ANÁLISE DA PRISÃO PREVENTIVA SOB O ENFOQUE GARANTISTA

Rodrigo Silva Pires de Sá

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

1. Introdução

A explosão da criminalidade de massa e organizada, o emprego por parte não só do Estado, mas também da sociedade e de muitos operadores jurídicos do direito penal e processual penal simbólicos e pragmáticos acarretaram, especialmente, pela parte da doutrina preocupada com a observância dos princípios constitucionais, o desenvolvimento da teoria do garantismo penal, inicialmente, tratada por Luigi Ferrajoli¹, na Itália.

Indiscutivelmente, sustentar a legitimidade e viabilidade de uma política compromissada com o modelo garantista não é tarefa fácil, especialmente em um contexto social onde o que se espera são respostas imediatas e drásticas contra os autores de delitos. Essa tendência, entretanto, cujo reflexo se percebe, com clarividência, em grande parte do ordenamento penal pátrio, representa um total desapego aos postulados da necessidade e da lesividade, nortes irrenunciáveis do Estado Democrático de Direito, padecendo, portanto, de evidente inconstitucionalidade.

2. Uma abordagem sobre o garantismo penal

É a norma fundamental de um Estado que traz os valores relevantes a serem preservados em determinada sociedade. Por essa razão, é a partir da “teoria da hierarquia das normas” que Luigi Ferrajoli vai buscar os fundamentos do modelo garantista. Em um sistema onde existe rigidez constitucional, a Constituição, de acordo com a visão piramidal proposta por Hans Kelsen, é a fonte de validade de todas as demais normas jurídicas, as quais, sob pena de vício fatal, não podem contrariar seus preceitos.

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Neste sentido, Ferrajoli² afirma que o “garantismo - entendido no sentido de Estado Constitucional de Direito, isto é, aquele conjunto de vínculos e de regras racionais impostos a todos os poderes na tutela dos direitos de todos - representa o único remédio para os poderes selvagens”. Sobre o tema, anota Salo de Carvalho³:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados. Os direitos fundamentais adquirem, pois, *status* de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do bem comum. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

Vê-se que o garantismo pressupõe um sistema de poder que possa reduzir o grau de violência e soerguer a idéia de liberdade, não apenas no âmbito criminal, mas em todo o direito. Conforme as lições de Lênio Streck⁴, citado por Salo de Carvalho, a teoria do garantismo penal pode ser concebida como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, podendo ser considerada o traço estrutural e substancial mais característico da democracia.

² Apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 10.

³ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3.ed., ampl. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 19.

⁴ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Op. cit.*, p. 20.

Todavia, a produção legislativa enfrenta sérias dificuldades quando se manifesta no campo social. Isso porque o legislador, confrontado com a pressão que advém da realidade social, vê-se obrigado a instituir leis que, não raro, além de contraditórias nos efeitos que geram, agridem a ordem jurídica, ameaçando as regras do Estado Democrático de Direito. É a chamada “legislação de emergência”.

É o caso, por exemplo, das contradições geradas pelo peso de sanções que estabelecem penas desiguais, fruto do valor político que o delito alcança e não da natureza do ilícito praticado. É certo que a eficácia das normas e das instituições, especialmente penais, é desejo unânime, porém não se pode pagar um alto preço para alcançá-la. Apesar do sentimento de satisfação coletiva que a punição drástica, certa e rápida de um delinqüente possa representar, tal prática não cabe dentro do Estado Penal Mínimo, onde os direitos fundamentais devem ser efetivados.

Inafastável, portanto, a conclusão de que uma resposta penal imediata, expressão de um direito penal “forte”, não é possível a custos nulos, pois ataca, principal e inegavelmente, a dignidade da pessoa humana. Conforme lembra Ferrajoli, este é um modelo incondicionado e ilimitado, caracterizado por sua excessiva severidade. Em tal modelo, a certeza perseguida está em que ninguém culpável resulte impune, admitindo-se, inclusive, o castigo de algum inocente.

O certo é que a eficácia do direito penal e do direito processual penal que tanto se pretende somente será alcançada a partir da obediência irrestrita às garantias fundamentais constitucionalizadas. Portanto, não é admissível a contaminação dos julgadores pelo que se chama de “dramatização da violência”. É ilusório, como já se pensou, afiançar que o recrudescimento de penas e a criação de novos tipos penais possam trazer a segurança coletiva desejada por todos. Flexibilizar as garantias fundamentais em favor de uma justiça sem freios determinará a perda de legitimidade do próprio direito penal democrático.

Nesta senda, a experiência mostra que a lei, por ela mesma, não tem capacidade de se auto-impor à realidade social. Não raro, faz-se referência às leis que “não pegaram”, apesar de continuarem a existir juridicamente. Entretanto, isto é o que basta para a dogmática tradicional, onde a noção de validade das normas permanece restrita à sua mera incorporação formal no sistema. No entender de Ferrajoli, essa concepção puramente formal da validade da lei é fruto de uma simplificação, legada da concepção onipotente do legislador no Estado liberal e derivada de uma incompreensão da complexidade do que se entende por legalidade no Estado constitucional de direito.

