

# **CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DO GARANTISMO**

**Josiane Paula da Luz<sup>1</sup>**

## **1 INTRODUÇÃO**

Vive-se, atualmente, numa sociedade extremamente complexa, em que a crise de valores é evidente, e o medo, muitas vezes mais gerado pela mídia do que pela realidade, alcança todos os cidadãos.

Dentro desta perspectiva, gerou-se uma banalização da violência e de suas conseqüências, dentre elas, a prisão na sua forma cautelar. Criou-se um sentimento de que é necessário prender todos aqueles que cometem delitos, sendo que a não-prisão é instantaneamente criticada pelos meios de comunicação que desconhecem a legislação vigente.

Há casos em que realmente existe previsão legal para que se prenda cautelarmente um cidadão, embora isso esteja gerando uma discussão frente à Teoria Garantista defendida por Luigi Ferrajoli.

A partir dos conhecimentos acadêmicos obtidos até então, conhece-se o instituto da prisão preventiva. Realizando uma análise desse tema, e, estudando a teoria do

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 12º semestre do Curso de Direito do Centro Universitário Univates. Trabalho elaborado na disciplina de Direito Processual Penal II, com a orientação da professora Bianca Corbellini Bertani. Publicação: set/2006.

garantismo jurídico, encontra-se um problema a ser resolvido: de acordo com a teoria garantista, a prisão preventiva é constitucional?

No presente artigo, pretende-se identificar historicamente o garantismo jurídico, conceituando-o e compreendendo-o. Também serão analisadas as prisões cautelares, especialmente a prisão preventiva, e, por fim, se compararão os posicionamentos jurisprudenciais garantistas e não-garantistas.

## **2 GARANTISMO JURÍDICO**

Vive-se numa sociedade altamente complexa, na qual surgem desafios diários aos cidadãos e aos agentes públicos. O mundo jurídico passa por uma crise de credibilidade perante a sociedade, embora esta crise venha reforçada pelos meios de comunicação de massa.

Maia (2000, p. 89) também acredita que o universo jurídico esteja passando por uma crise: “a primeira crise é a mudança de paradigma de observação do fenômeno jurídico, haja vista que não mais se admite a idéia de direito baseada unicamente em parâmetros estatais.” O referido autor afirma que está cada vez mais difícil para o Estado suprir os problemas gerados a partir da inaplicabilidade dos direitos fundamentais.

A teoria do direito não vem conseguindo dar conta das mudanças estruturais que a sociedade vêm passando. Tem-se o positivismo de um lado, que é extremamente tradicional, e de outro se tem a corrente socialista, por vezes utópica:

De um lado, o positivismo, em sua vertente tradicional formalista, não dá vazão aos anseios de produção jurídica extra-estatal, o que é um fato em sociedades eminentemente periféricas. De outro, o socialismo exacerbado, que não consegue soluções para os problemas colocados, em virtude de se tentar privilegiar o social em detrimento do estatal, incorrendo no mesmo formalismo criticado supra (Maia, 2000, p. 90).

Diante dessa realidade eminentemente complexa, percebe-se que as teorizações até aqui construídas vêm perdendo força. Para Maia (2000, p. 90) “existe uma tentativa

de explicação teórica do social e do jurídico sem se prender unicamente aos parâmetros dogmáticos, de um lado, e eminentemente extradogmáticos, de outro”.

A teoria garantista é importante neste momento, pois busca uma essência no social baseada em um caráter eminentemente procedimental, sem se prender às tradicionais formas de observação do fenômeno, que parecem superadas. Luigi Ferrajoli sustenta que o garantismo surge exatamente pelo descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundamentadas nelas (Maia, 2000).

Miglino (apud Muraro, 2003) reporta sobre o significado do termo garantismo como um mecanismo protetivo da liberdade individual contra abusos de poder, atuando como limitador da ação estatal. Na visão do referido autor, o garantismo assume dois aspectos fundamentais: o conteúdo das normas em relação à disponibilidade da liberdade do cidadão e a interpretação destas normas:

Garantismo é o termo que nasce para individualizar aquelas teorias, políticas antes que jurídicas, dirigidas a proteger a liberdade do cidadão de qualquer abuso ou arbítrio de quem exercita o poder. A possibilidade de dispor discricionariamente do corpo alheio favorece a máxima expressão do arbítrio e, por conseguinte, a primeira exigência do arbítrio e, por conseguinte, a primeira exigência da garantia dos cidadãos é voltar-se para o Estado, autorizando-o a exercitar a força tão só nos casos definidos por via de regras precisas. A necessidade de que as regras sejam respeitadas impões que os governos e o aparato administrativo não façam a sua aplicação, mas que ela decorre de ordem autônoma da magistratura (Miglino apud Muraro, 2004, p. 93).

Carvalho (apud Muraro, 2004) defende que o garantismo é um saber crítico e questionador, um legítimo sistema de defesa dos direitos humanos e da democracia, firmando posição sobre ser o mesmo uma “alternativa viável” e a mais adequada ao Estado Democrático de Direito.

Inicialmente o termo garantismo seria “um modelo normativo de direito” (Ferrajoli apud Maia, 2000, p. 92), modelo que se estrutura a partir do princípio da legalidade, que é a base do Estado de Direito. Essa normativa é verificada sob três aspectos: epistemológico, que pressupõe um sistema de poder que possa, já no viés político do termo, reduzir o grau de violência e aprimorar a idéia de liberdade, e no aspecto jurídico, a possibilidade de se criar um sistema de proteção aos direitos dos cidadãos que seria imposto ao Estado (Maia, 2000).

Assim, mesmo sua “potestade punitiva”, o estado deve respeitar um elenco sistêmico de garantias que devem por ele ser efetivados. Este é o primeiro passo para a configuração de um verdadeiro Estado Democrático de Direito (Maia, 2000, p. 93).

O garantismo também pressupõe uma teoria que explique os problemas da validade e da efetividade do sistema jurídico, tão discutido nos dias atuais.

Para Maia (2000), a teoria de Ferrajoli busca aproximar os elementos da validade e da efetividade, muito embora parta do pressuposto que são diferentes, visto que pode existir validade sem efetividade e, em um grau inferior de garantismo, efetividade sem validade:

Para ilustrar um exemplo deste último caso, pode-se verificar que certas práticas adotadas por policiais não são dotadas de validade, como no caso de uma confissão obtida por meios não permitidos pelo Estado, como a tortura. Então, observando-se o sistema jurídico de modo tradicional, não-garantista, verifica-se que os graus de garantismo podem variar conforme o compasso (ou descompasso) que vai existir entre a normatividade e a efetividade do direito (Maia, 2000, p. 93)

Ferrajoli (apud Maia, 2000) explica que existem graus de garantismo, pois ele seria maior se observássemos apenas as normas estatais vigentes sobre os direitos sociais em um país como o Brasil, mas se o ponto de observação fosse o da aplicabilidade, o grau de garantismo diminui.

