

A incompatibilidade da prisão provisória com o sistema prisional brasileiro diante do garantismo penal e da dignidade do acusado ¹

Angelita Woltmann²
Raquel Buzatti Souto³

Sumário: Introdução; 1 A prisão provisória e suas modalidades diante do sistema garantista penal vigente no Brasil; 2 A incompatibilidade entre a prisão provisória e o sistema prisional do Brasil: onde fica a dignidade humana do acusado? Conclusão; Referências.

Resumo: O presente artigo parte da conceituação do instituto da prisão provisória em suas diferentes modalidades para poder, assim, estabelecer um comparativo com o sistema carcerário brasileiro e com o garantismo penal. Objetiva criticar o descumprimento das garantias individuais constitucionais do cidadão, especialmente da dignidade humana, quando este é exposto à segregação antes da sentença condenatória transitar em julgado, alertando o Estado para a efetivação da reforma prisional, tão alarmada, mas jamais posta em prática.

Palavras-chave: prisão provisória – garantismo penal – sistema prisional – acusado – Constituição

Abstract: This article from the conceptualization of the Office of the provisional arrest in different ways to thus establish a comparison with the Brazilian prison system and the criminal guaranteed. Objetiva criticizing the failure of the constitutional guarantees of individual citizens, especially of human dignity when it is exposed to segregation before the sentence passed, rejected, prompting the state to the effect of prison reform, as alarmed, but never put into practice.

¹Artigo é fruto de pesquisa efetuada no Curso de Pós-Graduação *latu sensu* em Direito Constitucional aplicado: uma abordagem material e processual, do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA) no ano de 2003.

² Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade de Buenos Aires. Mestra em Integração Latino-Americana pelo Mestrado em Integração Latino-Americana (MILA) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Especialista em Direito Constitucional aplicado pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Especializanda em Bioética pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Coordenadora do Núcleo de Trabalho de Conclusão e professora do Curso de Direito da União Metropolitana de Educação e Cultura (UNIME). Professora do Curso de Direito da Faculdade de Artes, Ciências e Tecnologias (FACETBA). E-mail: awoltmann@gmail.com.

³ Mestra em Desenvolvimento – Área de Concentração: Gestão e Políticas de Desenvolvimento – Linha de Pesquisa: Direito, Cidadania e Desenvolvimento, pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Especialista em Direito Constitucional aplicado pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Coordenadora e professora do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). Advogada. E-mail: raquelsouto@terra.com.br.

Keywords: provisional arrest - guaranteed criminal - prison system - accused - Constitution.

Introdução

No final do século passado, houve a introdução de um novo Direito Penal no Brasil, já existente em outros países, caracterizado pela prevenção e intervencionismo excessivos, e fundamentado na infusão do medo na população e na sugestão de uma provável garantia de ordem social. Partindo desse formato, o Direito Penal de hoje descreve normas incriminadoras relacionadas a inúmeros setores da atividade humana, pouco importando se a natureza do fato é eleitoral, ambiental, consumista, etc⁴. É ao Direito Penal que se atribui a tarefa de disciplinar os conflitos inerentes da sociedade de risco⁵. Ou seja, são as normas do sistema penal que devem resolver todos os conflitos. Com isso, tal sistema perde o caráter de intervenção mínima e última, adquirindo natureza de um conjunto de normas de atuação primária e imediata. A sanção penal⁶, por força disso, passa a ser considerada pelo legislador como indispensável para a solução de todos os conflitos sociais (FRANCO, 1994, p. 36). A pena é chamada a remediar todos os males⁷.

Nesse sentido, insere-se a prisão provisória como um dos dispositivos de coerção do Estado que mais se ampliou nos últimos tempos, mesmo que,

⁴ As grandes transformações do mundo atual, no âmbito da economia, da política, da ciência e da história, têm gerado os ditos “novos direitos” que, por sua vez, têm colocado inúmeras dificuldades para a ciência jurídica, tal como ela está articulada (OLIVEIRA JUNIOR, 2000, p. 97). Vale lembrar aqui das gerações de direitos que, originariamente, foram instituídos por Norberto Bobbio, em sua tese a *Era dos Direitos* (1992). Questionando a tese de Bobbio, Antonio Augusto Cançado Trindade defende que quem formulou a tese das gerações de direito foi Karel Vasak, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, entendendo este que a terceira geração diz respeito aos direitos de solidariedade. Fonte: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado_Bob.htm> Acesso em 14 jan 2004.