O garantismo seria uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e, acima de tudo, substanciais que devem sempre coexistir para que o direito seja válido. É como se a categoria dos direitos fundamentais fosse um dado ontológico para que se pudesse aferir a existência ou não de um direito, isto é, a possibilidade de uma norma ser válida ou não.

Nesta perspectiva, os conceitos de vigência e validade seriam assimétricos e independentes. No dizer de Salo de Carvalho⁵, “vigência trata, essencialmente, da forma dos atos normativos, sendo que a validade diz respeito ao significado e à compatibilidade das normas com os valores materiais expostos nas constituições democráticas.” O aspecto formal do direito está no procedimento prévio existente, onde somente será válida a norma construída de acordo com os procedimentos formais traçados previamente pelo ordenamento jurídico.

Até aqui, nada difere da teoria pura do direito, de Hans Kelsen, para quem a validade da norma estava em outra norma que lhe é anterior no tempo e superior na hierarquia. Ferrajoli, então, insere um novo elemento ao conceito de validade que constitui o dado substancial do universo jurídico, em que a norma viria arraigada de conteúdo, como fundamento dela própria. Esse elemento seriam os direitos fundamentais.

Assim, uma norma vigente, mas não dotada de validade (eminentemente material), estaria expurgada do ordenamento jurídico, em face de sua incompatibilidade com a materialidade dos direitos fundamentais. Daí porque o garantismo reconhece a possibilidade de justificação de um direito penal mínimo. A esse respeito, destaca Ferrajoli⁶: “Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza”.

A teoria do garantismo propõe a observância de axiomas fundamentais que representam, entre nós, os princípios da retributividade da pena, legalidade, necessidade, lesividade, materialidade, culpabilidade, jurisdicionalidade, princípio acusatório, presunção de inocência, ônus acusatório da prova, contraditório e ampla defesa.

⁵ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Op. cit.*, p. 22.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 270.

Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias constitucionais configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica, impedindo que o indivíduo seja convertido em objeto dos processos estatais. Esse mecanismo obriga o Estado a respeitar e proteger o indivíduo contra exposição a ofensas que concretamente ocorrem, *v.g.*, com sua submissão a processos judiciais indefinidos.

A composição teórica que se denominou de garantismo, além de romper com o conceito analítico de norma jurídica, proporcionou redefinições relevantes no papel do jurista, principalmente do julgador, haja vista a ruptura entre os conceitos de validade e vigência. Isso impõe ao intérprete o dever de estar submetido às leis constitucionalmente válidas, tanto no plano formal como material.

A teoria garantista propõe a construção de um modelo que busca a deslegitimação de normas e práticas penais e processuais penais que contenham o manejo arbitrário do poder punitivo do Estado quando em contraste com normas que expressam direitos fundamentais, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

3. O garantismo, o processo penal e as prisões cautelares

Segundo Hassamer⁷, um processo penal que descure do princípio da legalidade desperta impressão de desigualdade, inconseqüência e até engano. Todavia, seria, a curto prazo, econômico e, a longo, politicamente imprudente obrigar as autoridades policiais, do mesmo modo e na mesma intensidade, a fazerem o esclarecimento de todos os delitos como exige o direito penal e o princípio da legalidade, correlato, como foi visto, ao postulado da igualdade. Os recursos pessoais e materiais dessas autoridades serão sempre escassos. Por isso, elas concentrarão seus esforços investigativos de forma seletiva, independentemente do que preveja o legislador, posto não terem alternativa. É a oportunidade que norteará suas ações.

⁷ O princípio da legalidade assegura a igualdade de tratamento dos cidadãos, que é fundamental para a justiça da administração do direito penal, em razão de exigir a aplicação igual das normas de direito penal (MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação do livro de Wilfred Hassamer. Direito penal libertário: tradução de Regina Greve. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 50).

Nesse aspecto, percebe-se que o limite entre legalidade e oportunidade é maleável no processo penal. Sua efetiva combinação, em último caso, depende da ética das autoridades e dos tribunais, do controle realizado pela opinião pública e da confiança da população na administração da justiça penal.

Em razão desta inafastável conclusão, torna-se impositiva a busca imediata da redução do grau de perversão subjacente ao sistema punitivo, especialmente quando nos deparamos com a seletiva criminalização que o sistema opera. Esse modelo faz recair todo seu peso e efeitos danosos sobre setores marginalizados, mantendo imunes os setores hegemônicos, findando por cumprir uma função meramente simbólica.

Atualmente, prolifera a prática do processo penal como forma de punição antecipada. Assim, na maioria dos casos, como salienta Ferrajoli⁸, o sofrimento mais temido pelo imputado não é a pena, mas a execração pública. Tal prática gera conseqüências indelévels na vida do sujeito, que tem sua honra ultrajada e perspectivas de vida e trabalho frustradas. É mais intensa a função infamante da intervenção penal quando do encarceramento preventivo, ao efeito deteriorante da prisão.