O garantismo seria uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e substancias que sempre devem existir para que o direito seja válido (Ferrajoli apud Maia, 2000).

O modelo garantista pretende viabilizar um sistema racional e ao mesmo tempo jurídico, criando esquemas baseados no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, com a intenção de limitar o poder punitivo e garantindo a pessoa contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada (Carvalho, 2003).

Este modelo defendido por Ferrajoli caracteriza-se por dez restrições ao arbítrio legislativo ou erro judicial:

Segundo este modelo, não se admite nenhuma irrogação de pena sem que se tenha sido cometido um fato, previsto legalmente como crime, de necessária proibição e punição, gerador de efeitos danosos a terceiros, caracterizado pela exterioridade e materialidade da ação, pela imputabilidade e culpabilidade do

autor e, além disso, comprovado empiricamente por acusação diante de um juiz imparcial, em processo público realizado em contraditório, mediante procedimentos pré-estabelecidos em lei (Ferrajoli apud Maia, 2000).

Carvalho (2000) demonstra que os termos empregados por Ferrajoli para a formulação de possibilidades do modelo são onze: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, conduta, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa.

Estas categorias mencionadas seriam como pré-requisitos sem os quais se tornaria impossível a determinação da responsabilidade penal e a aplicação da pena, pois cria um rol axiomático que permite a constatação e punição do fato-crime (Carvalho, 2000).

A cadeia elaborada pelo autor serve como instrumento avaliativo de toda incidência do sistema penal, da elaboração da norma pelo legislativo à aplicação/execução da pena. Viabiliza ao intérprete uma principiologia adequada para (des)legitimação de toda atuação penal: teoria da norma (princípio da legalidade, princípio da necessidade e princípio da lesividade); teoria do direito (princípio da materialidade e princípio da culpabilidade); teoria da pena (princípio da prevenção dos delitos e castigos); e teoria processual penal (princípio da jurisdicionalidade, princípio da presunção da inocência, princípio acusatório, princípio da verificabilidade probatória, princípio do contraditório e princípio da ampla defesa) (Carvalho, 2000, p. 85).

Além disso, Carvalho (2000) defende a idéia de que estes princípios deveriam corresponder às “regras do jogo” do direito penal dos Estados democráticos de direito, e sua incorporação aos textos constitucionais iria ocorrer de forma gradual.

A teoria garantista inova quando trata da minimização da pena, ou seja, que se puna somente o mínimo necessário, que se observe a real necessidade desta punição:

O garantismo caracteriza-se como uma tecnologia dirigida à satisfação de valores substanciais, selecionando-os, explicitando-os e incorporando-os normativamente como condição de legitimidade jurídica das proibições e das penas, com o escopo de minimizar o poder punitivo (Carvalho, 2000, p. 91).

Cabe ressaltar que também se reforça a idéia de que isto se torne norma para que o sistema jurídico como um todo tenha legitimidade. Deve-se adotar sempre como primeiro critério o princípio da necessidade: “Trata-se de um critério de economia que procura obstaculizar a elephantíase penal, legitimando proibições somente quando absolutamente necessárias” (Carvalho, 2000, p. 91).

Os direitos fundamentais devem servir como uma espécie de contrapeso na aplicação das penas, devem equilibrar estas medidas, para que não se cometam

excessos e que se observe caso a caso se a aplicação daquela medida não trata consigo mais problemas sociais do que benefícios:

O critério da necessidade é um juízo valorativo direcionado a estabelecer utilitariamente os custos da violência da pena institucional em relação as reações informais derivadas de sua inexistência, visto que o direito penal justifica-se unicamente pela capacidade de prevenir danos às pessoas sem causar efeitos mais danosos do que aqueles que tem condições de impedir (Carvalho, 2000, p. 91)

O direito encontra-se em crise pelo grande número de legislação existente e por sua falta de eficácia, principalmente com relação aos direitos individuais. Ferrajoli (apud Carvalho, 2000, p. 98), aponta mais outros dois aspectos para esta crise: “a inadequação estrutural das formas do Estado de direito às funções do Welfare State decorrente da falta de elaboração de um sistema de garantias dos direitos sociais[...] os direitos sociais são mais difíceis de se proteger do que os direitos de liberdade”.

Ora, encaminhar uma pessoa para o cumprimento de uma pena, desde que se preencha os requisitos mínimos estabelecidos em lei parece algo tecnicamente simples no nosso sistema. Agora se se fizer uma análise do histórico desta pessoa, perceberá quantas vezes o Estado falhou em termos de direitos sociais para com este cidadão.

Ferrajoli (apud Carvalho, 2000) também sustenta a idéia de que é preciso que haja um constitucionalismo internacional, para que se consiga efetivar realmente estes direitos e garantias fundamentais, e para que se reforce o constitucionalismo nacional vigente.

Para proteger estes direitos supramencionados, ou seja, direitos fundamentais e da democracia, a teoria garantista propõe a alteração de três dimensões da esfera jurídico-política que subordinam a prática penal:

1ª A revisão crítica da teoria do direito; 2ª a redefinição da legitimidade democrática e dos vínculos do governo à lei (plano da teoria do Estado); e 3ª a reavaliação conceitual do papel do Estado (plano da teoria política). A partir desta trílice (re)avaliação nasce a possibilidade de construção de uma teoria geral do garantismo como parâmetros de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva (Carvalho, 2000, p. 99)

Para Carvalho (2000, p. 99) a teoria garantista é essencialmente pertencente à esfera penal e todos os princípios até aqui apresentados estão ligados estreitamente às ciências penais: “Ao elaborar modelo normativo de freios ao poder público arbitrário, a

matriz garantista deixa clara sua vocação penal [...] parecem pois, que nesta esfera está a limitação do horizonte de ação de garantismo.

Para reforçar os conceitos aqui apresentados sobre o garantismo, Lopes Jr. (2005) diz que esta teoria consiste na tutela dos direitos fundamentais, envolvendo os direitos à vida, à liberdade, os bens e os interesses que fundam e justificam a existência do estado. Ferrajoli (apud Lopes Jr., 2005) afirma que o direito existe para tutelar os direitos fundamentais, mas o problema está entre a efetividade e normatividade:

A efetividade da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais[...]. Neste contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal (Lopes Jr., 2005, p. 47).

