadeiras alterações de conteúdo. A prisão temporária, expressamente indicada no art. 283, infelizmente continua em vigor através da lei 7960/89.

No tratamento da prisão em flagrante, o Projeto apresenta algumas orientações positivas, que correspondem às indicações da melhor doutrina para a interpretação do instituto em conformidade com a Constituição. O art. 310 contempla no *caput* três caminhos para o juiz ao receber os autos de prisão em flagrante, e que, ao que tudo indica, deverão ser observadas na seguinte ordem: primeiramente, o juiz deverá verificar se a prisão preventiva é ilegal e, em caso positivo, relaxá-la; em sendo a prisão legal, deverá verificar se estão presentes os requisitos do art. 312, quando deverá então converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, mantendo o encarceramento; e por fim, se não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva, deverá conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. O juiz poderá ainda conceder ao acusado a liberdade provisória mediante o comparecimento a todos os atos processuais, se verificar pelo auto de flagrante que o mesmo cometeu o fato em alguma das hipóteses de exclusão da ilicitude (art. 23, incs. I a III, Código penal); trata-se de regra que já existia na redação anterior. O artigo 310 exige ainda que qualquer dessas decisões judiciais seja fundamentada pelo juiz.

⁹² GRINOVER, Ada Pelegrini. A reforma do processo penal: adendo ao relatório das atividades da comissão de reforma do Código de processo penal.

Com relação à prisão preventiva, as mudanças não têm uma dimensão verdadeiramente inovadora. A nova redação do art. 312 repete de maneira quase idêntica o requisito *fumus commissi delicti*, ao exigir a verificação da “existência de crime e indícios suficientes de autoria”. De acordo com a nova redação do art. 313, a prisão preventiva só será admitida nos crimes dolosos punidos com pena máxima superior a quatro anos, ou quando o indiciado ou acusado for reincidente. A primeira hipótese é louvável, na medida em que restringe a decretação de prisão preventiva aos crimes que, em tese, poderão estar sujeitos à pena privativa de liberdade no momento da sentença condenatória, ficando desde já excluídas as infrações penais de menor potencial ofensivo. A segunda hipótese (reincidência) repete regra anterior, o que se constata com pesar, uma vez que a reincidência é instituto idôneo somente para estigmatizar o réu, presumindo sua periculosidade. Também é importante ressaltar, agora com felicidade, que, de acordo com o projeto, o inciso II do art. 313 não mais contempla aquela hipótese de prisão provisória para crimes punidos com detenção, quando se verificasse que o réu era vadio ou houvesse dúvidas sobre a sua identidade.

Com relação ao *periculum libertatis*, há na redação do projeto a previsão expressa de que a prisão deverá basear-se em “fundadas razões”, mas tais razões, que são os verdadeiros fundamentos da prisão preventiva enquanto medida cautelar, em essência não se modificaram⁹³. A nova redação do art. 312 determina que a prisão preventiva poderá ser decretada se houver “fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença”, onde se percebe que se mantiveram as mesmas razões instrumentais anteriores. No entanto, ao invés de retirar de vez do regramento processual penal a malfadada prisão provisória “para garantia da ordem pública e para garantia da ordem econômica”, a nova redação do art. 312 criou uma modalidade de prisão provisória específica que invoca uma razão que sempre foi identificada como hipótese de ofensa à ordem pública ou à ordem econômica: quando ocorrem “fundadas razões de que o indiciado ou acusado (...) venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência

⁹³ CHOUKR, Fausi Hassan. *A reforma do processo penal brasileiro*: “a fundamentação da denominada prisão preventiva manteve-se na sua essência idêntica à redação atual, que é combatida à exaustão pela doutrina mais esclarecida e pela jurisprudência.”

