

A PRISÃO CAUTELAR COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA

Cezar Paulo Lazzarotto*

LAZZAROTTO, C. P. A prisão cautelar como antecipação da pena. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama*. v. 9, n. 2, p. 297-312, 2006.

RESUMO: O direito tem sido utilizado como instrumento de justificação para manutenção da ordem estabelecida pelo domínio de uma parcela da sociedade sobre as demais, destacando-se a imposição de penas sob variados fundamentos, inicialmente atingindo o próprio corpo do imputado e, com a modernidade, restringindo-se-lhe a liberdade erigida a valor filosófico-social-econômico. A privação de liberdade como sanção penal difere da prisão utilizada para fins de custódia e contenção para aplicação de penas corporais em razão da própria gravidade. Desse modo, com o abandono das penas corporais e adoção da prisão como pena, a prisão provisória perdeu a legitimidade na medida em que se impõe ao cidadão presumidamente inocente a mesma privação de liberdade que se impõe ao culpado. Em razão das críticas que se tem feito às teorias legitimantes da pena privativa de liberdade, e comprovação pelas ciências sociais de sua completa falência, surgem movimentos de abolição, restando ainda mais injustificada a prisão sem demonstração de culpabilidade no devido processo legal, carecendo buscar medidas alternativas de menor ofensividade à presunção de inocência, nos mesmos moldes que se faz em relação às penas. Por outro lado, mesmo que em casos excepcionalíssimos se admita prisão provisória deverá sê-lo em estreitos e peremptórios limites temporais, sob pena de se colocar em risco o próprio estado de direito.

PALAVRAS CHAVE: Prisão. Inocência. Presunção. Pena.

1. Introdução

O instituto da pena privativa de liberdade aparece somente no século XVIII, não obstante a prisão como custódia ter sido empregada desde há muito tempo, especialmente em face do excessivo rigor das penas corporais empregadas pelo grupo eminente na manutenção da ordem estabelecida.

Não obstante o esforço das teorias justificantes da pena privativa de liberdade, através das ciências sociais, está comprovado que a criminalização secundária deteriora o criminalizado e mais ainda o prisionado, causando-

*Mestre em Processo Penal e Cidadania pela UNIPAR, Especialista em Direito Penal pelo Inbrape/UNIVEL; Advogado Criminalista e Professor de Processo Penal na CESUFOZ.

lhe profunda crise de legitimação a ponto de ensejar propostas minimalistas e abolicionistas.

Se o encarceramento de condenados é cada vez mais contestado, muito mais árdua é a tarefa de justificar a decretação e manutenção da prisão provisória, verdadeira pena antecipada cerceadora da liberdade do cidadão presumidamente inocente, sem demonstração de culpa pelo devido processo legal.

Uma vez que estatísticas demonstram o excessivo emprego da prisão cautelar urge a busca de limites e alternativas à mesma, sob pena de se por em risco o próprio estado de direito.

2. Da prisão custódia à pena privativa de liberdade

O nascimento do direito parece ligado a formas de organização social desenvolvidas com a superação da comuna primitiva, já que a necessidade de cooperação mútua em razão da nascente agricultura massiva demandava um mecanismo unificador de comportamentos.

No dizer de Capella (1997, p. 44), a nova forma de produção exigia também novos saberes científicos e técnicos, os quais passaram a ser meios de produção de natureza intelectual, concentrados em uma comunidade dirigente do processo produtivo, o que lhe tributava óbvio prestígio sobre as comunidades subalternas.

A distribuição de tais meios produtivos deu-se por vias militares, impondo-se relações bem determinadas entre as distintas comunidades, na medida em que os grupos dominados tinham a seu cargo, além da própria subsistência, uma parcela de trabalho adicional para a realização de obras públicas, bem como para a manutenção do estrato hegemônico, que permanecia livre do esforço físico, limitando-se às tarefas de controle do trabalho social.

Não é de se estranhar que tal modelo mantivesse aceso permanente conflito em seu próprio núcleo, pois, nem a distribuição de tarefas e muito menos do produto do trabalho eram motivos de consenso entre os grupos, especialmente a partir do surgimento de excedentes econômicos permanentes. A submissão da comunidade subalterna pela violência militar era uma necessidade estrutural do sistema, já que, conforme salienta Capella (1997, p. 45):

la masa de la población de las comunidades subalternas trabajaba para su propio mantenimiento como en las sociedades primitivas, pero además tenía que hacerlo para el sostenimiento de la comunidad eminente y de los individuos directamente a su servicio (hombres armados improductivos), así como para satisfacer las nuevas necesidades generales y de expansión económica.