Reforçada está aqui a ideia de que é fundamental a atuação do juiz caso a caso, em que pese sua atuação deve ser imparcial e independente. Ferrajoli (apud Lopes Jr., 2005, p. 47) também explica melhor por que esta teoria é especificamente uma tutela dos direitos fundamentais: “configura a proteção do débil contra o mais forte; tanto do débil ofendido pelo delito como pela vingança”.

A proteção vem por meio do já referido monopólio estatal da pena e da necessidade de prévio processo judicial para sua aplicação, e da existência, no processo, de uma série de instrumentos e limites, destinados a evitar abusos por parte do Estado na tarefa de perseguir e punir (Lopes Jr., 2005).

A teoria garantista também vem defender, como não poderia ser diferente, a não condenação quando restar qualquer dúvida sobre a verdade fática do caso em análise:

Como destaca Ferrajoli em diversos momentos, a dúvida deve ser resolvida sempre pela aplicação do princípio *in dubio pro reo* (critério pragmático de solução das incertezas jurisdicionais) e a manutenção da presunção da inocência (Lopes Jr., 2005, p. 47)

Já no que se refere à parte processual, a teoria garantista não se identifica com o modelo inquisitivo, por pressupor que se todos os requisitos vão ser rigorosamente obedecidos, podendo haver excessos. Lopes Jr. (2005, p. 48) resume a ideia do garantismo: “o garantismo encontra sua antítese no Direito Penal máximo e no utilitarismo processual, ambos tão em voga ultimamente”.

O utilitarismo se relaciona com a idéia de combate à criminalidade a qualquer custo, onde o processo deve ser rápido e eficiente, e com isso se diminui as garantias processuais do cidadão em nome do interesse estatal de apurar mais rapidamente e aplicar penas. Trata-se de clara exclusão, supressão de direitos fundamentais para alcançar a máxima eficiência (antigarantista) (Lopes Jr., 2005).

Lopes Jr. (2005, p. 48) conclui suas idéias afirmando que o processo penal tem cometido muitos erros com os cidadãos, mais especialmente isso acontece nas prisões cautelares: “A violência do processo penal é patente, tendo sua face mais cruel nas prisões cautelares, cujo conteúdo aflitivo em nada se diferencia (é, inclusive, mais grave) da prisão decorrente da sentença definitiva”.

Para o referido autor, tratar-se de violência praticada pelo próprio Estado que tem a obrigação constitucional de combatê-la:

A violência dos atos é igual. A diferença então está no sentido e no profundo respeito às garantias processuais, na necessidade e proporcionalidade, na natureza e importância do bem jurídico tutelado. Nisso reside a autorização para que o Estado cometa tais crimes. O processo penal faz com que o Estado tenha uma soberania mitigada, um poder limitado e reduzido aos limites racionais e no marco dos princípios garantidores (Lopes Jr., 2005, p. 49).

Vê-se aqui que a crise do Estado como garantidor de direitos vai muito além do que se pode ver num primeiro momento. O próprio Estado que deveria proteger o cidadão das violações referentes aos direitos e garantias fundamentais, é o que acaba violando esta norma. E quem irá punir o Estado? Parece que esta é uma pergunta sem resposta. É preciso que haja um maior amadurecimento democrático para que se consiga avançar nestas questões.

E cabe ao juiz essa importante tarefa e, enquanto garantidor da eficácia do sistema de garantias constitucionais e processuais, deve atentar, principalmente, para os critérios de necessidade e proporcionalidade, buscando sempre o menor sofrimento possível do sujeito passivo submetido à violência do processo. Em última análise o menor constrangimento e sofrimento do inocente submetido ao processo, porque é o status constitucional do réu (Lopes Jr., 2005, p. 49).

A questão realmente merece um debate mais profundo. A responsabilidade do juiz no caso concreto assume grande relevância para que se efetive a proteção dos direitos e garantias fundamentais, principalmente nos casos de prisão preventiva, onde ainda nem existe uma sentença condenatória definitiva. No próximo capítulo desta

pesquisa, abordaremos o instituto da prisão preventiva e sua constitucionalidade, a luz da teoria garantista.

### 3 PRISÃO CAUTELAR

Desde o momento do início da relação jurídica processual até a obtenção do resultado final, ou seja, a sentença, existe sempre o risco de acontecerem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do processo. Por este motivo, para Fernandes (2002), existem as medidas cautelares, que eliminam ou amenizam este perigo:

São providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, atingindo-se, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa (Fernandes, 2002, p. 297).

É importante destacar que estas medidas devem ser utilizadas somente em casos excepcionais, não podendo servir jamais de regra, também dependem da aplicação de dois pressupostos: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*:

O *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito, que se concretiza no processo penal condenatório pela verificação da presença de elementos indicadores de existência do crime e da autoria; e o *periculum in mora*, ou *periculum libertatis*, ou seja, o perigo, o risco de que, com a demora no julgamento, possa o acusado, solto, impedir a correta solução da causa ou a aplicação da sanção punitiva (Fernandes, 2002, p. 301).

Há em nossa Carta Magna, no art 5º, LXI, a previsão de que toda prisão deve ser escrita e fundamentada pela autoridade judiciária competente. Descarta-se, então, qualquer possibilidade de ocorrer prisão no âmbito administrativo (Fernandes, 2002).

Não se pode ignorar também, ao estudar as prisões cautelares, o princípio da presunção da inocência, ou princípio da não-culpabilidade, quem vem estabelecido no art. 5º, LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Só se justifica a prisão durante o processo quando esta tiver natureza cautelar, isto é, quando for necessária em face de circunstâncias concretas da causa, que devem conter os pressupostos supramencionados (Fernandes, 2002).

Pode-se observar, através dos meios de comunicação de massa que as pessoas que não tem conhecimento jurídico, muitas vezes condenam a atuação de juízes, quando estes permitem que os réus fiquem em liberdade até a sentença final. Caso recente ocorreu com o julgamento do jornalista Pimenta Neves<sup>2</sup>, que teve ampla divulgação na mídia nacional, inclusive com comentaristas formadores de opinião, demonstrando sua indignação com o caso.

O que ocorre é que o réu pode aguardar em liberdade até que a sentença transite em julgado, e, neste caso em específico, o réu não representava perigo à sociedade, não tendo o juiz fundamentação jurídica para prendê-lo.