ou grave ameaça à pessoa”. Trata-se de modalidade de prisão sem qualquer finalidade instrumental ao processo, que tem como objetivo específico a prevenção especial de crimes, ou, melhor dizendo, a prevenção da prática, pelo indiciado ou acusado, das infrações penais descritas no texto. O Código, portanto, uma vez aprovada a nova redação do projeto, continuará a contemplar expressamente modalidade de prisão provisória sem natureza cautelar, baseada em critérios subjetivos e, portanto, difíceis de serem comprovados de forma objetiva pelos elementos constantes dos autos. A consequência será a continuidade do tratamento da prisão preventiva com base em indícios e presunções pessoais do julgador, critérios hipotéticos e abstratos que ferem o princípio da refutabilidade das provas, dando margem a decisões arbitrárias⁹⁴. Além disso, essa específica hipótese de prisão preventiva continua a abrir possibilidades para que ela seja decretada com a finalidade de defesa social, ou seja, de combater os riscos da criminalidade contemporânea, ao fazer expressa menção ao crime organizado, infração que tem sido utilizada mundialmente como justificativa para o processo penal preventivo ou de emergência.

O Projeto acrescentou ao artigo 312 um parágrafo único que determina que a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares contempladas no art. 319. No entanto, essa possibilidade não exige expressamente do juiz a verificação dos requisitos necessários à natureza cautelar da prisão, o que pode abrir a possibilidade de uma convolação automática e arbitrária de qualquer dessas medidas cautelares em prisão preventiva.

Conclui-se, portanto, que o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, no que diz respeito ao tratamento da prisão provisória, não apresenta modificações de grande relevo e, conseqüentemente, não são merecedoras de maior entusiasmo, principalmente porque continua a contemplar a possibilidade de prisão preventiva sem natureza cautelar. Nesse ponto, é flagrante o descompasso entre as finalidades declaradas pela comissão de reforma e o conteúdo do Projeto, assim como o objetivo de adequar o processo ao modelo acusatório.

⁹⁴ BECK, Francis. Apontamentos críticos sobre a prisão provisória no direito processual penal brasileiro, p. 88.

Além disso, é decepcionante constatar que a colocação da prisão em situação de supremacia em relação às outras medidas cautelares desconfigura completamente o que poderia ser *uma verdadeira revolução no tratamento do processo penal cautelar*: a aplicação das outras medidas cautelares realmente como alternativas ao encarceramento provisório, ou seja, com a aplicação da prisão apenas aos casos estritamente necessários, em que as outras providências não se mostrassem suficientes para garantir a instrumentalidade do processo. Se esta fosse a orientação do projeto, a utilização da prisão enquanto medida cautelar seria gradualmente restringida, e, quem sabe, num futuro próximo, abolida do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o problema da ilegitimidade da prisão provisória seria a curto prazo minimizado através da efetivação do princípio da proporcionalidade, ou seja, pela aplicação de outras medidas cautelares menos gravosas que a prisão, combinado com a implementação de um verdadeiro contraditório no âmbito do processo penal cautelar e do efetivo respeito aos princípios, direitos e garantias penais e processuais. Entende-se que este é o *caminho* para a abolição da prisão provisória do ordenamento jurídico pátrio, que passa necessariamente por um amadurecimento da democracia na sociedade brasileira.

Neste sentido, é decisiva a liberdade política, com o intuito de permitir e promover o debate público e aberto sobre as questões penais, envolvendo todos os segmentos sociais⁹⁵. A questão da legitimidade da prisão abre-se aí para um novo prisma, que, partindo da concepção de Habermas, deverá ser discutida com base num procedimentalismo democrático onde o cidadão possa ser, ao mesmo tempo, autor e destinatário das normas. Os direitos, nessa perspectiva, não nos são distribuídos por nenhuma instância ou por alguém; eles nos são atribuídos por nós mesmos. Habermas resgata da modernidade a idéia de cidadania como autodeterminação, que deve estar alicerçada na pluralidade cultural das sociedades contemporâneas. Para tanto, Habermas ressalta, na linha de Piaget e Kohlberg, a

⁹⁵ “Os direitos políticos e civis, especialmente os relacionados à garantia de discussão, debate, crítica e dissensão abertos, são centrais para os processos de geração de escolhas bem fundamentadas e refletidas. Esses processos são cruciais para a formação de valores e prioridades, e não podemos, em geral, tomar as preferências como dadas independentemente de discussão pública, ou seja, sem levar em conta se são ou não permitidos debate e diálogos”: SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 180.

necessidade de um projeto educacional direcionado para a cidadania, buscando desenvolver a cidadania ativa. A concepção republicana de direitos, segundo Habermas “vincula a legitimidade da lei ao procedimento democrático da gênese dessa lei, estabelecendo assim uma conexão interna entre a prática da autodeterminação do povo e o império impessoal da lei”⁹⁶.