Para Capella (1997, p. 46), esse conflito social intrínseco correspondia à ameaça permanente de dissolução do próprio sistema, o que a comunidade eminente precisava neutralizar, razão pela qual

La fuerza neutralizadora, para contener o limitar el conflicto interno de la sociedad, fue el poder político (...). Que tiene, entre otros, el instrumento jurídico: el derecho. La violencia militar fundacional de este tipo de sociedades se metamorfosea en instituciones de coerción que aseguran la reproducción de la sociedad tal como está organizada.

Desse modo, resta corroborada a anotação de que o Estado trata-se de “comunidade ilusória que representa, na verdade, a vitória de uma parte da sociedade sobre as outras” (CINTRA JÚNIOR, 1993, p. 79-86), portanto, detendo o poder de coerção pela violência para a manutenção da ordem estabelecida, tendo o direito como um de seus instrumentos de legitimação.

Na antiguidade, independentemente da justificação para a imposição de pena aos infratores dos códigos de comportamentos ditados pelos grupos hegemônicos: seja para aplacar a ira dos deuses ou do soberano; a manifestação punitiva sempre se dirigiu contra o próprio corpo do acusado, ressalvadas as hipóteses de composição.

Aliás, segundo informação de Cândido Furtado Maia Neto (1998, p. 15):

En aquellos tiempos, se aplicaban distintamente las sanciones; según penas más levianas y principalmente pecuniarias a los nobles, mientras que los individuos pertenecientes a las clases mas bajas de la sociedad estaban sujetos a la aflicción de penas corporales, por no poseer condiciones económicas para cancelar las multas establecidas.

É de se ressaltar que o Direito Penal, anterior à Idade Média, era predominantemente de iniciativa privada, sendo acusadores os próprios ofendidos, que deveriam levar suas questões à justiça e fazer atuar os oficiais do Estado. Tal peculiaridade, se por um lado, inibia o “quadro mental paranóico” dos magistrados, a que aduz Franco Cordero (2001, p. 3-55), por outro, restringia por demais a punição das classes hegemônicas quando em conflito com as inferiores, em razão da disparidade de armas na busca de acesso à justiça.

Uma vez que a comunidade subalterna era coagida sob ameaça das forças militares, justificada pelo direito ditado por Deus ou pelo soberano, a liberdade não era privilégio de seus componentes. Desse modo, já que os nobres gozavam de direitos ilimitados sobre seus dependentes, inclusive mulheres e escravos (FRAGOSO, 2003, p. 33), aos membros dos grupos subalternos que não dispunham de recursos para composição, restava o próprio corpo como

único bem capaz de sofrer uma afetação, pelo castigo.

Assim, parece natural que, num mundo em que a liberdade era a exceção, sequer se cogitasse da privação de liberdade como pena pela prática de delitos, pois, enquanto os componentes dos grupos eminentes raramente eram punidos, e, quando o eram, com penas mais brandas (especialmente pecuniárias), os acusados das comunidades subalternas sofriam penas corporais, desde o açoite até a morte mais cruel.

A privação de liberdade como sanção penal difere da prisão então utilizada para fins de custódia e contenção, considerada a ante-sala dos horrores (FOUCALT, 2002), já que, “o condenado ficava preso enquanto aguardava a morte e o suplício que a acompanhava” (SHECAIRA, 2002, p. 33).

Naquele tempo, haja vista a espetacular gravidade das penas, o primeiro passo para se proceder a uma acusação formal deveria ser a imediata prisão do possível infrator, já que seria ingenuidade imaginar que alguém aguardasse em liberdade um processo que o conduziria à morte sem que empreendesse fuga para frustrar a aplicação da pena. Em suma, conforme enfatiza Cerqueira (2006), a custódia de uma pessoa buscava evitar a sua fuga até a definição sobre sua situação. A prisão, portanto, era uma visão canhestra da prisão preventiva atual, razão pela qual a pena final aplicável aos delitos era basicamente aquela de cunho corporal, tal como a morte, os castigos e os suplícios.