Dentre as várias formas de prisão cautelar, este artigo se aterá a um tipo específico, qual seja, a prisão preventiva, que se passa a analisar.

### **3.1. Prisão preventiva**

A prisão preventiva é um tipo de prisão provisória, com natureza cautelar, pois tem como objetivo garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, o qual poderá se tornar inútil em algumas hipóteses, se o acusado permanecer em liberdade até que haja um pronunciamento jurisdicional definitivo (Capez, 2005).

Nucci (2004, p. 562) traz o conceito de prisão preventiva: “é uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei.

A prisão preventiva possui quatro pressupostos, conforme ensina Marques (apud Nucci, 2003, p. 562): “a) natureza da infração (alguns delitos não admitem, como ocorre com os delitos culposos), b) probabilidade de condenação (*fumus boni juris*), c) perigo

---

<sup>2</sup> “O jornalista Antonio Pimenta Neves, condenado a 19 anos e dois meses por matar a ex-namorada e também jornalista Sandra Gomide, em 2000, deixou o Fórum de Ibiúna, no interior de São Paulo, sob gritos de "assassino". Ele vai poder recorrer da sentença em liberdade. Pimenta foi obrigado a deixar o prédio pela saída dos fundos pois cerca de 300 populares pediam o seu linchamento em frente ao Tribunal. Cinco carros da polícia fizeram a escolta de Pimenta Neves” (Disponível em: <http://www.noticias.terra.com.br>. Acesso em: 15 ago. 2006).

na demora (*periculum in mora*) e d) controle jurisdicional prévio (Elementos de direito processual penal)”.

Como se trata de prisão cautelar, esta se reveste do caráter de excepcionalidade, na medida em que somente poderá ser decretada quando estritamente necessária. Neste sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu: “a prisão provisória é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é uma punição antecipada”. (RT, 351/301 apud Capez, 2005).

Sobre o confronto que existe entre a prisão preventiva e a presunção da inocência, a Súmula 9 do STJ dispõe claramente que a prisão provisória não ofende o princípio constitucional do estado de inocência, pois esta mesma Súmula prevê a aplicação destas medidas (Capez, 2005).

Como já referido, existem alguns requisitos que devem ser rigorosamente respeitados:

A prisão provisória somente se justifica, e se acomoda dentro do ordenamento pátrio, quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional. Sem preencher os requisitos gerais da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), sem necessidade para o processo, sem caráter instrumental, a prisão provisória, da qual a prisão preventiva é espécie, não seria nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado, e, isto sim, violaria o princípio da presunção da inocência (Capez, 2005, p. 242).

A prisão preventiva não pode servir como aplicação a qualquer caso, perdendo seu caráter de excepcionalidade. Segundo o mesmo autor, deve ser aplicada somente quando estiverem presentes seus requisitos: comprovação do perigo da demora de se aguardar o trânsito em julgado, para só então prender o acusado.

Para que se aplique a prisão preventiva, é necessário que se preencham alguns pressupostos para a decretação: a) prova da existência do crime (prova da materialidade delitiva); e b) indícios suficientes de autoria (Capez, 2005).

Nesta fase, não é necessário produzir prova plena, pois em caso de dúvida deve-se aplicar o princípio *in dubio pro societate*:

Note-se, que nesta fase, não se exige prova plena, bastando meros indícios, isto é, que se demonstre a probabilidade do réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. A dúvida, portanto, milita em favor da sociedade, e não do réu[...] “Não se pode exigir para a prisão preventiva a mesma certeza que se exige para a condenação. O in dúbio pro reo vale ao ter o juiz que absolver ou condenar o réu. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória (RT, 554/386)”(Capez, 2005, p.243).

Então, deve o juiz observar todas as hipóteses em que se pode decretar a prisão preventiva, que se passa a analisar a seguir.

### **3.2 Hipóteses da decretação da prisão preventiva**

O artigo 312 do Código de Processo Penal estabelece taxativamente as hipóteses em que pode ser decretada a prisão preventiva. Analisar-se-á a seguir cada uma destas hipóteses.

**a) Garantia da ordem pública:** A decretação da prisão preventiva com o objetivo de impedir que o sujeito, solto, continue a delinquir, ou de causar medo no meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor social (Capez, 2005).

Considera-se correta a decretação da prisão preventiva, pois até a decretação de sentença definitiva o sujeito já terá cometido inúmeros delitos. Para Capez (2005), os maus antecedentes ou a reincidência são circunstâncias que evidenciam a provável prática de novos delitos e autorizam a decretação da prisão preventiva com base nessa hipótese.

Ensina Nucci (2004) que deve se avaliar a gravidade da infração e a repercussão social dela:

Um furto simples não justifica histeria, nem abalo à ordem, mas um latrocínio repercute, negativamente, no seio social, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas, a qualquer tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, o que gera, por certo, intranquilidade (Nucci, 2004, p. 564).

O mesmo autor também menciona que se deve levar em conta a periculosidade do réu e a maneira como foi executado o crime (se foi utilizando meios cruéis, por exemplo).

**b) Conveniência da instrução criminal:** Para Capez (2005), esta hipótese tem como objetivo impedir que o acusado perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos. Fica evidenciado o princípio do *periculum in mora*, pois não se conseguirá obter a verdade real se o réu ficar solto até o final do processo. “Trata-se do motivo resultante da garantia de existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental” (Nucci, 2004, p. 567).

São exemplos também de condutas inaceitáveis: ameaça a testemunhas, a investida contra provas buscando desaparecer com as evidências, ameaças ao órgão acusatório, à vítima ou ao juiz do feito, a fuga deliberada do local do crime, entre outras (Nucci, 2004).

**c) Garantia de aplicação da lei penal:** Se o acusado não possui residência fixa, nem ocupação definida, ou seja, nenhum motivo há para que ele permaneça no distrito onde se desenrola o processo, existe um risco muito grande de fuga, e de que não se consiga aplicar a pena, caso ele seja condenado (Capez, 2005).

Nucci (2004, p. 568) chama esta característica de asseguaração da lei penal: “significa garantir a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal”. Para ele, não teria sentido o ajuizamento da ação penal se o réu age contra este propósito, tendo a nítida intenção de desrespeitar o ordenamento jurídico. Ora, o indiciado já descumpriu a lei uma vez, e se dão indícios de que pretende se esquivar da pena, cabe ao Estado tentar impedir tal ato.