Expurgar a prisão – seja qual for a natureza que se lhe atribua – é peça fundamental para a emancipação das sociedades democráticas, para a construção de uma comunidade de indivíduos livres, iguais e solidários, onde o respeito ao homem enquanto cidadão signifique também a tolerância para com os desvios do comportamento humano e da busca por soluções que não afrontem a sua dignidade.

⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. Três Modelos Normativos de Democracia. In: *Revista Lua Nova*, São Paulo, n.36, 1995, p. 42.

Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALMEIDA, Gabriel Bertin. Afinal quando é possível a decretação de prisão preventiva para garantia da ordem pública? In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 11, n. 44, julho-setembro de 2003.

BACIGALUPO, Enrique. O significado dos direitos humanos no moderno processo penal. Trad. Ricardo Breier. In: **Revista da AJURIS (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul)**, ano XXXII, n. 99, setembro de 2005.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Trad. Marianela Pérez Lugo e Patrícia Chiantera. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 8, n. 29, janeiro-março de 2000.

_____. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 2, n. 5, janeiro-março de 1994.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

_____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BATISTA, Weber Martins. Recurso do réu em liberdade: uma releitura dos artigos 594 do CPP e 35 da Lei 6368/76. In: **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n.21, outubro/dezembro de 1994.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 114.

BECK, Francis. Apontamentos críticos sobre a prisão provisória no direito processual penal brasileiro. In: **Revista de Estudos Criminais**, ano 1, 2001, n. 04.

BECK, Ulrich. **World Risk Society**. Cambridge: Polity Press, 2001.

- BINDER, Alberto M. Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 8, n. 29, janeiro-março de 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte geral, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi da edição italiana de 1936. Campinas: Servanda, 2000.
- _____. **Direito Processual Civil**. Vol I. Estudos sobre o processo civil. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbery. São Paulo: Bookseller, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.
- _____. **Sistema de Direito Processual Civil**. Vol.I. Introdução e função do proceso civil. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.
- CARVALHO, Salo. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CASTRO, Élcio Pinheiro de. Prisão cautelar. In: **Revista dos Tribunais**, ano 95, vol. 844, fevereiro de 2006.
- CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- CHOUKR, Fausi Hassan. **A reforma do processo penal brasileiro**. In: www.cejamerica.org, acesso em 30-04-2007.
- _____. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar. Prisões cautelares – o uso e o abuso. In: **Revista do Tribunais**, ano 83, vol. 703, maio de 1994.

- COSTA, Breno Melaragno. Princípio constitucional de presunção de inocência. In: **Os princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- COSTA, Paula Bajer Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v.06. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- DENNINGER, Erhard: “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”. In **Revista Brasileira de Estudos Políticos da Universidade Federal de Minas Gerais**, no 88, dez., 2003.
- DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 1987.
- DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e Segurança (entre pombos e falcões)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.
- FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia – Considerações. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Editora Revista dos Tribunais, ano 11, n.41, janeiro-março de 2003.
- FLACH, Norberto. **Prisão processual penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et alli. Madrid: Trotta, 2005.
- _____. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andréa Gruppi. Madrid: Trotta, 2004.
- FOUCAULT, Michel. **Michel Foucault. Entrevistas**. Trad. Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. São Paulo: Graal, 2006.

_____. **Vigiar e punir**. Trad. Ligia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1983.

_____. Conferências IV e V. In: **A Verdade e a formas jurídicas**, Cadernos da PUC: Rio de Janeiro, 1974.

GÓMEZ, José María. **Direitos Humanos, Desenvolvimento e Democracia na América Latina**. Rio de Janeiro: Praia Vermelha, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Direito de apelar em liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Prisão cautelar versus direito de apelar (STJ assume importantíssima posição garantista). In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 61, ano 5, dezembro de 1997.