A reclusão do indivíduo em estabelecimentos como espécie de penitência, e não mera custódia surge apenas com o advento do poder clerical na Idade Média, quando “os religiosos estavam submetidos a um regime especial” (BATISTA, 2002, p. 98) já que as decisões conciliares passaram a ter força de lei. Assim, segundo Maia Neto (1998, p. 17):

La institución religiosa hace surgir el concepto de pena o penitencia, para ser aplicada a los clérigos como una especie de castigo religioso con la reclusión en ‘monasterios’, a fin de despertar el arrepentimiento en el pecador. Más tarde estos locales de segregación celular de los eclesiásticos, son destinados a los herejes.

Com o tempo, a segregação, inicialmente imposta aos monges que praticavam infrações religiosas ou certas atitudes desafiadoras da autoridade eclesiástica, passou a ser aplicada com mais frequência, pois, acreditava-se que seu cumprimento nas celas monásticas com o sofrimento de privações como a redução de alimentos, por exemplo, era um castigo de penitência capaz de ensejar o arrependimento e a recuperação do recluso com sentido expiatório e caráter divino. O cárcere era um meio para que o prisioneiro pudesse obter seu perdão pelo pecado.

É de se notar, que o encarceramento do acusado nestes tempos clericais também se fazia necessário para disponibilidade do corpo nas “sessões” inquisitoriais de imposição de tortura na busca da confissão, já que se concebia “o funcionamento do interrogatório como o suplício da verdade” (FOUCAULT, 2002, p. 33).

Com o declínio do poder dos pontífices, o poder monárquico assumiu o monopólio absoluto da imposição da pena, quando “o crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe” (FOUCAULT, 2002, p. 41).

Mas, as grandes transformações do século XVII erigiram um novo modelo de produção, no qual a mão de obra teria um lugar privilegiado. Desse modo, seria rematado absurdo prosseguir aplicando penas corporais de mutilação de membros ou o extermínio dos criminosos, quando se poderia muito bem ser explorada sem custos a sua força de trabalho, enquanto submetidos à prisão. E foi assim que se institucionalizaram as galeras, os serviços forçados, as deportações, como exploração gratuita do esforço humano.

A origem da prisão não traz qualquer semelhança com os objetivos contemporâneos que se atribui à pena privativa de liberdade, já que era utilizada como custódia enquanto se aguardava o julgamento, ou ainda, em substituição à pena de morte e castigos corporais a fim de comutar estas sanções com um sentido de utilitarismo econômico dos interesses estatais. Cândido Furtado Maia Neto (1998, p. 21) informa que:

Hasta el siglo XVIII las prisiones fueron lugares para procesados (‘carcer enim ad continendos homines no ad puniendos haberi debet’; Justiniano, Diges. 48,19:8) forma de un negocio lucrativo de los carceleros, que solicitaban a los jueces que enviasen a sus calabozos a los condenados a cambio de comisiones. Los condenados con poder económico, compraban sus condiciones de vida en el interior de los presidios, al paso que los pobres encarnecían a la espera de un juzgamiento esto debido a la imposibilidad de poder pagar las penas pecuniarias, se mantenían prisioneros en las más humillantes condiciones de vida: solamente sobrevivían, porque disponían, raras veces, de algunos donativos y ayudas.

A crise da vida feudal e da economia agrícola desencadeou uma gama de distúrbios sociais, aumentando a miséria e, por conseqüência, um grande número de mendigos que formavam grupos na periferia das cidades, coincidindo o agravamento da criminalidade contra o patrimônio; cujos acontecimentos se revelaram propícios ao nascimento da pena privativa de liberdade.

Especificamente a pena privativa de liberdade somente apareceu no

século XVIII, no apogeu da Revolução Industrial, para delinear o mercado de trabalho, o modo capitalista de produção e consumo de bens, e proteger a propriedade do grupo hegemônico.

As antigas e conhecidas “Casas Correcionais” instituídas na Europa para abrigar os desocupados e doentios molestos para a sociedade emergente, não devem ser comparadas ao sistema prisional, mas prestaram bom serviço ao surgimento de tal sistema na medida em que sua primeira função de abrigar pessoas sem trabalho, converteu-se em trabalho forçado, em aterrorizantes condições de vida, aos que nelas eram internados, especialmente no período em que surgiram as chamadas leis contra a vadiagem (1597).

Além disso, “la prisión es un médio de control y de dominación del Estado (classe dominante), para la manipulación del mercado de trabajo, con su respectiva mano de obra barata, aterrorizando a los trabajadores libres y hombres honestos a aceptar cualquier tipo de empleo y salario” (MAIA NETO, 1998, p. 21), dessa forma, servindo como instrumento de manipulação e adestramento dos despossuídos para a realização de tarefas necessárias ao novo modelo produtivo.