**d) Garantia da ordem econômica:** Tem-se como objetivo, impedir que o agente causador de seriíssimo abalo financeiro permaneça e liberdade, demonstrando descrédito perante a sociedade (Nucci, 2004). O autor ainda complementa:

Equipara-se o criminoso de colarinho branco aos demais delinqüentes comuns, o que é certo, na medida que o desfalque em uma instituição financeira pode gerar maior repercussão na vida das pessoas, do que um simples assalto contra um indivíduo qualquer (Nucci, 2005, p. 567).

Deve-se observar aqui também o binômio gravidade do delito + repercussão social, não permitindo que a criminalidade dos administradores e empresários fique impune, gerando intranqüilidade na sociedade (Nucci, 2004).

Não é possível permitir a liberdade de quem retirou e desviou enorme quantia dos cofres públicos, para a satisfação de suas necessidades pessoais, em detrimento de muitos, pois o abalo à credibilidade da Justiça é evidente. Se a sociedade teme o assaltante ou o esturador, igualmente tem apresentado temor em relação ao criminoso de colarinho branco (Nucci, 2004, p. 567).

Para Capez (2005, p. 244) esta característica trata-se de uma repetição da garantia da ordem pública: “O art. 86 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste), incluiu no art. 312 do CPP esta hipótese de prisão preventiva”.

Nucci (2004) também sustenta dois importantes casos onde se aplica a decretação de prisão preventiva: prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. A prova da existência do crime trata-se da materialidade, ou seja, a certeza que ocorreu uma infração penal. Para o autor, não se determinará a prisão de ninguém quando houver séria dúvida sobre a própria existência de evento típico.

Sobre os indícios suficientes de autoria, trata-se da suspeita fundada de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não se exige prova plena, até porque isto seria inviável num processo cautelar. Nucci (2004, p. 570) reforça: “cuida-se de assegurar que a pessoa mandada ao cárcere, prematuramente, sem a condenação definitiva, apresente boas razões para ser considerada agente do delito”.

A lei usa o termo “suficiente” para demonstrar que não basta apresentar qualquer indício, é preciso que ele seja bem convincente, sólido, bem embasado. Gomes Filho (apud Nucci, 2004, p. 570) se pronuncia sobre o caso: “o indício suficiente é aquele que autoriza um prognóstico de um julgamento positivo sobre a autoria ou a participação”.

Conforme se vê no art. 313 do Código de Processo Penal, existem ainda alguns outros casos em que a prisão preventiva deve ser decretada, os quais passa-se a analisar.

Quando se tratar de crime doloso, e se verificar os pressupostos no artigo anterior. Com isso, se descarta a hipótese de decretação de prisão preventiva em

qualquer caso de crime culposos ou contravenção penal, pois o agente nestes casos, não teve a intenção de cometer o crime ou delito (Nucci, 2004).

O autor continua dizendo que a persistência do réu em praticar delitos apenados com detenção é motivo para a decretação de prisão preventiva e cita ainda decisão que confirma a idéia:

A prisão preventiva é medida excepcional, que somente deve ser decretada quando presentes seus pressupostos ensejadores. Paciente que, muito embora responda a inquérito policial, pela prática de crimes apenados com detenção, insiste em continuar a praticá-los. Garantia da ordem pública que se impõe. Plenamente justificada e fundamentada, deve ser mantida a prisão preventiva, convenientemente decretada (STJ, RHC 8.797-MG, 5ª T. rel Edson Vidigal, 23.11.99) (Nucci, 2004, p. 572)

Deve-se observar também se o acusado é reincidente em crime doloso, caso que autoriza a decretação de prisão preventiva. Agora se a reincidência for em crime culposos, não caberá tal medida.

### **3.3. Decretação da prisão preventiva**

Conforme o art. 311 do Código de Processo Penal, a decretação da prisão preventiva pode ocorrer em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução judicial, a requerimento do Ministério público, representação da autoridade policial ou de ofício pelo juiz.

Capez (2005) ensina que a decisão que decreta prisão preventiva é irrecorrível, sendo somente possível a impetração de *habeas corpus*. O despacho da prisão preventiva deve sempre vir devidamente fundamentado, não apenas demonstrando os motivos, mas também, e, indispensavelmente, devem estar presentes os pressupostos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Sobre a revogação da prisão preventiva, o juiz poderá fazê-la no decorrer do processo, se verificar falta de motivo que subsista, conforme art. 316 do Código de Processo Penal. Da decisão que revoga a prisão preventiva, cabe recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, IV).

Pode ocorrer, por exemplo, que inicialmente se alegava que o indiciado ameaçava testemunhas, mas se observará, com o depoimento destas, que isso não era verdade, então, deve o juiz, revisar a medida cautelar, colocando-se o acusado em liberdade (Nucci, 2004).

Pode-se perceber que a cautela deve ser máxima no momento de decretação de prisão preventiva de alguém que ainda não teve uma sentença condenatória definitiva. O risco de se cometer injustiça existe, devendo o aplicador da lei estar bem atento em relação a isto, sempre verificando se os pressupostos exigidos para a decretação da prisão preventiva estão presentes.

Será analisado a seguir o comportamento da jurisprudência sobre esse assunto, ou seja, a prisão preventiva à luz do olhar garantista.

#### **4 ANÁLISE DE POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS**

Passa-se a analisar dois casos, para identificar-se neles a presença ou ausência da teoria garantista e também para analisar se os pressupostos exigidos para a decretação da prisão preventiva vêm sendo observados.

O primeiro caso trata de um Acórdão julgado em 04/04/06, no Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o ministro Eros Grau, paciente: Carlos César Martins e impetrante: Ismael Gomes Marçal e outro (a/s):

HABEAS CORPUS. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SUPERVENIÊNCIA DE NOVO TÍTULO ENTRE À PROLAÇÃO DO ATO IMPUGNADO E ESTA IMPETRAÇÃO. OMISSÃO QUANTO AOS SEUS FUNDAMENTOS. PREJUDICIALIDADE. Alegação de ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva. Superveniência da sentença de pronúncia entre a prolação do ato impugnado e esta impetração. Omissão dos impetrantes quanto aos fundamentos do título novador, que podem ser diversos dos adotados originariamente. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que “a superveniência da sentença de pronúncia afasta qualquer decisão em torno da prisão preventiva anteriormente decretada”. Hábeas Corpus prejudicado. Hábeas Corpus nº 87.620-0 – Segunda Turma – Paciente: Carlos César Martins. Impetrante: Ismael Gomes Marçal e outros. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 04 de abril de 2006 (Disponível em: <http://www.stf.org.br>. Acesso em: 30 abr. 2006).