⁵ A ideia de sociedade de risco é fundada na ideia de medo. Nesse tipo de sociedade, todos os tipos de lesão, independentemente da qualificação do bem jurídico e de conflitos, para além de sua dimensão pública ou privada, acabam sendo, de algum modo, abarcados pelo controle penal (CARVALHO, 2004).

⁶ É o que está acontecendo no Brasil, onde movimentos de opinião partidária do princípio de lei e ordem pressionam o Congresso a elaborar leis penais cada vez mais severas. É o império do *Movimento de Lei e Ordem*, responsável pela perda da finalidade precípua do Direito Penal e da atuação disforme do Direito Processual Penal.

⁷ A pena passa a ser exclusivamente castigo e retribuição. A pena, segundo os princípios de lei e ordem, deve ser severa e duradoura. Foi o que ocorreu com a Lei dos Crimes Hediondos, que agravou as penas dos crimes de estupro, atentado violento ao pudor, latrocínio, etc. (art. 6º da Lei nº 8.082, de 25 de julho de 1990).

literalmente, seja guardada apenas para crimes mais graves e em caráter emergencial. Ressalta-se a lei dos crimes hediondos, que proibiu a fiança e a liberdade provisória⁸, tendo ampliado o prazo da prisão temporária⁹, juntamente com a lei do crime organizado que, além de igualmente impedir a liberdade provisória¹⁰, fixou o seu termo máximo em cento e oitenta dias¹¹, sendo que, além disso, na fase recursal, proibiu a apelação em liberdade¹².

A prisão provisória, originariamente, deve ser efetuada somente quando preenchidos os requisitos previstos no Código de Processo Penal, estando reservada aos casos de extrema gravidade e absoluta necessidade. Entretanto, tal mecanismo contrasta com o sistema garantista penal, constitucionalmente previsto¹³ e, apesar de todos os cuidados em garantir dignidade ao acusado, esbarra na estrutura carcerária brasileira. É notável que o sistema prisional brasileiro está falido, bem como que o sistema garantista penal carece de efetivação, sendo que o Estado encontra dificuldades até mesmo para penalizar e abrigar os condenados definitivos.

O intuito deste trabalho passa por buscar os motivos que levam o Estado, detentor de um sistema penitenciário ultrapassado e decadente, a preocupar-se em encarcerar pessoas suspeitas de cometimento de delitos sem que haja verdadeira necessidade¹⁴.

Para que fosse ordenado, o presente trabalho foi dividido em duas partes, sendo que a metodologia utilizada se deu através da pesquisa básica, qualitativa e exploratória. De outro modo, o método seguido foi o dialético.

Inicialmente, procurou-se focalizar a prisão provisória em especial dentro do âmbito do sistema de execução penal em geral, proporcionando a análise das modalidades e aplicações desse tipo de prisão, tecendo um contraponto com o sistema garantista brasileiro.

Desenvolvidas essas linhas, passou-se a um estudo crítico-comparativo entre o instituto da prisão provisória e o sistema prisional brasileiro, atravessando a

⁸ Art. 2º, II da lei nº 8.082/90.

⁹ Art. 2º, § 3º da lei nº 8.082/90.

¹⁰ Art. 7º da lei nº 9.034/95.

¹¹ Art. 8º da lei nº 9.034/95.

¹² Art. 9º da lei nº 9.034/95.

¹³ Prevê ao cidadão que for submetido à custódia provisória o direito de informação sobre seus direitos, bem como, a comunicação da prisão a sua família, ao juiz ou a qualquer outro indicado por ele. Além da família, um defensor deverá prestar assistência ao recém-encarcerado e as autoridades que decretaram a prisão deverão ser identificadas.

¹⁴ Frisa-se que, diversas vezes, o intuito da autoridade que determina a prisão provisória é tão só a autopromoção, posto que, em alguns casos, o crime é de vulto e causa comoção na comunidade, garantindo a fama de *herói* para aquele que levou o acusado à prisão.

órbita do princípio da dignidade da pessoa humana diante do tratamento a que é submetido o cárcere não definitivo quando preso provisoriamente.

Por fim, tomando como orientação as colocações ao longo do texto, sem, no entanto, encerrar qualquer discussão, foram apresentadas considerações finais, as quais possuem o objetivo de despertar não só o mecanismo estatal, mas também a própria sociedade que deste é elemento, para uma temática tão antiga quanto preocupante.