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

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A reforma do processo penal: adendo ao relatório das atividades da comissão de reforma do Código de processo penal**. In: www.tj.ro.gov.br/emeron, acesso em 30-05-2007.

_____. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. **As condições da ação penal**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1994.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional**. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Notas sobre a tríade de Denninger: diversidade, segurança e solidariedade. Tradução provisória de Menelick de Carvalho Neto, da tradução

de Christopher Long e William Scheuerman. In: **Revista Constellations**, v. 07, no 04, 2000.

_____. Três Modelos Normativos de Democracia. In: **Revista Lua Nova**, São Paulo, n.36, 1995.

HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. In: **Revista Del Rey Jurídica**, ano 8, n. 16, Belo Horizonte, 1º semestre de 2006.

_____. Crítica al derecho penal de hoy. P. 112 apud , Ana Cláudia Bastos de. Prisão provisória: cautelaridade ou banalidade? In: **Revista de Estudos Criminais**, ano 1, n. 03, 2001.

HOBBS, Thomas. Do cidadão. Trad. Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de inocencia e prisión sin condena. In: **Revista de la Asociación de Ciências Penales de Costa Rica**, año 9, n. 13, agosto de 1997, p. 01. disponível em <http://www.poder-judicial.go.cr> , acesso em 01-01-2006.

_____.Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (orgs.) **Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. A prisão no curso do processo em face da nova Constituição. In: **Revista Justitia**, n. 145,1989.

[KARAM, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis. In: **Revista de Estudos Criminais**, ano 3, n. 11, parecer, 2003.

_____. O direito a um julgamento justo e as liberdades de expressão e informação. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)**, n. 107, out./2001.

_____. Prisão e liberdade processuais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 1, n.2, abril-junho de 1993.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** Trad. L. C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução de L. C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KOERNER, Andrei. Direito, regulação e governamentalidade. In: SCAVONE, Lucila; ALVAREZ, Marcos César; MISKOLCI, Richard. **O legado de Foucault.** São Paulo: Editora da UNESP, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista).** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Considerações sobre a prisão cautelar. In: **Revista dos Tribunais**, ano 89, vol.773, março de 2000.

MALTA, Christóvão Pirabibe Tostes. **Da prisão preventiva.** São Paulo: Saraiva, 1935.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Vol IV. Campinas: Bookseller, 1997.

MÉNDEZ, Juan E., O'DONNELL, Guillermo, PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). **Democracia, violência e injustiça. O não-Estado de Direito na América Latina.** São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **Instituições de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1971.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal – evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Prisão provisória: cautelaridade ou banalidade? *In: Revista de Estudos Criminais*, ano 1, n. 03, 2001.

PLASTINO, Carlos Alberto. O direito na crise do paradigma da modernidade. In: CUNHA, José Ricardo Ferreira. **Direito e estética: fundamentos para um direito humanístico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. Os horizontes de Prometeu: Considerações para uma crítica da modernidade. In: **Contratualismo e Modernidade. Cadernos de Teoria Política Moderna**. Rio de Janeiro: Departamento de Direito, PUC-Rio, ano II, n. 1, 1996.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Prisão e liberdade no Processo Penal Brasileiro**. In: www.direitosfundamentais.com.br, acesso em 02-02-2005.

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

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal – Parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

_____. **Política Criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ROSENFELD, Michael. O constitucionalismo americano confronta o novo paradigma constitucional de Denninger. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos da Universidade Federal de Minas Gerais**, no 88, dez., 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *In: Revista de Estudos Criminais*, n. 10, Porto Alegre: Nota Dez, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reforma judicial e crise do direito na América Latina. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 07, n. 86, janeiro de 2000.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da prisão cautelar. In: **Revista dos Tribunais**, ano 91, vol. 801, julho de 2002.

SUANNES, Adauto. Os fundamentos éticos do devido processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas da segurança pública. In: HOLLENSTEINER, Stephan (org.). **Estado e Sociedade Civil no Processo de Reformas no Brasil e na Alemanha**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol. 02. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Manual de processo penal. Prisão e liberdade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

_____. **Instituições de processo penal**, Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1957.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol 3. São Paulo: Saraiva, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

WACQUANT, Löic. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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](#)