Trata-se de acusação baseada no artigo 121, § 2<sup>a</sup>, incisos I, IV e V, do Código Penal, sendo que o juiz recebeu a denúncia no dia seguinte ao fato e decretou a prisão preventiva do denunciado. A decisão estava fundamentada na garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Os impetrantes alegam que o juiz se limitou a indicar as hipóteses legais que justificariam a prisão preventiva, que trata o artigo 312 do Código de Processo Penal, e que não foram apontados os elementos concretos que justificariam a medida cautelar: “Demais disso, afirmam que o decreto, de tão genérico, pode ser utilizado para qualquer caso”.

Capez (2005) ensina que a decisão que decreta prisão preventiva é irrecorrível, sendo somente possível a impetração de *habeas corpus*. O despacho da prisão preventiva deve sempre vir devidamente fundamentado, não apenas demonstrando os motivos, mas também, e, indispensavelmente, devem estar presentes os pressupostos que autorizam a decretação da prisão preventiva. Vê-se que está se ferindo norma constitucional neste caso, pois a decretação da prisão preventiva deve ser fundamentada e justificada, conforme já explicitado nos capítulos anteriores desta pesquisa: “Art. 5º, LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar, definidos em lei”.

Ora, uma decretação genérica jamais poderia servir de fundamentação para a prisão de alguém, pois o Tribunal de São Paulo já decidiu: “a prisão provisória é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é uma punição antecipada” (RT, 351/301 apud Capez, 2005).

A prisão preventiva não pode, então, servir como aplicação a qualquer caso, perder seu caráter de excepcionalidade. Segundo Capez (2005) deve ser aplicada somente quando estiverem presentes seus requisitos: comprovação do perigo da demora de se aguardar o trânsito em julgado, para só então prender o acusado.

Para maior gravame, a decisão do Tribunal foi de manter a prisão preventiva, justificada na sentença de pronúncia que sobreveio ao caso. Não foram discutidos, em nenhum momento, os pressupostos da decretação da prisão preventiva, o que demonstra que não foram garantidos os direitos do cidadão.

E cabe ao juiz essa importante tarefa e, enquanto garantidor da eficácia do sistema de garantias constitucionais e processuais, deve atentar, principalmente, para os critérios de necessidade e proporcionalidade, buscando sempre o menor sofrimento possível do sujeito passivo submetido à violência do processo. Em última análise o menor constrangimento e sofrimento do inocente submetido ao processo, porque é o status constitucional do réu (Lopes Jr., 2005, p. 49).

Já se tratava de decisão não corretamente fundamentada no Juízo de 1º Grau, e foi acolhida pelo Tribunal; o que alarma é o fato de que o juiz, que deveria ser o garantidor dos direitos e garantias fundamentais, poder violar aquilo que tem como obrigação proteger. Resta uma contradição imensa: o Estado pode violar as normas, está legitimado a errar, mas se o cidadão as violar tem-se o instituto da prisão preventiva para resolver a situação. E quem punirá o Estado ?

A violência dos atos é igual. A diferença então está no sentido e no profundo respeito às garantias processuais, na necessidade e proporcionalidade, na natureza e importância do bem jurídico tutelado. Nisso reside a autorização para que o Estado cometa tais crimes. O processo penal faz com que o Estado tenha uma soberania mitigada, um poder limitado e reduzido aos limites racionais e no marco dos princípios garantidores (Lopes Jr., 2005, p. 49).

Parece que a violência dos atos é até maior do que se fosse cometida por um cidadão qualquer, pois o Estado tem a obrigação constitucional de proteger e garantir os direitos aos cidadãos:

A efetividade da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais[...] Neste contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal (Lopes Jr., 2005, p. 47).

Outra decisão que se passa a analisar é a seguinte:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO: GARANTIAS DA ORDEM PÚBLICA E DA EFETIVA APLICAÇÃO DA LEI PENAL: INIDONEIDADE. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL: IDONEIDADE. A repercussão do crime e o clamor social não legitimam a prisão preventiva. De igual modo, a custódia cautelar não pode ter suporte na fuga do paciente, que se apresentou à autoridade policial dois dias após o fato delituoso. Esse comportamento deve ser interpretado como intenção de arcar com as conseqüências do processo. A fuga, como causa justificadora da necessidade da prisão cautelar, deve ser analisada caso a caso, de modo que se deve afastar a interpretação literal do artigo 317 do Código de Processo Penal. Havendo

elementos concretos indicando que as testemunhas sofreram ameaças, é lícita a prisão preventiva com respaldo na conveniência da instrução criminal. *Habeas Corpus* nº 87.425-8. Paciente: Heleno Rodrigues. Impetrante: Márcio Barcelar. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília. 14 de março de 2006 (Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 07 maio 2006).

Observa-se nesta decisão que o acusado foi denunciado como incurso no art. 121. § 2, I, III e IV, do Código Penal, e no art 14 da Lei 10.826/2003, c/c o artigo 69 do Código Penal, sob a acusação de ter assassinado a esposa.

O referido acusado impetrou *Habeas Corpus* no TJ/PE e no STJ, impugnando os fundamentos de sua prisão preventiva, que vem sendo embasada em três fundamentos: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

Parece que, ao menos em parte, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado a teoria garantista dos direitos fundamentais, pois adotou o seguinte posicionamento no voto da decisão referida: “a repercussão do crime e o clamor social não legitimam a prisão preventiva para garantia da ordem pública”.

Também continua o Min. Grau: “a prisão cautelar também não se justifica para aplicação da lei penal, quando evidenciado que o paciente, apesar de fugir logo após o crime, compareceu dois dias depois. Esse comportamento deve ser interpretado como intenção de arcar com as conseqüências do processo”.

Verifica-se aqui que a garantia dos direitos fundamentais foi devidamente observada na análise destes fatos, pois se observou que não haveria necessidade de uma prisão preventiva baseada nestes fundamentos.

Nucci (2004, p. 562) traz o conceito de prisão preventiva: “é uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei” (grifo nosso).