1 A prisão provisória e suas modalidades diante do sistema garantista penal vigente no brasil

Numa visão *foucaultiana*, a prisão nasceu como uma forma de legitimar um sistema de produção capitalista, com a função de proteger a riqueza dos meios de produção, domínio particular da classe dominante e dos sujeitos da classe popular que dela quisessem se apropriar. A partir de tais interesses, estabeleceu-se moralmente um grupo de delinquentes que representava um perigo, tanto para os ricos, como para os pobres. Assim, a sociedade criou uma instituição – os cárceres – a fim de estigmatizar¹⁵ os delinquentes como seres marginais, ensinando lhes as leis da marginalidade.

A prisão, longe de ser um espaço de construção de indivíduos saudáveis, constitui-se como um lugar estratégico, onde os delinquentes são depositados e a sociedade é protegida de qualquer mal que *tais indivíduos* possam causar. Desde 1820, a prisão é uma fábrica de novos criminosos, uma especialização da criminalidade (FOUCAULT, 2000). Para Beccaria (1969), a pena de prisão buscava a prevenção, visando-a um exemplo para o futuro e não apenas a punição pelo passado coberto de máculas. Nesse contexto, o sistema prisional teria caráter precipuamente humanitário, vislumbrando a ressocialização do preso, que deveria aprender com seu erro e progredir seu espírito¹⁶.

Mas e quando a prisão acontece antes de o indiciado ser declarado definitivamente culpado, ou seja, quando a sentença ainda não transitou em

¹⁵ Ao agirem dessa forma, os homens só demonstram a loucura que os domina. Tudo o que os homens fazem está cheio de loucura. São loucos tratando com loucos. (ROTTERDAM, 2002, p. 37)

¹⁶ O escritor irlandês Oscar Wilde, em sua carta intitulada *De Profundis* a qual redigiu durante o período em que passou na prisão traz a lume traços da ideia *beccariana*, quando reflete consigo mesmo: *É claro que o pecador deve arrepender-se. Mas por quê? Simplesmente porque, de outra forma, ele não conseguiria entender o seu erro. O momento do arrependimento é o momento da iniciação. Mais do que isso: é o meio através do qual podemos alterar nosso passado.*(WILDE, 2002)

julgado? Tal espécie de prisão é chamada em nosso sistema de prisão provisória¹⁷ e situa-se entre a suposição da culpabilidade e da sentença que afirma essa culpabilidade. Diz-se *suposição*, pois nesse período o acusado goza de *status* de não culpado, protegido pelo sistema garantista¹⁸ brasileiro, que consagra o princípio do *in dúbio pro réu*, princípio da presunção de inocência, este, tipicamente garantista¹⁹, estatuído nos artigos 5º, LVII²⁰ e LXI²¹ da Constituição Federal, que preceitua que todo acusado é considerado inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Com o caráter provisório, há cinco modalidades²² de prisão no sistema processual penal brasileiro: a prisão em flagrante²³, a prisão preventiva²⁴, a prisão temporária²⁵, a prisão resultante de pronúncia²⁶ e a prisão resultante da sentença condenatória recorrível, mas que não faculta o recurso em liberdade²⁷. Há também

¹⁷ A prisão provisória pode ser chamada de prisão cautelar de natureza processual ou prisão cautelar de índole processual, justificando-se por ser uma espécie de autodefesa do sistema jurídico, necessária para assegurar o cumprimento da lei penal. (TOURINHO FILHO, 1999, p. 381)

¹⁸ Elaborado por Luigi Ferrajoli e outros juristas a partir dos últimos anos da década passada na Itália, o Garantismo dá ainda seus primeiros passos, mas desde já se apresenta como uma teoria suficientemente promissora para alimentar as esperanças daqueles que acreditam que o Estado de Direito ainda pode ser eficazmente realizado. No Brasil, vale dizer que o sistema penal é garantista, entretanto na legislação infraconstitucional é absolutamente autoritário ou inquisitorial, baseado na ideia medieval de que delito (direito) e pecado (moral) são sinônimos.

¹⁹ Ressalta-se que o modelo penal é garantista somente na Constituição, contudo, na legislação é extremamente autoritário, baseado na doutrina da Lei e Ordem, referenciada anteriormente.

²⁰ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

²¹ LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

²² Vale dizer que existem alguns processualistas que consideram apenas a prisão temporária e a preventiva de caráter provisório.