Conforme comentários de César Roberto Bitencourt (2001, p. 27-31) à interpretação marxista de Melossi e Pavarini, de que a existência do cárcere como simples lugar de custódia onde o imputado esperava o processo, converteu-se em prisão como pena, somente quando a liberdade adquiriu valor econômico, em razão do câmbio do modelo produtivo, devem ser valorados outros aspectos e motivações, tais como o destaque para o racionalismo e conseqüente valorização filosófica da liberdade e igualdade, além da necessidade de ocultação do castigo para evitar a disseminação do mal do delito.

Com efeito, o reconhecimento de que toda a riqueza social era avaliada pelo denominador comum do trabalho humano, medido em tempo (trabalho assalariado), tornou concebível uma pena que privasse o condenado de um tanto de liberdade, vale dizer, de um tanto de trabalho assalariado, por si só, implicou numa valorização da liberdade sob o aspecto econômico. Mas, por certo, o culto racionalista que emergiu na época, desencadeado pela “(re) descoberta do homem, operada pela filosofia ilustrada” (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p. 7) e conseqüente secularização do direito, também contribuiu para o abandono das penas corporais. Pois, sendo certo que as amarras da linhagem hereditária que conferiam poder à nobreza, somente cederiam se todos nascessem livres e iguais, igualdade e liberdade ganharam status de valor supremo, cuja privação seria grave castigo.

A ascensão da nova classe hegemônica (a burguesa), com a vitória política do ideal liberal (no século XVIII) teve como conseqüência a limitação

dos poderes até então ilimitados do soberano, fundando-se uma nova ordem desenvolvida com a “morte do Direito Natural” (HASSEMER, 2003, p. 54), cuja ocorrência se possibilitou pela noção de Contrato Social, operando-se uma inversão no significado filosófico-histórico da relação Estado-cidadão, pois, “passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão” (BOBBIO, 1992, p. 3).

Tal noção propõe que os cidadãos detentores de direitos tendo que viver socializados uns com os outros renunciam, alternativamente, a uma parcela de sua liberdade natural em favor do Estado e exigem com isto uma garantia de liberdade e proteção para todos. Dessa forma, os limites da renúncia à liberdade precisam ser marcados com garantias muito especiais, já que o Direito Penal não é nenhum passaporte, mas apenas o último meio (*ultima ratio*) de solução dos conflitos sociais. Essa concepção trazida pela modernidade gerou conseqüências extremamente importantes para o Direito Penal, exigindo seja pautado por limites, vale dizer, sua intervenção deve ser legalizada e mínima, sendo que todo cidadão deverá ser presumido inocente, conforme consagrado em 1789 no art. 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

As limitações, paulatinamente, culminaram por propiciar um movimento de abrandamento das penas. Nesse rumo, apesar das marchas e contramarchas históricas, por intermédio de documentos internacionais de Direitos Humanos e legislações internas, as Nações ditas civilizadas vêm abolindo completamente as penas corporais. Tanto, que se sustenta a superação dialética de tais penas (CINTRA JÚNIOR, 1993, 79-86), remanescendo as privativas de liberdade e suas substitutivas. No Brasil, inclusive, a Constituição em vigor prevê expressamente a vedação das penas corporais e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III e XLVII).

Como se vê, com a extinção das penas corporais e instituição da pena privativa de liberdade a prática da prisão para custódia e contenção passou a se confundir com a própria pena. Em outras palavras: o imputado presumidamente inocente passou a ser preso para aguardar julgamento que decidirá se deverá ou não cumprir uma pena que será, no máximo, a própria prisão.

3 . A prisão cautelar: verdadeira pena antecipada

No dizer de Tobias Barreto, citado por Zaffaroni (2003, p. 109), a idéia de pena é extrajurídica (política), acrescentando: “quem procurar um fundamento jurídico da pena deve procurar também, se é que já não o encontrou, o fundamento jurídico da guerra.” Todavia, basicamente, tem-se legitimado a imposição de penas através de duas teorias genéricas: a teoria absoluta, de cunho retributivista

e a teoria relativa ou da prevenção, que se desdobra em geral (dirigida aos que não delinquiram) e especial (dirigida ao delinqüente), ambos os desdobramentos sob o aspecto positivo e negativo. No entanto, em face das severas críticas que se faz a tais discursos (ROXIN, 1986, p. 15-26; DIAS, 1999) os quais, de alguma forma, legitimam a defesa social (ZAFFARONI, 2003, p. 128) há propostas minimalistas (v.g. Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli, entre outros) ou mesmo abolicionistas (v.g. Louk Hulsman e Eugênio Raul Zaffaroni, entre outros), da pena privativa de liberdade.