A operacionalização da programação garantista exige uma concepção moderna de processo penal e seus valores fundamentais. Apesar de seu caráter instrumental (instrumento de aplicação do direito material), não se pode afirmar que o processo penal seja apenas um mecanismo viabilizador da pretensão punitiva estatal, porque, na verdade, atende uma dupla finalidade: a concretização do *ius puniendi* e a preservação do *ius libertati*. Nesse aspecto, Rogério Lauria Tucci⁹ aponta os escopos do processo penal:

a) O de consecução do desiderato de jurisdicionalização da sanção penal, e, por via de conseqüência, da efetivação do *ius puniendi* mediante, exclusivamente, o exercício do *jus perseguendi*; b) o de afirmação do *ius libertati*, isto é, da liberdade jurídica de pessoa física, especificada à de locomoção, como autêntico e inarredável fundamento do processo penal, restritivo da coação estatal sempre que

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 588.

⁹ Apud DALABRIDA, Sidney Eloy. *Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 34.

excogitado fato penalmente relevante e/ou autoria de crime ou de contravenção.

Se, por um lado, o processo penal é a única via para a imposição da sanção penal, por outro, funciona como garantidor da observância aos direitos fundamentais da pessoa humana, representando um termômetro que marca o grau de cultura adquirido por um povo ao longo da história, pois sua estrutura é capaz de indicar os elementos autoritários da sua constituição. Dalabrida (2005, p.41) salienta a respeito:

Por todas estas razões é que o Processo Penal não pode ser entendido unicamente como instrumento à disposição do Estado para proceder a persecução criminal do agente que praticou uma infração penal, mas se faz também – e até primacialmente – para garantia do acusado.

O Código de Processo Penal, publicado em 1941, está contaminado, porém, pela lógica repressiva do Estado Novo, que findou por edificar uma estrutura alheia aos direitos fundamentais, principalmente, liberdade e igualdade. Como se sabe, tais postulados não eram fontes inspiradoras de seus idealizadores. A tese se confirma com a leitura do fragmento a seguir, extraído da exposição de motivos do atual caderno de leis processuais penais:

Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social¹⁰.

Diante da nova ordem estabelecida pela Carta Magna de 1988, é impositivo o manejo dos instrumentos processuais penais preconizados no Código

¹⁰ *Vade Mecum acadêmico-forense*. São Paulo: Edições Vértice, 2005, p. 762.

de Processo Penal e nas leis extravagantes de forma harmônica com ela para lhes conferir validade material. Deve-se primar por sua conformação com os valores constitucionais consagrados, sendo necessário, em casos de evidente confronto das normas infraconstitucionais com a Carta Magna, afastar sua aplicação no aguardo de uma reforma global do sistema.

3.1 O Processo Penal e o garantismo

O caráter reconhecidamente instrumental do processo penal exsurge a partir da própria estrutura normativa do direito penal, especialmente das normas penais incriminadoras. Os tipos penais trazem um conteúdo, determinando um comportamento proibitivo ou imperativo e uma sanção. Essa reprimenda carece de um sistema previamente concebido para sua incidência, posto que não pode ser aplicada nem mesmo com o consentimento do acusado (*nulla poena sine iudicio*). Dessa forma, o direito penal não pode prescindir do processo, pois a pena sem processo perde sua aplicabilidade. Errônea, contudo, é a defesa deste único viés do processo penal, porquanto, como dito alhures, o procedimento penal também tem como característica peculiar, a proteção aos direitos e garantias individuais.

Trazendo novamente à baila a dicotomia de Ferrajoli entre efetividade e normatividade, percebe-se que o processo penal está pendente de uma maior atividade jurisdicional. Nesse contexto, a função do juiz se sobressai, devendo atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal. Daí dizer Ferrajoli que o modelo penal garantista equivale a um sistema de minimização do poder e maximização do saber judicial, porquanto condiciona a validade das decisões e a verdade, empírica e logicamente controlada, de suas motivações.

Para que haja o comprometimento do operador do direito com o garantismo penal e a conseqüente proteção dos direitos fundamentais, deve ele incorporar a percepção idealizada por Canotilho¹¹: “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as regras que se não conformam a ela”.

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra:Almedina, 1991, p. 45-46.

3.2 Prisões cautelares e os princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade

A exemplo de todo provimento cautelar, no processo penal, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* são os requisitos básicos sem os quais é inadmissível qualquer atuação com vista a garantir o resultado do provimento final. O primeiro se traduz no binômio autoria e materialidade. Tendo-se a certeza desta e a “suspeita” daquela, cabe a medida cautelar. O juízo, quanto à autoria, não é de certeza, mas de probabilidade razoável. O segundo indica o perigo da insatisfação do direito em face da demora na entrega da prestação jurisdicional, quando a liberdade do sujeito ativo representar uma ameaça ao tranqüilo desenvolvimento e julgamento da ação penal ou à futura execução.

Qualquer intervenção estatal cautelar constritiva de liberdade pessoal somente deve se concretizar quando “inexistentes alternativas menos danosas e ultrajantes ao indivíduo e, mesmo quando imprescindível, livres de atentados à sua integridade física, corporal, à sua imagem e todos os demais efeitos deletérios de uma prisionização prematura”¹².