No entanto, na continuidade do voto do referido relator, ocorre uma mudança: “Contudo, tenho por consistente a motivação atrelada à conveniência da instrução criminal”. E cita trecho da decisão de 1º Grau:

Como está demonstrado nos autos, o crime se deu dentro do lar da família do acusado, o que causou revolta nos filhos do casal. Solto, poderá ele influenciar

os depoimentos e seus filhos, sem olvidar que o suposto amante da vítima encontra-se escondido por temer alguma represália do acusado [...] Noto como elemento palpável, que a Sra Avelina Marcelina informou que por várias vezes o acusado esteve a procura de seu filho, inclusive foi visto por vizinhos [...] Por sentir-se ameaçado, o amante da vítima Carlos Augusto tomou rumo ignorado e certamente ao saber que o acusado estiver preso se encorajará a comparecer em juízo [...] Como juiz tenho que garantir a segurança das testemunhas, bem como assegurar que seus depoimentos não sejam contaminados ou influenciados pelo acusado.

E o ministro Eros Grau termina seu voto: "Tem-se, no particular, fundamentação robusta a justificar, com sobras, a prisão preventiva".

Ora, com esta última análise do ministro, cai por terra qualquer fundamento garantista, que, num primeiro olhar, poderia ter. Pelo transcrito, não ficou clara a ameaça a testemunha, fazendo referência apenas ao fato de o pai ter procurado o filho, o que, inclusive, dá margem a muitas interpretações, podendo, quem sabe, se tratar de um pedido de desculpas sobre o crime cometido com sua mãe. Mas como já exposto, não se sabe ao certo o motivo de o pai ter procurado o filho, não cabendo a ninguém emitir este juízo se o fato não está comprovado. O que se comprovou foi a procura do filho por parte do pai. Além disso, surgem suposições de ameaças.

Sobre o amante sentir-se ameaçado, isto decorre da lógica da situação em que ele está envolvido, pois se se fizer uma análise moral do caso, se verifica que ele, o amante, agiu inadequadamente ao se relacionar com uma mulher casada. O que deve ocorrer é um medo natural decorrente de sua própria atitude errada, ao analisar que o marido, traído, está descontente com a situação.

O que se quer evidenciar com isso é que a prisão preventiva não tem motivo suficiente baseado apenas na suposta ameaça a testemunhas; para ser decretada; deveria, neste caso, ser revogada esta prisão se ficar comprovado que não há ameaça real destas testemunhas.

Sobre a revogação da prisão preventiva, o juiz poderá fazê-la, no decorrer do processo, se verificar falta de motivo que subsista, conforme art. 316 do Código de Processo Penal.

Pode ocorrer, por exemplo, que inicialmente se alegava que o indiciado ameaçava testemunhas, mas se observará, com o depoimento destas, que isso não era

verdade, então, deve o juiz, revisar a medida cautelar, colocando-se o acusado em liberdade (Nucci, 2004).

Parece que neste caso o ensinamento de Nucci se aplica, pois está evidente que as testemunhas não estavam sendo ameaçadas, e que deveria se garantir ao acusado o direito de aguardar o julgamento em liberdade, o que não ocorreu, não se verificando, pois, a aplicação da teoria garantista.

O modelo garantista pretende viabilizar um sistema racional e ao mesmo tempo jurídico, criando esquemas baseados no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, com a intenção de limitar o poder punitivo e garantindo a pessoa contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada (Carvalho, 2003).

Este modelo defendido por Ferrajoli caracteriza-se por dez restrições ao arbítrio legislativo ou erro judicial:

Segundo este modelo, não se admite nenhuma irrogação de pena sem que se tenha sido cometido um fato, previsto legalmente como crime, de necessária proibição e punição, gerador de efeitos danosos a terceiros, caracterizado pela exterioridade e materialidade da ação, pela imputabilidade e culpabilidade do autor e, além disso, comprovado empiricamente por acusação diante de um juiz imparcial, em processo público realizado em contraditório, mediante procedimentos pré-estabelecidos em lei (Ferrajoli apud Maia, 2000).

Ferrajoli (apud Muraro 2004) escreve que a medida processual da prisão preventiva impõe ao acusado uma “presunção de periculosidade”, baseada em mera suspeita de prática delitiva. As consequências inafastáveis desta medida cautelar, ao réu, constituem em gravíssima violação à liberdade individual. Diante da ineficácia dos mecanismos de controle estatal, admite-se, de forma escandalosa e declara a prisão preventiva como “mecanismo legal”

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após se analisar a prisão preventiva com mais atenção e de verificar os fundamentos garantistas, deve-se ter um pouco de cautela ao concluir algo sobre o assunto.

Verifica-se que a doutrina e a jurisprudência são pacíficas com relação à legitimidade da prisão preventiva, inclusive com previsão constitucional para isso, no art. 5º, inc LXI, aceitando o emprego deste instituto, desde que fundamentada a decisão.

Diversos autores pesquisados estabelecem as situações em que a prisão preventiva pode ser aplicada, sem perder seu caráter legal, ou seja, legitimadas estão estas decisões dentro do atual sistema jurídico brasileiro.

Em contrapartida, analisou-se a teoria garantista e seus fundamentos, sendo esta uma doutrina construída por Ferrajoli, que apresenta idéias bem fundamentadas acerca da garantia de direitos fundamentais, como a liberdade.

Essa corrente garantista vem chegando ao Brasil nos últimos anos, com as obras de Ferrajoli, de forma que ainda se apresenta como uma nova forma de analisar os fatos. As decisões jurisprudenciais quase não citam esta nova idéia e a doutrina começa a desenvolver o assunto, inicialmente de forma tímida, mas com o passar do tempo vêm aperfeiçoando seus argumentos, sempre baseados nos ensinamentos desse estudioso.

Parece, para aquele que se aprofunda no assunto, que a teoria garantista realmente se apresenta como uma forma ideal dentro do sistema de aplicação de penas. Mas sabe-se que no Brasil algumas coisas levam um certo tempo para se tornarem idéias maduras, e, em contrapartida, tem-se uma mídia que por muitas vezes confunde a idéia do cidadão acerca das leis e sua aplicação.

Inúmeros casos podem ser citados que envolvem um fato e que a mídia o transmitiu de maneira parcial, não explicando o porquê, por exemplo, de uma prisão preventiva não ser decretada, ou de uma liberdade provisória ser concedida. O que acontece é que se cria uma imagem acerca do indivíduo, como se a mídia já fizesse, muito sutilmente, um julgamento daquele fato e daquela pessoa que está sendo acusada, muitas vezes, já o condenando.

Isto tudo repercute negativamente, pois a população passa a crer que é necessário punir com mais rigor os crimes, e se possível, fazer isto o quanto antes, não

se importando com o devido processo legal. Aliás, esta mesma mídia que faz o cidadão se revoltar com fatos e crimes diversos, noticiando com parcialidade os fatos ocorridos, nem explica que existe um devido processo legal a ser respeitado, incluindo a ampla defesa e a presunção da inocência.