Em verdade, as teorias justificantes da pena culminaram por excluir a vítima do modelo punitivo, pretendendo defender um ente abstrato, completamente desvinculado desta, mas que pertence à sociedade. Sob outro vértice, ao conceber a pena como um fim em si mesma, ou ainda para finalidades futuras e utilitárias de prevenção geral e especial, também o delinqüente é coisificado, reduzido a mero meio de defesa da sociedade, através de funções meramente simbólicas ou, ainda, pela exclusão física ou reparação da inferioridade perigosa da pessoa que deve ser submetida às ideologias re (ressocialização, repersonalização, reeducação, reinserção, etc.) (ZAFFARONI, 2003, p. 116).

Entretanto, “através das ciências sociais, está comprovado que a criminalização secundária deteriora o criminalizado e mais ainda o prisionado” (ZAFFARONI, 2003, p. 125), sendo que tais ideologias encontram-se tão deslegitimadas que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas para que não se reduza o cárcere a retribucionismo tão irracional quanto a prisão em campos de concentração.

Em que pese esse paradoxo, o Direito Penal pende para um transpersonalismo, a serviço de algo meta-humano – o Estado, a sociedade -, o que justifica a inferiorização das pessoas envolvidas nos conflitos, com a conseqüente flexibilização de seus direitos fundamentais calcada no princípio da proporcionalidade entre os interesses da coletividade, o interesse geral da sociedade (Estado), e o “mesquinho interesse do acusado” (COGO, 2001, p. 241-261)

Tal situação gera uma absolutização do valor segurança, em que o discurso público exige uma segurança cidadã respaldada nos meios de comunicação, que são “o instrumento da indignação e da cólera públicas, podem acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de vitimização e introduzir de novo no coração do individualismo moderno o mecanismo do bode expiatório que se acreditava reservado aos tempos revoltos” (SILVA SANCHES, 2001, p. 15). Assim, o medo do delito aparece como uma metáfora da insegurança vital generalizada. O caso é que, em medida crescente, a segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado

e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta imediata e contundente, até mesmo para acalmar o alarme social.

A prisão provisória tem sido remédio receitado em grande escala como resposta estatal ao fenômeno criminal.

O fato é que “se a prisão decorrente de sentença condenatória já transitada em julgado é cada vez mais contestada, muito mais árdua é a tarefa de justificar a decretação e manutenção da prisão provisória” (BECK, 2001, 79-93) eis que estará sempre em conflito com direitos e garantias penosamente conquistados.

Consoante informa Ferrajoli (2002, p. 442-450), a prisão provisória acabou sendo justificada por todo pensamento liberal clássico, em nome de necessidades diversas, exclusiva ou conjuntamente. Denunciando a atrocidade e imoralidade da prisão sem condenação, Hobbes, Beccaria e Carrara, dentre outros; acabam por justificá-la em hipóteses e por prazos estritamente limitados, para impedir a fuga ou não ocultar a prova do crime, bem como por necessidade de segurança pública, cujo rol de motivação perdura até nossos dias, com pequenas variantes.

Como se vê, tais necessidades (ou conveniências?) não se coadunam com as finalidades estritamente cautelares ou processuais que o sentido comum teórico dos juristas (WARAT, 1995) atribui ao instituto, no que a distinguiria da pena privativa de liberdade, já que, ao mesmo tempo se a fundamenta na prevenção e na defesa social de segurança pública, consubstanciada, entre nós, na garantia da ordem pública e econômica, cuja missão seria reservada à pena.

É de se anotar, que a chamada prisão cautelar assemelhada às medidas cautelares de origem processual civil, sob influência da doutrina italiana, adota conceitos de *fumus boni juris* e *periculum in mora* convergidos para *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, respectivamente. Essa construção está estreitamente ligada a concepções superadas e autoritárias de processo, quando este não passava de instrumento do poder estatal para a aflição de pena e, portanto, a liberdade do imputado colocaria em risco o próprio processo punitivo, a ordem pública, ou mesmo a aplicação de possível pena.