São inúmeros os direitos fundamentais e princípios constitucionais que atuam sobre a atividade jurisdicional cautelar, principalmente sobre aquela que se relaciona com a restrição da liberdade do indivíduo. Desse acervo, os princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade atuarão primordialmente como instrumentos capazes de viabilizar a aplicação do instituto da prisão preventiva sob a ótica garantista.

O princípio da presunção de inocência traduz uma norma de comportamento perante o acusado ou investigado, impedindo que suporte qualquer efeito negativo que decorra automaticamente da simples imputação. Não atua como vetor apenas por ocasião da sentença final, como expressão do brocardo *in dubio pro reo*, mas durante todo o processo criminal e antes mesmo de seu desencadeamento, na fase investigatória, com o escopo primordial de se garantir um processo “justo”. Eugênio Pacelli de Oliveira¹³, sobre o estado de inocência, enfatiza que tal *status* “proíbe a antecipação dos resultados finais do processo,

¹² DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.*, p.69.

¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 4.ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 23-24.

isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal”.

Embora nossa legislação não faça referência expressa à necessidade da adoção de critérios de proporcionalidade na fixação das prisões cautelares, faz-se indispensável que sua aplicação não perca de vista os resultados finais do processo, o que, em última análise, é a sua razão de ser. A análise, diante do caso concreto, da adequação dos meios utilizados pelo legislador para a consecução das finalidades pretendidas, a necessidade da utilização desses meios e a razoabilidade, aferida por meio de uma ponderação entre os objetivos visados e o significado da intervenção, são elementos que permitirão qualificar uma medida como proporcional ou não.

Um exemplo evidente do que vem a se afirmar é a impossibilidade legal de se decretar a prisão preventiva para crimes culposos ou para as contravenções penais, mesmo que se constate a presença dos requisitos fáticos para a sua concessão. Parte-se do raciocínio de que, mesmo sendo condenado o autor do crime culposos ou de infração contravencional, dificilmente lhe será imposta a sanção privativa de liberdade. Isso ocorre em razão das diversas alternativas sancionatórias (penas alternativas). Assim, seria desproporcional a medida cautelar que trouxesse conseqüências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, perdendo sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva.

4. Prisão preventiva e garantismo penal

À luz dos princípios constitucionais, em especial, do princípio da presunção de inocência, a prisão preventiva somente deve ser adotada em situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual. Ela se legitima, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁴, quando necessária a “tutela da persecução penal objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou terceiros possam colocar em risco a efetividade¹⁵ do processo”.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Op. cit.*, p. 406.

¹⁵ Por efetividade estamos nos referindo à necessidade de se preservar o adequado funcionamento do processo e da jurisdição penal, de maneira a permitir que ambos cumpram as suas missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto de aplicação da lei penal (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Op. cit.*, p. 407).

Como se sabe, no que toca ao momento de decretação da custódia preventiva, o art. 311 do Código de Processo Penal reza que ela pode ocorrer desde o início da persecução penal (fase de investigação) até o encerramento da instrução criminal, já na fase processual. Colocado desta maneira, infere-se que toda privação de liberdade, no curso da ação penal, haverá de encontrar sua justificação e fundamentação nos requisitos exigidos para a prisão preventiva. É o que ocorre, por exemplo, nas prisões decretadas por ocasião da pronúncia (CPP, art. 408) e da sentença condenatória (CPP, art. 594).

Estendendo a análise à questão da prisão em flagrante, pode-se afirmar, ante as considerações anteriores, que, após cessada sua função, impõe-se a libertação do agente, quando não for a custódia convertida em prisão preventiva. No caso concreto, deve o julgador avaliar a sua necessidade, cotejando o atendimento dos requisitos fáticos e normativos da medida. Nessa ótica, Demercian e Maluly esclarecem: “Se a manutenção da prisão em flagrante não se torna imprescindível, em virtude da ausência de qualquer das hipóteses do art. 312 do CPP, não há o *periculum in mora*, e a soltura do réu é forçosa, com a concessão de uma das formas de liberdade provisória”¹⁶.

Quanto à iniciativa do decreto preventivo, é insustentável a tese que defende a possibilidade de sua decretação *ex officio*, na fase pré-processual, sem que tenha havido provocação do titular da ação penal ou órgão que o auxilia. Isto porque o modelo pátrio em vigor, salvo opiniões em contrário¹⁷, é o modelo acusatório de processo. Nele, o papel reservado ao juiz na fase investigatória é de garantidor dos direitos individuais. Deve, portanto, permanecer distante do objeto da investigação, de modo a preservar ao máximo sua imparcialidade. Conferir ao magistrado tal poder, nos dizeres de Dalabrida¹⁸, “representa um resgate da ultrapassada figura do juiz inquisidor, porquanto o compromete com o destino do material cognitivo investigatório indicador da necessidade do ato construtivo, fator apto a abalar sensivelmente sua imparcialidade.”

