

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 jurisdiccionarietà 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 jurisdiccionarietà: 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 ainda 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.