Todavia, com a noção de democracia, a idéia de processo sofreu profunda ruptura paradigmática, conforme esclarece Ada Pellegrini Grinover (1976, p. 22):

Todas as funções do Estado, em suas múltiplas atividades, são limitadas pela esfera da liberdade individual (...). O réu, como qualquer cidadão, é portador de uma série de direitos, de relevância prioritária e autônoma. Tais direitos devem ser tutelados pela própria autoridade jurisdicional que, no exercício de sua atividade, encontra, assim, uma série de limites. Mas se, do ponto de vista da persecução penal, os direitos do acusado se colocam como limite à função jurisdicional, de outro lado é o próprio processo penal que se constitui em instrumento de tutela da liberdade jurídica do réu.

Da análise, ressalta-se o processo como instrumento de garantia da liberdade do cidadão, frente ao poder punitivo estatal. Assim, pelo uso da linguagem em sua função fabuladora pelo estereótipo de conceitos (WARAT, 1995, p. 72) (*periculum libertatis*), labora-se em completa contradição com a própria instrumentalidade processual. Na verdade, o perigo não decorre da liberdade de um cidadão frente ao estado, mas, pelo contrário, do cerceamento da liberdade daquele sem que seja demonstrada, pelo devido processo legal, a culpa da imputação, o que justificaria essa medida frente ao princípio constitucional de presunção de inocência.

Uma vez que a noção de estado democrático de direito elegeu o devido processo legal instrumento de garantia das liberdades do cidadão, e não mera formalidade para imposição de pena, não se sustenta a justificativa de prisão provisória em razão do *periculum libertatis*, já que não se concebe tal perigo no curso de atividade que tem por escopo a própria garantia da liberdade.

Pergunte-se, portanto: e como fica o cidadão processado e absolvido depois de longo período preso provisoriamente em razão do *periculum libertatis*? Não haveria de ser, ao contrário, acautelado o *periculum dignitatis*? E a cautelaridade das garantias individuais do cidadão, escopo último do próprio processo?

É sabido que a instauração do processo penal já faz o cidadão suportar uma iníqua carga estigmática decorrente do contato com o sistema penal (DALABRIDA, 2004, p. 26), e muito mais o cárcere, que impõe dissabores físicos e psicológicos, além da completa quebra da estrutura de vida em que estava inserido.

Por seu turno, na medida em que a prisão provisória visa tutelar, conjuntamente, os perigos de natureza processual e os de natureza penal culmina por fazer

pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita de conduta delitiva, equívale de fato a uma presunção de culpabilidade; que, além disso, atribuindo à prisão preventiva as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo aflitivo da pena, serve para privá-la daquele único argumento representado pelo sofisma segundo o qual ela seria uma medida ‘processual’, ‘cautelar’ ou até mesmo ‘não penal’, ao invés de uma legítima pena sem juízo (FERRAJOLI, p. 44).

No Brasil, inclusive, consoante o art. 42 do Código Penal, “computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória...”, em velado reconhecimento de que a pena, em verdade, já vinha sendo cumprida antes mesmo da condenação do imputado.

No dizer de Zaffaroni (2003, p. 71), o Direito Penal se vale de uma

“criação arbitrária do mundo”, formulando persuasivamente diversas assertivas a respeito do comportamento humano não submetidas à verificação empírica, atribuindo-lhes validade irrefutável; dentre as quais: “a prisão preventiva não é uma pena”, ao passo que deveria ser “o caso da prisão preventiva, considerado com razão como pena antecipada (e erosão processual da pena)”.

Do mesmo modo, Cândido Furtado Maia (1998, p. 139), citando o jurista argentino, aduz que “los sistemas represivos en América Latina, actúan violando la legalidad penal y procesal, por varias vías, entre ellas menciona el instituto de la prisión preventiva, como un verdadero ritual de sentencia condenatoria”, lamentando, ainda, que na América Latina sessenta por cento dos cidadãos privados da liberdade se constitui de presos processados, portanto, presumidamente inocentes.

Constituindo-se a prisão provisória em verdadeira pena antecipada, respaldada na inversão das garantias constitucionais próprias de um estado democrático de direito, em face da privação de liberdade sem uma demonstração efetiva de culpabilidade através do devido processo legal, garante da dignidade humana, a medida implica na consagração de uma política criminal pautada na violência intimidatória própria dos estados de polícia.