²³ Artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal.

²⁴ Artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. Uma ordem de prisão preventiva pode ser expedida por um juiz a pedido oficial de uma autoridade policial ou de um promotor público quando satisfeitas as duas seguintes condições: a) materialidade de um crime (indicação de que o crime de fato ocorreu) e b) provas suficientes da autoria, bem como as seguintes condições alternativas: a) proteção da ordem pública, b) proteção da ordem econômica, c) necessidade de obtenção de prova(s) ou d) risco de evasão do suspeito. O Artigo 10 do Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial deve, então, ser concluído dentro de 10 dias a contar da prisão quando o suspeito estiver sob prisão preventiva ou detido após uma prisão em flagrante.

²⁵ Lei nº 7.960/89.

²⁶ Artigo 413 do Código de Processo Penal, com alterações determinadas pela Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008.

²⁷ Artigo 393, I do Código de Processo Penal.

a prisão disciplinar para crimes tipicamente militares ou transgressões militares²⁸ ou de defesa²⁹ que igualmente possui índole provisória.

Especificamente, para que se efetive, cada uma das modalidades necessita preencher determinados requisitos descritos em lei, enquanto que, genericamente, os pressupostos que dão alicerce à prisão provisória são traduzidos pelas conhecidas expressões *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Assim como existem correntes doutrinárias contrárias à prisão provisória, é preciso deixar claro que há defensores dessa espécie de prisão, sendo que os mesmos, inclusive, recrutam justificativas medievais para tanto, características de um sistema legal autoritário. Batista (1999, p. 14), combinado com a leitura que faz de Giovanni Leone, tece uma lista de nomes e justificativas para a prisão provisória, quais sejam,

[...] necessidade de assegurar a disponibilidade do acusado como fonte de prova (Vassalli); necessidade de impedir que o acusado possa influir sobre a genuína colheita da prova (Carnelutti); meio de instrução (Sabatini); garantindo resultado do processo (De Luca); sanção processual determinada pela intolerância do acusado ao peso do processo (Birkmeiyer); necessidade de defesa social, proporcional à gravidade do delito e à periculosidade do acusado (Novelli); dever do acusado de se pôr à disposição da coletividade e contribuir eficientemente para a atuação da justiça.

O artigo 84 da Lei de Execuções Penais estabelece que os presos condenados sempre devem ser mantidos separados dos presos em caráter provisório³⁰. Com efeito, o artigo 102 do mesmo diploma preceitua que os detentos sob prisão provisória devem ser mantidos em unidades prisionais pré-julgamento ou cadeias públicas. Cada comarca ou vara deve dispor de pelo menos uma instalação para prisão provisória a fim de preservar o interesse da administração da justiça penal e assegurar que os detentos sejam mantidos próximos de sua família ou comunidade. Tais preceitos são reflexos constitucionais no direito penal, advindos do sistema garantista vigorante na Carta Constitucional. Segundo o garantismo, a prisão provisória só se legitimaria se fosse realmente necessária e em conformidade com o princípio da presunção de inocência.

Entretanto, devido à falta de espaço nas penitenciárias, acredita-se que as autoridades policiais e judiciais foram *obrigadas* a ignorar a lei. Tanto é que,

²⁸ Artigo 139, II da Constituição Federal.

²⁹ Artigo 136, § 3º da Constituição Federal.

³⁰ O artigo 300 do Código de Processo Penal, da mesma forma, porém de maneira mais flexível para o Estado, traz em seu texto o mandamento: *Sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas dos que já estiverem definitivamente condenados.*

diversas vezes, tendo por base inclusive decisões de tribunais, quando não há lugar adequado em uma instituição penitenciária para abrigar presos provisórios, estes podem permanecer em celas policiais durante a custódia. Essa situação, por si só, facilita os abusos comumente cometidos por alguns investigadores policiais contra suspeitos, na tentativa de extraírem confissões ou informações relacionadas ao inquérito penal. Além disso, devido à situação de superlotação nas penitenciárias na maioria dos estados, pode haver mistura entre os presos condenados e aqueles que aguardam julgamento, tanto nas delegacias quanto nas penitenciárias superlotadas, violando-se o disposto na Lei de Execuções Penais.

2 A incompatibilidade entre a prisão provisória e o sistema prisional do Brasil: onde fica a dignidade humana do acusado?