Diferentemente, quando já instaurada a ação penal, o julgador deve, obrigatoriamente, dispor dos instrumentos à garantia da efetividade do processo, sobretudo porque o interesse jurídico posto ali não é nem se assemelha a um

¹⁶ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assag. *Curso de processo penal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 182.

¹⁷ Hélio Tornaghi e Rogério Lauria Lucci classificam como misto; Jacinto Nelson de Miranda, como essencialmente inquisitório.

¹⁸ DALABRIA, Sidney Eloy. *Op. cit.*, p.88.

interesse de parte, com caráter privado. Ao reverso, não se busca no processo penal a satisfação de um interesse exclusivo do autor, mas da comunidade, potencialmente atingida pela infração penal. Neste novo panorama, no curso da ação penal, será possível a decretação *ex officio* da prisão preventiva, uma vez que o juiz deve zelar pelo desenvolvimento regular e finalístico da atividade jurisdicional.

No que tange ao prazo da segregação cautelar, a prisão preventiva somente poderá perdurar por tempo razoável à prolação da decisão definitiva. A garantia do acusado de se ver julgado em prazo razoável decorre do disposto no art. 5º, segunda parte, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, acolhido expressamente no art. 5ª, §3º, da Carta Magna de 1988. Hodiernamente, com a Emenda Constitucional nº 45, identifica-se a adição expressa dessa garantia ao rol dos direitos e deveres individuais e coletivos. Trata-se do inciso LXXVIII do art.5º, o qual expressa que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Concretamente, entendemos que a aceleração do tempo do processo não deve produzir-se a partir da visão utilitarista, da ilusão de uma justiça imediata, destinada à rápida satisfação dos desejos de vingança, fomentados pela imaginária cultura do medo. O processo deve durar um prazo razoável para a necessária maturação e cognição, mas sem excessos, pois o grande prejudicado é o acusado, que é submetido ao ritual desgastante e à angústia prolongada da situação de pendência. Logo, a substância das decisões não pode ser atropelada pelo imediatismo da resposta do Estado-juiz, sob o risco de se ferir a sua validade constitucional. Acrescente-se, ainda, que razoabilidade não pode ser sinônimo de imediatismo ou de violação do devido processo legal e, muito menos, de abreviação do direito de defesa.

A argumentação mais curial adotada pelo senso comum teórico é a de que o excesso de prazo para o encerramento da ação penal somente deve ser reconhecido se “injustificável”, enumerando-se algumas hipóteses abarcadas neste conceito: a) a demora na conclusão da instrução criminal gerada pela defesa, b) a pluralidade de réus que exigiria um maior lapso temporal; c) a incidência absurda contra o acusado do princípio da razoabilidade; d) uma vez encerrada a instrução criminal, superado está o eventual constrangimento ilegal.

Ora, defender-se amplamente é um direito fundamental de todo cidadão, não sendo aceitável, pelo menos sem se negar vigência ao texto constitucional, a

colocação de qualquer ônus sobre tal postulado: o postulado da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Por outro lado, a pluralidade de réus (ainda que significativa) não serve de escudo à manutenção da prisão do acusado. Quando não for possível a cada um dos réus praticar os atos processuais concomitantemente, impõe-se a cisão do processo, visando à rápida solução do caso, como, inclusive, prevê o arcaico Código de Processo Penal brasileiro.

O mais absurdo é ver que a razoabilidade tem sido o fundamento mais invocado pela jurisprudência para, ao arrepio das garantias individuais, justificar o excesso de prazo. Como já explicitado, a proporcionalidade e a razoabilidade são instrumentos que visam ao atingimento de uma decisão justa, servindo de parâmetro e medida limitadora quando estejam em causa direitos fundamentais. Não há, portanto, como invocá-los no processo penal para permitir que o cidadão permaneça encarcerado antes da decisão final por tempo superior àquele previsto legalmente.

4.1 Requisitos fáticos da prisão preventiva

Observe-se, por primeiro, que o decreto de prisão preventiva submete-se à prova da existência do crime e ao indício suficiente de autoria, constituindo-se o que se pode chamar de *fumus comissi delicti*, isto é, a plausibilidade do direito invocado. Segundo a norma legal em vigor, ultrapassada a comprovação do *fumus comissi delicti*, as prisões preventivas serão decretadas tão-somente por garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

4.1.1 Garantia da ordem pública e econômica

A prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública e econômica é tema provocador de intensas discussões na doutrina e jurisprudência, ante a dificuldade de se construir contornos valorativos para delimitar a idéia de ordem pública. Em verdade, o estabelecimento desse pressuposto como fundamento à decretação da prisão preventiva constitui, como ressalta Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁹, “um recurso retórico utilizado com o propósito de

¹⁹Apud DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.*, p. 96.

superar os limites impostos pelo princípio da legalidade estrita, com o que se propicia ao magistrado um amplo poder discricionário.”