Isto faz pensar sobre a aplicabilidade da teoria garantista hoje no sistema jurídico brasileiro. Não resta dúvida que se trata de uma teoria muito bem fundamentada, que tem como princípio a proteção, a garantia dos direitos dos cidadãos. Mas analisando algumas decisões parece que o atual sistema não se encontra plenamente maduro para adotar tal doutrina integral e instantaneamente, principalmente no que se refere à aplicação de medidas cautelares com privação de liberdade.

Todavia, em uma democracia real, e não somente aparente, deve-se possibilitar às minorias e àqueles menos abastados as garantias que merecem e, além disso, deve-se buscar a efetivação de medidas que favoreçam suas práticas, inserção e desenvolvimento, sob pena de se constituírem em medidas falaciosas e de descrédito ao atual sistema que está instalado.

Já foi verificado no presente artigo que o sistema jurídico encontra-se em crise. Se ainda não se garantir os direitos e garantias fundamentais, então esta crise tende a se agravar cada vez mais.

E é isto que a teoria garantista propõe: uma ampla e efetiva proteção aos direitos e garantias fundamentais. Por esta razão esta teoria deve ser profundamente estudada pelos lidadores do direito.

Trata-se de um desafio para todos os operadores jurídicos, pois existe uma clara necessidade de revisão metodológica por parte destes, em geral, buscando readequar suas condutas e suas culturas jurídicas a um novo paradigma, exposto constitucionalmente, mas ainda não bem efetivado, talvez por falta de conhecimento, ou por falta de amadurecimento da questão.

Por vezes, a Constituição parece contraditória – ou seria sua efetivação contraditória? –, pois ao passo que se tem previstos direitos e garantias fundamentais,

em contrapartida tem-se a possibilidade de se prender um acusado preventivamente, sem ter ele passado pelo devido processo legal, sem contraditório e ampla defesa.

O tema em questão é polêmico. Necessita de maior aprofundamento, tanto acadêmico quanto prático. Descobrir se a prisão preventiva realmente pode ser considerada inconstitucional é um desafio que demanda uma pesquisa mais aprofundada sobre a teoria garantista e, principalmente, é necessário observar como isso vai sendo aceito nos tribunais do país.

Partindo da análise por ora realizada neste trabalho, investigando a prisão preventiva e seus pressupostos e também a teoria garantista desenvolvida por Ferrajoli, percebeu-se que nas decisões analisadas prepondera a prisão preventiva, ferindo-se a teoria garantista. Sabe-se que se trata de teoria apenas, embora ela já esteja normatizada, reforçando somente a garantia efetiva daquilo que já existe.

É necessário um maior amadurecimento frente a esta nova teoria para que ela possa ser devidamente respeitada, e, quem sabe, com isso, se excluam do sistema jurídico formas de privação de liberdade que firam estes direitos. Mas isso delonga um debate jurídico envolvendo todos os atores do processo, especialmente a comunidade, que deve tomar conhecimento que o mesmo Estado que pune, também transgredir normas por ele impostas.

A efetivação democrática do Estado necessita de um reordenar cultural, alterando-se o modo de pensar dos técnicos jurídicos e impondo ao estudo do direito um caráter de construção de uma nova sociedade, sendo o acadêmico um ente de modificação social positiva, e não um mero repetidor do conhecimento já instaurado.

Impõe-se ao lidador do direito a efetivação de mecanismos de convencimento capazes de levá-lo a modificação de suas velhas formas de operar, deixando de ser um mero aplicador de leis lidas, mas desconhecidas e possibilitando a reconstrução de manifestações adormecidas de uma justiça social efetiva.

Portanto, conclui-se por uma posição favorável ao garantismo jurídico, mas entende-se que algumas questões merecem o devido adequamento social, considerando-se as diferenças econômicas, culturais e de origem do sistema existentes

entre a Europa e o Brasil. Não significa que se quer mudar o sistema proposto por Ferrajoli, mas sim readequá-lo à legislação nacional e, principalmente, impor medidas restritivas ao eventual abuso de um sistema antidemocrático.

Por último, evidencia-se que se faz necessário que se inicie um estudo por parte dos administradores públicos, no sentido de evitar o cometimento de crimes, e não só pensar em puni-los quando eles acontecem.

A criminalidade e a violência social deverão ser combatidas através da efetivação e concretização de políticas públicas que respeitem a dignidade da pessoa humana, possibilitando a todos os membros da sociedade o acesso à educação, alimentação, saúde, lazer e, principalmente, a tornar a cidadania efetiva.

Para seu progresso, a humanidade necessita transformar a natureza e a sociedade, eliminando por completo qualquer forma de violência, a apropriação de seres humanos por outros seres humanos, possibilitando o convívio social como marco de desenvolvimento de todos. Sabe-se que isto é um desafio, mas cabe a academia iniciar este debate para que essas políticas públicas possam se efetivar, quem sabe, num futuro próximo.

Conforme ensina Muraro (2004), é necessário pensar a forma de se fazer justiça:

Eis que esta senhora por mais sensual e bela que seja, não nos permite ir além do que admirar suas belas formas, escondendo suas nuances no embriagar das paixões desmedidas de seus operadores mais apaixonados, deixando à mercê das marés os incautos que a Lei se chegam sem a devida precaução (Muraro, 2004, p.198).

Cabe aos operadores do direito e aos pesquisadores desta ciência vislumbrarem melhor o tema para que se possa amadurecer a idéia e caminhar para uma direção em que a sociedade assimile os novos institutos e saiba então que se trata de uma garantia aos seus direitos mais fundamentais.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Constituição federal, Código Penal, Código de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87-425-8 – Pernambuco. Paciente: Heleno Rodrigues. Impetrante: Márcio Barcelar. Relator: Eros Grau. Brasília,

14 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 07 maio 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87.620-0 – Goiás. Paciente: Carlos César Martins. Impetrante: Ismael Gomes Marçal e outro (a/os). Relator: Eros Grau. Brasília, 04 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Salo de . **Pena e garantias**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES JR, Auri. **Introdução crítica ao processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MAIA, Alexandre da. **Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MURARO, Mário Miguel da Rosa. O garantismo jurídico e a aplicação penal. In: \_\_\_\_\_ **A individualização da pena: uma análise garantista**. Dissertação (Mestrado), Santa Cruz do Sul: 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIMENTA sai condenado, mas fica livre para recorrer. 05/05/2006. Disponível em: <<http://www.noticias.terra.com.br>>. Acesso em: 15 ago. 2006.