A falência do sistema penitenciário brasileiro é notória. Sabemos da precariedade das instituições carcerárias e das condições subumanas na qual vivem os presos definitivos. A estrutura de funcionamento dos presídios é da mesma ordem de uma sociedade dividida em classes sociais, ou seja, tão antagônica, violenta e injusta, que cria seus próprios delinquentes. A proporção da marginalidade social é maior do que os meios de controle do Estado que a produz. As prisões e penitenciárias brasileiras são verdadeiros depósitos humanos, onde homens e mulheres são deixados aos montes, sem o mínimo de dignidade. Em locais que foram projetados para acomodar duzentos e cinquenta presos, amontoam-se em média seiscentos ou mais, acarretando a superlotação, o aparecimento de doenças graves e outras mazelas, no meio dos detentos.

É, pois, crença errônea a de que somente a prisão configura a resposta penal. A pena privativa de liberdade, quando aplicada genericamente a crimes graves e leves, em especial, quando em caráter provisório, só intensifica o drama carcerário e não reduz a criminalidade. Com uma agravante: a precariedade dos estabelecimentos prisionais no Brasil, permitindo a convivência forçada de presos definitivos e provisórios, bem como, de pessoas com caráter e personalidade completamente diferentes. Nesse viés, Zaffaroni (1982, p. 29) refere que *devemos estar convencidos de que a pena privativa de liberdade é o recurso extremo com que conta o Estado para defender seus habitantes das condutas antijurídicas de outros*. A uma pessoa do mundo livre, que conhece a penitenciária somente através de relatos, fica difícil avaliar o grau de sofrimento a que os presos estão submetidos em função da impossibilidade de se defender, eficazmente, das agressões, ataques e abusos que acontecem comumente no meio carcerário. (THOMPSON, 1991, p. 73).

Uma das alternativas para que o instituto da prisão provisória se tornasse, de fato, positivo, tanto para a dignidade humana do acusado que ainda goza do status de inocente, quanto para coletividade, seria a mudança do sistema prisional no Brasil. Mas tal reforma teria que ser no sistema prisional em sentido amplo, uma vez que, geralmente, os presos provisórios não são separados dos criminosos definitivamente condenados, ficando em contato com estes durante todo o tempo que esperam a sentença definitiva, sujeitando-se, portanto, à corrupção, especialmente no caso daqueles realmente inocentes.

Aliás, é nesse *status* de inocência que está o perigo da prisão provisória. A premissa maior a ser analisada é o fato de que, desde os primórdios, são homens que prendem homens. São apenas humanos, dotados, inicialmente, de aparente igualdade, que decidem sobre o futuro de outros, e, por consequência, de suas famílias. Não são deuses ou extraterrestres capazes de prever se realmente o acusado foi o autor do delito ou não. Sendo assim, há cinquenta por cento de probabilidade de acertar e os outros cinquenta de errar e, com isso, existe a possibilidade de encarceramento da pessoa errada, para que, enquanto esta aguarda a sentença em uma penitenciária comum, junto com presos definitivos e por tempo indeterminado, ou seja, só então investigada.

Só o fato de prender para depois investigar já evidencia o autoritarismo do Estado. Na realidade, se houvesse o uso correto da prisão provisória e não o abuso, como ocorre, não existiria tanta crueldade no instituto. Todavia, no Brasil, a partir do instante em que alguém está sob suspeita do cometimento de um crime, por menor que seja, já é marginalizado, não só pela população em geral, mas pelas autoridades policiais. Com a decretação da prisão provisória, o acusado já é castigado pela sociedade e responsabilizado por atos que não se sabe ao certo quem cometeu.

E, se por ventura, a pessoa que foi submetida a todas as torturas da exposição e tratamento prisional, não for o autor do delito, existe ressarcimento possível para a dor experimentada por ele? Não. É claro que não. Nunca mais. Dependendo da personalidade do *ex-acusado*, é provável que se revolte irreversivelmente contra o sistema e torne-se até um elemento perigoso real. Nesse caso, não se pode nem estranhar, haja vista que o sofrimento, quando injusto, pode causar destruição à psique humana³¹. Não é difícil deparar-se com casos de