Os tribunais, alheios a esta crítica, vêm sufragando a idéia de aproximar o conceito indeterminado de ordem pública, segundo Dalabrida²⁰, à “preservação da credibilidade na justiça, com a obstacularização da trajetória delinqüencial, a potencialidade lesiva do crime ou mesmo com a garantia da própria segurança do acusado.” A doutrina também tentou conceituar o que seria ordem pública. Fernando da Costa Tourinho Filho²¹ afirma que a ordem pública é a paz, a tranqüilidade no meio social. Frederico Marques²² entende que, se a permanência do réu solto possa dar motivos a novos crimes ou cause repercussão danosa ou prejudicial no meio social, configurar-se-á o pressuposto da garantia da ordem pública. Por seu turno, Fernando Capez²³ leciona que a finalidade é impedir que o réu, solto, volte a delinquir, ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular.

Entrementes, nenhuma das situações retratadas é apta a demonstrar a necessidade de decretação da prisão preventiva, que passa então a funcionar como antecipação da pena. A esse respeito, ensina Antonio Magalhães Gomes Filho²⁴:

Parece evidente que nessas situações a prisão não é um instrumento a serviço do instrumento, mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade. O apelo à exemplaridade, como critério de decretação da custódia preventiva, constitui seguramente a mais patente violação do princípio da presunção de inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada *a priori*. Essa

²⁰ Apud DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.*, p. 96.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 11.ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 423, 3.v.

²² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p.63, 1.v.

²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 234.

²⁴ Apud DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.* p. 96-97.

incompatibilidade se revela ainda mais grave quando se tem em conta a referência à função de pronta reação do delito como forma de aplacar o alarma social; aqui se parte de um dado emotivo instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à idéia de justiça sumária.

Percebe-se, de imediato, que a prisão preventiva com base na proteção da ordem pública não busca proteger a efetividade do processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal, mas à coletividade. Parte-se do pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social. O requisito em comento não se afina, portanto, com a ótica garantista, distanciando a prisão cautelar de seu caráter instrumental para traduzir-se em autêntica punição sem prévia definição da culpa. É nessa esteira que caminha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente, em decisões da sua Primeira Turma²⁵.

Assim como na garantia da ordem pública, a tutela da ordem econômica não implica a proteção do processo no curso do qual teria sido decretada a prisão e acaba por representar uma forma antecipada de punição. Com propriedade, Eugênio Pacelli de Oliveira²⁶ ressalta:

Se, por outro lado, o fato de encontrar-se em liberdade o acusado puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição das condutas e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem jurídica, já prevista antes da Lei nº 8.884/94. Mesmo aqui, o seqüestro e a indisponibilidade de bens e valores dos responsáveis ainda nos pareceria medida mais

²⁵ STF: I. Prisão preventiva: motivação inidônea. Não constituem fundamentos idôneos à prisão preventiva a invocação da gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo - muitas vezes, inconsciente antecipação da punição penal -, ou no chamado clamor público. Precedentes. II. Liberdade provisória concedida: extensão aos co-réus abrangidos pelo mesmo decreto. Decisão A Turma deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. HC 87003/RJ. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julg.: 11/04/2006 Órgão Julgador: 1. T. Pub.: DJ 26-05-2006 p. 19.

²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Op. cit.*, p. 408.

eficiente, ao menos sob tal perspectiva (da proteção da ordem econômica)

4.1.2 Conveniência da instrução criminal e da garantia da aplicação da lei penal

Outro pressuposto para a decretação da prisão preventiva reside na conveniência da instrução criminal e na garantia da aplicação da lei penal. Por conveniência da instrução penal há de se entender a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo. Tem, portanto, caráter eminentemente instrumental, garantindo a efetividade do processo penal. Ressalte-se que o escopo da medida constritiva cautelar pessoal determinada com fulcro neste argumento não é a obtenção da verdade a qualquer preço, como uma leitura desavisada possa levar a crer. Seu real objetivo é destacado por Dalabrida²⁷:

O comportamento do indiciado ou acusado que, comprometendo o desenvolvimento regular do processo, alicia testemunhas, peita ou tenta subornar peritos, ameaça a vítima, juiz, promotor de justiça, forja provas, destrói vestígios do crime, subtrai documentos ligados à prova da infração, oculta objetos e produtos da infração penal. Procura-se, através da restrição da liberdade do agente, impedir a deturpação da instrução criminal, assegurando a coleta de elementos de convicção para viabilizar um correto pronunciamento judicial definitivo.

O juízo de valor necessário ao reconhecimento da hipótese em testilha deve fundar-se em fatos concretos que demonstrem, com segurança, a disposição do acusado de atuar no sentido de perturbar o correto desenvolvimento das atividades judiciais. Também o perigo de fuga do réu ou acusado justifica a imposição da cautela, evitando que se torne ilusória a condenação proferida no processo principal. A hipótese, portanto, contempla os casos em que, a partir de dados concretos, percebe-se a existência de risco real de fuga do acusado.

²⁷ *Apud* DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op cit.* p. 100.