4. As medidas alternativas à prisão provisória

A situação exige imediata busca de medidas capazes de reduzir o fenômeno do encarceramento provisório, a fim de efetivar os Direitos Humanos assegurados na Constituição da República e documentos internacionais.

Ademais, no Brasil, não se fala em indenização estatal por erro judiciário quando este poder labora equivocadamente no encarceramento provisório do cidadão, ainda que em flagrante coação ilegal.

A dolorosa estatística da excessiva incidência de prisão sem demonstração efetiva de culpa resta ainda mais paradoxal em face das penas substitutivas à prisão introduzidas em nosso sistema legal. Isso, porque o cidadão presumidamente inocente permanece preso na espera de julgamento, para, após longo período de sofrimento ser condenado e imediatamente posto em liberdade, para cumprir penas restritivas de direitos ou pecuniárias, quando não absolvido. Ademais, “a intenção do legislador penal em buscar cada vez mais alternativas à pena de prisão de curta duração, a necessidade de evitar a prisão provisória ganha relevo” (SOUZA NETO, 2002, p. 4234-4238).

Desse modo, a prisão provisória tem sido, muitas vezes, mais nefasta que a própria pena, já que se castiga processando, antecipadamente, para aferir a necessidade de castigo, a ponto de Ferrajoli (2003, p. 448) ter percebido que

“o perigo de fuga, de fato, é principalmente provocado, mais que pelo medo da pena, pelo medo da prisão preventiva”.

Parece intuitivo que medidas alternativas à prisão provisória, com menor potencial de ofensividade à presunção de inocência e demais garantias, devem ser implementadas imediatamente, já que autorizadas vozes clamam pelo processo penal sem essa modalidade prisão (FERRAJOLI, 2003, p. 449), já que:

los institutos de prisión preventiva y temporal deben ser derrocados, porque se igualán a una verdadera condena criminal, no estan siendo usados como una medida cautelar procesal de excepción. En un derecho penal democrático no se admite prisión, sin que esté debidamente comprobada la culpabilidad del acusado, en base a pruebas concretas. Una legislación criminal (procesal) de tinte represivo como es la nuestra, admite la detención de una persona por meros indicios, evidencias, y aún para iniciar las investigaciones policiales (MAIA NETO, 1998, p. 142).

Nesse diapasão, a prisão provisória carecendo de justificação consoante os ditames constitucionais e de Direitos Humanos fundamentais, por mais que se a admita em casos excepcionalíssimos, haveria que se lhe impor limites temporais estreitos e peremptórios, sem que jamais fosse possível a construção de argumentos retóricos de justificação, fulcrados em expressões vagas e imprecisas com o propósito de burlar os limites da legalidade estrita. Até porque, cabe ao poder jurisdicional o exercício do poder de contenção e, às vezes, de redução da fúria das agências punitivas, pois, “sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república” (ZAFFARONI, 2003, p. 40).

5. Conclusão

O direito tem sido utilizado como instrumento de manutenção da ordem estabelecida com a dominação de uma parte da sociedade sobre as demais, destacando-se a imposição de penas sob variados fundamentos, inicialmente atingindo o próprio corpo do imputado e, com a modernidade, parcela de sua liberdade.

Com a abolição das penas corporais e substituição pela privação da liberdade, o encarceramento provisório passou a se confundir com a própria pena, carecendo legitimação, já que o apenamento sem demonstração da culpa afronta o princípio da presunção de inocência e a própria dignidade da pessoa humana.

Uma vez que a noção de Estado Democrático de Direito concedeu ao processo a condição de instrumento de garantia das liberdades do cidadão, e não mera formalidade para imposição de pena, não se sustenta a justificativa de prisão provisória em razão do *periculum libertatis*, já que não se concebe perigo da liberdade durante o curso de atividade que tem por escopo a própria garantia da liberdade. Ademais, o poder estatal não considera erro judiciário indenizável a prisão processual, portanto, gerando grave *periculum dignitatis* essa modalidade de cerceamento da liberdade.

Urge a implantação de medidas alternativas à prisão provisória, reduzindo-se as lamentáveis estatísticas de maior número de encarcerados presumidamente inocentes do que condenados nos estabelecimentos prisionais, o que sem dúvida põe em risco o próprio regime democrático.