³¹ Juiz alerta para prejuízos da prisão de inocentes O Juiz, como um guardião das liberdades, tem a incumbência de examinar a legalidade ou não de uma prisão, e se estão presentes os requisitos que permitem a manutenção da mesma. *A prisão provisória deve ser entendida como uma situação excepcional, já que a Constituição Federal estabelece que, não havendo condenação, a regra é a liberdade.* De acordo com o Juiz Paulo Augusto Silveira Irion, titular da 3ª Vara Criminal de Canoas (RS), a liberdade é a regra para o procedimento dos Juízes Criminais. Destaca que a manutenção de um inocente no atual sistema prisional pode ser extremamente traumática. O magistrado esteve presente ao

inocentes que são condenados injustamente. É comum encarcerar a pessoa errada. Se tal margem de erro é fato, por qual motivo, então, castigar o indiciado, prendendo-o provisoriamente antes de se ter certeza de que foi este mesmo o autor do crime?³² Essa questão é tortuosa e, diante da sua complexidade, impende trazer a lume o tão aclamado princípio da dignidade humana, que, para o intérprete³³, trará consigo a questão controversa: o que é pior, deixar livre um culpado ou prender um inocente?

Batista (1999, p. 02) coerentemente assevera que o castigo não começa com a condenação, mas, muito além dela, com o debate, a instrução, os atos preliminares, inclusive com a primeira suspeita que recai sobre o indiciado; e acaba por lembrar das palavras de Carnelutti, quando diz *que no se puede castigar sin juzgar ni, vice versa, juzgas sin castigar: esta irresoluble indetidad Del juicio com la pena el drama del derecho penal*. Ou seja, a prisão antecipada de um indivíduo inocente, se levada em consideração a sua dignidade³⁴ enquanto ser humano, pode ser mais grave do que a liberdade de um acusado que pode ser culpado.

Um indivíduo que supostamente cometeu um crime deve ser julgado segundo o devido processo legal e os princípios constitucionais iluminados pelo garantismo penal, teoria que vislumbra o cumprimento dos direitos fundamentais e se tenta dar conta do desvio de poder do Estado real de Direito, a fim de fornecer

programa *Justiça na TV* para falar sobre o papel do Judiciário na prisão e liberdade de indivíduos. Comentando a frase *a polícia prende, o Juiz solta*, afirma que o Juiz, como um guardião das liberdades, tem a incumbência de examinar a legalidade ou não de uma prisão, e se estão presentes os requisitos que permitem a manutenção da mesma. *A prisão provisória deve ser entendida como uma situação excepcional, já que a Constituição Federal estabelece que, não havendo condenação, a regra é a liberdade*, salienta. O magistrado descreve que, dentre as espécies de prisão, há a prisão provisória, ou processual, que se origina de uma necessidade do processo, e a prisão plena, ou sanção, que é resultado de sentença judicial. A prisão provisória pode ser dos tipos temporária, em flagrante, preventiva, decorrente de sentença de pronúncia e decorrente de sentença condenatória decorrida. Fonte: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em 10 jun. 2004.

³² O Jornal Nacional da emissora de televisão Globo noticiou, em 18 de julho de 2001, que dois homens haviam sido condenados à pena de prisão e foram inocentados somente agora, após o cumprimento de anos de cadeia. E, detalhe fundamental, forma inocentados, pois um padre, após o verdadeiro culpado ter falecido, entendeu que era seu dever revelar o segredo confessado pelo criminoso, anos atrás.

³³ Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos *vinculados às corporações (zünftmässige Interpreten)* e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. (HÄBERLE, 1997, p. 13)

³⁴ Dignidade vem do latim *dignitate* e pode ser definida como honradez, honra, nobreza, decência, respeito a si próprio, e está ligada ao ser humano por uma abstração intelectual representativa de um estado de espírito. Por conseguinte, a dignidade é um atributo humano sentido e criado pelo Homem e por ele desenvolvido e estudado, existindo desde os primórdios da Humanidade, mas só nos últimos dois séculos percebida plenamente. (SANTOS, 2001, p. 26)

subsídios teóricos para que os juristas tenham a percepção da atual situação de injustiça presente nas práticas operativas dos modernos Estados de Direito.

De fato, na esteira do pensamento iluminista dos séculos XVII e XVIII, o garantismo parte da noção metateórica de que a pessoa é o centro, bem como, seus direitos fundamentais. Ademais, preceitua a anterioridade lógica da sociedade em relação ao Estado, que é visto como produto e servo daquela. De nada servem declarações de direitos fundamentais estabelecidas ao nível mais alto dos ordenamentos³⁵ se a sociedade não dispuser de mecanismos capazes de torná-los efetivos. Verifica-se assim uma tremenda defasagem entre a vontade da sociedade, expressa em nível constitucional, e as práticas concretas dos diversos Estados, sempre tendentes a avassalar os direitos consagrados no ordenamento, principalmente no que tange à dignidade do humano.