O fundamento, dentre todos, é o que apresenta função cautelar mais saliente e, de forma alguma, admite o raciocínio de possível ofensa ao princípio da presunção de inocência. Nesse caso, não se parte da equiparação entre acusado e culpado (também o inocente pode fugir para evitar uma condenação injusta) e, de qualquer modo, não se trata de uma função essencialmente punitiva. Nesta esteira, leciona Vicente Greco Filho²⁸:

Em princípio, somente se decreta a preventiva se houver prognóstico de cumprimento efetivo de pena privativa de liberdade. Os requisitos dos benefícios penais, como a suspensão condicional da penal ou a prisão-albergue, podem não coincidir com a necessidade da prisão processual, mas, em princípio, se há prognóstico fundado da concessão de um desses benefícios e não há outro motivo legal autônomo (como, por exemplo, ofensa à ordem pública por ameaça a testemunhas), a preventiva não deve ser decretada. Isto porque, salvo motivo independente, não há razão de prisão processual se, condenado definitivamente, esta não se efetivará.

Sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal, através de sua Primeira Turma, recentemente, por unanimidade, afastou a possibilidade de decretação da prisão preventiva com base na fuga do agente do distrito da culpa. Instituiu, ao que parece, um verdadeiro “direito à fuga”, legítimo como expressão da presunção de inocência e exercício do direito à liberdade, maximizando a doutrina garantista.

Conforme se infere do inteiro teor do *decisum*²⁹, o Ministro relator destacou que uma coisa é buscar contornar, com a fuga, a ordem ilegal; outra, é a fuga para eximir-se da aplicação da lei penal, esta sim, passível da custódia preventiva, na estrita dicção do art. 312 do Código de Processo Penal pátrio. Por seu turno, a Segunda Turma da Corte Suprema, sem distinguir expressamente a

²⁸GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 276.

²⁹ Não se sustenta, outrossim, a prisão provisória, agora sob o fundamento de que “a fuga do paciente do distrito da culpa demonstra a sua vontade de se furtar da aplicação da lei penal e obstruir o regular andamento da instrução penal” (fls. 260 do apenso). Assiste razão ao ilustre Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida: “Se a materialidade do crime e os indícios de autoria não respaldam,

diferenciação garantista já esposada, pontificou que a fuga do agente, por si só, é motivo bastante para a decretação da prisão preventiva³⁰.

À primeira vista, a divergência jurisprudencial estaria formada. Contudo, da perfunctória leitura das razões do voto do relator, conclui-se que, mesmo de forma inconsciente, ocorreu a diferenciação da motivação da fuga do acusado. No caso objeto da decisão da Segunda Turma, o réu esteve foragido antes da decretação da prisão preventiva, já que, citado por edital, não compareceu ao ato, razão da imposição da custódia cautelar para a aplicação da lei penal. Ciente do processo e do decreto de prisão, o acusado recusava-se a se apresentar em juízo, demonstrando seu propósito de furtar-se à execução da lei penal desde o início. Nesse caso, verdadeiramente, está-se diante de uma hipótese de real necessidade da prisão preventiva, nos moldes de sua cautelaridade, para fins de efetividade do processo. Diferentemente é o caso de fuga do réu, após conhecer do decreto prisional cautelar contra o qual se opunha, por não admiti-lo legítimo e pretender contrapô-lo.

por si sós, a prisão preventiva, também a fuga não pode ser tida como causa justificadora da necessidade da prisão cautelar, como se deu no caso em apreço. Esse Supremo Tribunal Federal tem entendido que 'a fuga, como causa justificadora da necessidade da prisão cautelar, deve ser analisada caso a caso'. Certo, também que 'a fuga, para não sujeitar-se à prisão que se afigura ilegal, não é fundamento para a segregação cautelar'. Nem cabe exigir-se que, para poder questionar a validade da ordem de prisão, tenha o cidadão de submeter-se, previamente, à efetivação dela: HC 82.903-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 1º.8.2003. Uma coisa é buscar contornar, com a fuga, a ordem legal, outra é a fuga para eximir-se da aplicação da lei penal, caso em que a prisão tem amparo no art. 312 do Código de processo Penal. Na hipótese dos autos, o decreto não faz menção à fuga do paciente, presumindo-se que essa se deu posteriormente à decretação da prisão preventiva, não indicando, assim, a intenção de se furtar à aplicação da lei" (fls. 21-27). É legítima, portanto, a fuga do réu para impedir prisão preventiva que considere ilegal, porque não lhe pesa ônus de se submeter à prisão cuja ilegalidade pretende contestar. Daí, não justificar a decretação da custódia cautelar (cf. RHC nº 84.293-SP, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ. 29.06.2004; HC 81148-MS, Rel. Sepulveda Pertence, DJ: 19.10.2001) STF. HC 87838/RR. Rel. Cezar Peluso. DJU 04/08/2006.

³⁰ Penal. Processual penal. Habeas corpus. Fuga do réu. Prisão preventiva: fundamentação. Excesso de prazo I. - Decreto de prisão preventiva concretamente fundamentado na garantia da aplicação da lei penal. II - A fuga do réu do distrito da culpa, por si só, justifica o decreto de prisão preventiva. III - Não caracterizado o excesso de prazo na instrução criminal, à vista da complexidade do caso e do grande número de réus e testemunhas a serem ouvidos. IV - HC indeferido. HC 85764/RO. Rel. Carlos Velloso. Pub: DJ 14/10/2005.