Além disso, ainda que se admita, em casos excepcionalíssimos, essa modalidade de prisão, há que se estabelecer limites temporais estreitos e peremptórios para o julgamento, sob pena de imediata soltura do imputado no caso de excedimento, em face da gama de Direitos Humanos fundamentais assegurados pela Constituição da República e documentos internacionais.

No entanto, “os atores jurídicos não estão acostumados a lidar com princípios” (ROSA, 2003, p. 62) e, por mais que a teoria do ordenamento jurídico sinalize para um exercício da atividade jurisdicional voltada à aplicação das regras jurídicas em consonância com a Constituição, os direitos humanos fundamentais sucumbem na poética lamentação de Warat (2002, p. 13), “como promessas de amor, aquelas que os amantes formulam quando sabem que não poderão cumpri-las.”

6. Referências

- BECK, R. F. Apontamentos críticos sobre a prisão provisória no direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, 1, n. 4, p. 79-93, dez. 2001.
- BITENCOURT, C. R. **A falência da pena de prisão, causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CAPELLA, J. R. **Fruta proibida**. Madrid: Trota, 1997.
- CARVALHO, S.; CARVALHO, H. B. de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- CERQUEIRA, J. D. **Dosimetria da pena: história e direito comparado**. Disponível em: <http://www.suporte@prolink.inf.br>. Acesso em: 6 set. 2005.
- CINTRA JUNIOR, D. A. D. da. A pena de morte e a consciência jurídica internacional-proposta de

- plebiscito no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a.1, p. 79-86, 1993.
- COGO, S. N. O mito da verdade material em tempos pós-modernos (uma abordagem a partir da ética weberiana). In: COUTINHO, J. N. de M. (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. São Paulo: Renovar, 2001.
- COUTINHO, J. N. de M. O papel do novo juiz no processo penal. In: ____ (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. São Paulo: Renovar, 2001.
- FIGUEIREDO DIAS, J. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FRAGOSO, H C. **Lições de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRINOVER, A. P. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976.
- HASSEMER, W. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, a. 2, n. 8, 2003.
- MAIA NETO, C. F. **Penitenciário em el Mercosur**. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- ROSA, A. M. da. **O que é o garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.
- ROXIN, C. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1986.
- SHECAIRA, S. S.; CORRÊA JUNIOR, A. **Teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA SANCHES, J. M. **A expansão do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SOUZA NETO, J. L. O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da prisão cautelar. **Revista dos Tribunais**, v. 801, p. 423-428, jul. 2002.
- ZAFFARONI, E. R. et al. **Direito penal brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- WARAT, L. A. Apresentação fora das rotinas. In: ROSA, A. M. da (Org.). **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002.
- _____. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.

PREVENTIVE DETENTION AS A PENALTY ANTECIPATION

ABSTRACT: Law has been used as a tool to justify the observance of the order established by the domination of a certain portion of the society upon the others. The penalty imposition regards varied aspects, at first it was applied to the body itself, and, with the modernity advent, the established freedom was restrained to a social-economic-philosophical value. Freedom privation as a penal sanction differs from the detention as a custody and retention means to apply the body

penalties because of its serious nature. Therefore, after the abandonment of the corporal penalty and the adoption of the detention as a penalty, temporary detention has lost its legitimacy as it imposes the presumably innocent the same privation of freedom to one as if it were guilty. Because of the critics concerning legitimacy theories of the freedom privation penalty, and its corroboration by the Social Sciences regarding its own failure, abolition movements have raised thus pointing out the unjustified detention without the guiltiness demonstration according to the proper legal process resulting in an urge for less invasive alternative ways towards the innocence assumption by the same means of those regarding the penalties. On the other hand, accepting temporary detention should be considered within short and peremptory time limits subject to risking the very state of Law.

KEYWORDS: Imprisonment. Innocence assumption. Penalty.

Artigo recebido para publicação: 10/09/2006

Received for publication on September 10 2006

Artigo aceito para publicação: 22/12/2006

Accepted for publication on December 22 2006

UNIVERSIDADE PARANAENSE

PÓS-GRADUAÇÃO
STRICTO SENSU



Mestrado em:
Direito Processual
e Cidadania

Recomendado pela CAPES

Área de concentração:
I. Direito Processual Civil
II. Direito Processual Penal

Informações

www.unipar.br

Secretaria de Pós-Graduação *Stricto Sensu*
Tel: 44 3621-2885 e/ou 44 3621-2828, ramais 1285 e 1350
degpp@unipar.br