Quem conhece a realidade do caminho pelo qual segue o preso provisório no Brasil sabe que este vai para uma prisão comum, juntamente com os presos definitivos e com a corrupção e à violência que ali habitam. Independentemente da culpa do acusado, certamente a prisão provisória, por si só, macula sua dignidade. Por tal motivo, é preciso que os operadores do Direito e do Estado tenham em mente que a dignidade da pessoa humana foi transformada, em princípio, a integrar os sistemas constitucionais e, sendo assim, tem valor supremo e fundamental,

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana não retrata apenas uma modificação parcial dos textos fundamentais dos Estados contemporâneos. Antes, traduz-se ali um novo momento de conteúdo do Direito, o qual tem a sua vertente no valor supremo da pessoa humana considerada em sua dignidade incortonável, inquestionável e impositiva, e uma nova concepção de Constituição, pois, a partir do acolhimento daquele valor tornado princípio em seu sistema de normas fundamentais, mudou-se o modelo jurídico-constitucional que passa, então, de um paradigma de preceitos, antes vigente, para um figurino normativo de princípios (ROCHA, 1999, p.33).

No entender de Silva (1990, p. 93), dignidade da pessoa humana é um fundamento do Estado brasileiro que possui valor supremo, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Com base em tal mandamento constitucional e garantista, não há outra conclusão a ser feita que não a de que o acusado deve ser tratado como pessoa humana e de que a pena,

³⁵ Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem em seu preâmbulo que devemos todos, indivíduos e comunidades, nos empenhar para que os direitos nela inscritos se tornem uma realidade, mediante a adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional.

especialmente a cautelar, deve derivar da mais absoluta necessidade, sob pena de ser tirânica (MONTESQUIEU, 1996). Da mesma forma, as palavras de Bueno e Carvalho (2001, p. 17) estabelecem que os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – possuem a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

No Brasil, por conseguinte, a pena provisória é algo para ser profundamente pensado, com seriedade e preocupação, pois a realidade carcerária não revela somente números, mas todo um contexto de exclusão social. Mesmo o Direito está repleto de preconceitos e contravalores oriundos de um determinismo que justifica a dominação da maioria por parte de uma minoria detentora de posses e poder. O pensamento acrítico e alienante da sociedade dissipa ideias relativamente à aplicação de certos institutos como o da prisão provisória para os acusados, estigmatizando-os como seres que já nascem bandidos e que, se são suspeitos, merecem ser encarcerados porque não prestam. As pessoas não se conscientizam que a situação de acusado pode recair sobre qualquer um, bem como a prisão cautelar. Da mesma forma, Povoas e Boas (2001, p. 21) ensinam que,

Se por um lado a prisão antecipada, provisória ou preventiva representa uma necessidade para resguardo do processo, por outro representa uma penalidade antecipada ao indivíduo que recebe um castigo antes mesmo de ser julgado, havendo, obviamente, o risco de uma decisão absolutória e o ocasionamento de gravíssimas conseqüências de ordem mora, bio-psíquica e social ao inocente. Esses riscos levam nossos melhores doutrinadores a apontarem para uma futura exclusão da prisão com medida cautelar e até mesmo como pena, pois a falta estrutura para sua aplicação não tem surtido os efeitos que a justificam. A segregação humana nos presídios tem degradado personalidades ao invés de reintegrar o reeducando ao meio social.

A pena provisória – assim como a definitiva – nos moldes que está sendo aplicada, combinada com a situação do atual sistema prisional brasileiro está longe de cumprir seus objetivos. Busca somente dar uma satisfação a uma parcela da sociedade que se sente desprotegida e se confunde com a pena definitiva, até porque o acusado normalmente é subtraído ao *status* de culpado e não de inocente, como preceitua a Constituição e o modelo garantista. Já rezava Lassale (1988, p. 27) que uma constituição deve ser *qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum*. Mesmo que românticos, são válidos os pensamentos escritos no cárcere por Wilde (1999):

A sociedade, que se arroga o direito de infringir ao indivíduo os mais medonhos castigos, comete também o supremo pecado da negligência ao não perceber as conseqüências de seus atos. Depois que o homem cumpre a sua sentença, ela o abandona, isto é, ela o deixa entregue à própria sorte no

exato momento em que seria seu dever maior zelar por ele. Mas a verdade é que se envergonha de seus próprios atos e despreza aqueles a quem puniu, assim como as pessoas costumam desprezar o credor cuja dívida não tenham como pagar ou a alguém contra quem tenham cometido um ato irreparável ou irremediável.