4.2. Requisitos normativos da prisão preventiva

Não basta a existência dos requisitos fáticos para a decretação da prisão preventiva, sendo indispensável sua conjugação com outros elementos legais que restringem seu campo de atuação em face da natureza da infração penal e qualidade do sancionamento. A regra estampada no art. 313 do Código de Processo Penal dispõe ser incabível a medida preventiva contra os autores ou acusados de crimes culposos e contravenções penais. A exclusão é lógica e atende, como já explicitado, ao princípio da proporcionalidade, haja vista, que, quase sempre essas infrações penais não estão sujeitas à pena definitiva de privação de liberdade.

Também nos crimes punidos com pena de detenção, somente será cabível a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade do acusado ou indiciado pela ausência de elementos idôneos para o esclarecimento. Aplica-se ainda quando se tratar de réu vadio ou de réu, ou de indiciado, já condenado por outro crime doloso, por sentença transitada em julgado, desde que, à evidência, não ultrapassado o período depurador da reincidência.

Crítica ferrenha vem sofrendo o dispositivo processual que permite a prisão preventiva, em crimes punidos com detenção, se o réu for “vadio”. A expressão, na atualidade, é vazia de conteúdo, apesar de conceituada no art. 59 da Lei das Contravenções Penais. Sobre a matéria, enfatiza Eugênio Pacelli de Oliveira³¹:

Se a lei parte do suposto que aquele que não trabalha (o tal vadio) deve dedicar-se à prática de atividade criminosa, uma prisão sob tal fundamentação não guardará qualquer instrumentalidade em relação ao processo no qual seja decretada. E mais. Partirá de juízo de pura abstração, com conseqüências típicas de antecipação de culpabilidade. Não vemos, pois, como se possa dimensionar o sentido do termo vadio.

Assim, tal norma (art. 59 da LCP) não tem mais utilidade social e não atende ao princípio da fragmentariedade e adequação social reitores do direito

³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Op. cit.*, p. 412.

penal. Do contrário, a massa de desempregados poderia ser considerada vadia. Portanto, o Estado não detém mais legitimidade em dizer quem é ou não vadio. Num viés garantista, a medida está circunscrita à demonstração concreta de que ela é imprescindível para garantir a regularidade da instrução criminal e para viabilizar a aplicação da lei penal. Estas são as únicas hipóteses em que é possível vislumbrar na custódia provisória uma feição cautelar.

5. Considerações finais

Luigi Ferrajoli inicia sua reflexão a partir do direito penal, demandando uma reconstrução da teoria do direito em alguns pontos nodais. A primeira estabelece a revisão da teoria da validade, diferenciando validade material e vigência formal das normas jurídicas. A segunda aponta para uma dimensão substancial da democracia, superando a visão meramente formal. Por fim, do ponto de vista do juiz, exige seu controle material das normas, não se sujeitando somente por sua produção formal, destacando a relevância da Constituição da República e dos direitos humanos, tanto no que se refere aos princípios (explícitos ou implícitos) quanto em relação às regras.

Já faz algum tempo que a comunidade jurídica nacional vem clamando por uma alteração no Código de Processo Penal, a fim de compatibilizá-lo com os princípios e institutos consagrados na Carta Política de 1988. Erigido sob as aspirações autoritárias do Estado Novo e descompromissado com as garantias individuais, o Código de Processo Penal está anacrônico e repleto de dispositivos que não foram recepcionados pelo ordenamento maior.

Portanto, necessária se faz uma verdadeira mudança de mentalidade por parte dos operadores jurídicos, no sentido de pensar o processo penal, não mais como uma obrigatória necessidade de implementar a “luta contra o crime” para assegurar a “ordem social”, mas como um legítimo instrumento a serviço de um direito penal democrático e, acima de tudo, a serviço dos direitos fundamentais do cidadão.

O modelo de Direito preconizado pela Teoria Geral do Garantismo está baseado no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, aqui trabalhados dissociados de uma visão essencialista. Isto porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material,

na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais.

Dito de outra forma, em face da supremacia dos direitos positivados no corpo das constituições rígidas ou nelas referidos e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam (mais fracos ante o poder estatal).

Neste pensar, a prisão preventiva precisa ser discutida, limitada e garantida pelos aplicadores jurídicos, com o fôlego avivado pela Emenda Constitucional nº 45, em respeito à presunção de inocência e à democracia. Do contrário, dá-se a manutenção de uma mentalidade inquisitória intolerável democraticamente.

Referências bibliográficas

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed.. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

DALABRIDA, Sidney Eloy. *Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal*. Curitiba: Juruá, 2005.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assag. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

HASSAMER, Wilfried. *Direito penal libertário*. Tradução de Regina Greve. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MAIA, Alexandre de. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>).

MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. 1 v.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação do livro de Wilfried Hassemer. *Direito Penal libertário*. Tradução de Regina Greve. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 4. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *processo penal*. 11. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1989, 3 v.