Percebe-se, portanto, que os princípios constitucionais e penais estão sendo engolidos pela sede de vingança da sociedade, que responsabiliza os indivíduos comuns pelos problemas de justiça que tem origem no próprio Estado e que atormentam há séculos. Não é usurpada a dignidade humana do acusado que se atingirá aos objetivos previstos nas sanções de caráter provisório. Qualquer que seja a modalidade de prisão provisória deverá ser estudada e não simplesmente decretada, o que normalmente ocorre para facilitar a *vida* dos operadores da lei.

Conclusão

Ainda que este escrito tenha manifestamente a pretensão de criticar o instituto da prisão provisória tal como é aplicado no Brasil, também procura demonstrar a importância da dignidade humana do acusado, assegurada pelo sistema garantista.

Considerando que a pena privativa de liberdade como sanção principal e de aplicação genérica já se encontra falida, urge que o Estado se utilize de mecanismos como a prisão provisória somente em casos extremos. A prisão provisória, para que seja realmente útil, deve ser justa, e justa, aqui, é sinônimo de absolutamente necessária e com segregação diferenciada. A aplicação irrestrita desse tipo de pena, que se sobrepõe a própria investigação e à sentença condenatória transitada em julgado, apenas agrava a situação do sistema carcerário, eis que faz com que vários acusados que gozam ainda do *status* de inocentes agonizem empilhados com outros já condenados – alguns, realmente perigosos, que se organizam em facções e comandam o crime de dentro das celas - em presídios imundos. A imposição da pena privativa de liberdade de caráter cautelar sem previsão de um sistema penitenciário adequado e preparado para tal, gera a superpopulação carcerária e uma mistura de gravíssimas consequências, como se tem visto nas sucessivas rebeliões de presos, que vem ocorrendo em todos os países. Se é difícil a reabilitação de um criminoso, o que esperar da colaboração de um acusado (no caso dos presos provisórios), quando colocado para esperar sua sentença em um sistema carcerário que está completamente desestruturado, desorganizado, antiquado e *fora de forma*.

A crença na virtude da razão jurídica é ingrediente de fundo para o garantismo penal. Sendo a discricionariedade a essência do poder, a sua sujeição ao Direito é a maior conquista das instituições jurídicas liberais. Neste sentido, o sistema garantista pode ser definido como uma técnica de diminuição da discricionariedade e maximização das expectativas garantidas como direitos fundamentais, fazendo com que a prisão provisória não seja simplesmente decretada pela vaidade das autoridades ou vingança da sociedade contra o Estado, mas sim uma opção justa e imprescindível.

Nesse sentido, é preciso que a liberdade provisória se firme como principal substituto à prisão, quando esta não for absolutamente necessária. E, se de extrema importância para o desvendamento do crime que o acusado seja segregado provisoriamente, o sistema carcerário deve possuir acomodações humanas para tal.

Referências

- BATISTA, Weber Martins. **Liberdade provisória penal**. v. 3. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Traduzido por J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1996.
- BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Traduzido por L'età dei Diritti. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONATO, Gilson. (org.) **Processo Penal. Leituras Constitucionais**.
- BRASIL. **Código penal, processual penal e constituição federal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUENO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional: e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 2. ed. Traduzido por José Antonio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2002.
- CARVALHO, Salo. **A ferida narcísica do direito penal** (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). *In*: GAUER.

Ruth M. Chittó (org.) **A qualidade do tempo:** para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARVALHO, Salo. **Aplicação da pena e garantismo.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CARVALHO, Salo. **Pena e garantias.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **A teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal.** Entrevista com Luigi Ferrajoli, concedida em 14.12.1997, em Roma. *In:* Boletim do IBCCRIM 77, abril de 99, p.3-4. Fonte: <http://www.direitopenal.adv.br/docs/artigos/artigo_Artigo%5F51%5F%2D%5FA%5FTeoria%5Fdo%5FGarantismo%5Fde%5Fseus%5FReflexos%5Fno%5FDireito%5Fde%5Fno%5FProcesso%5FPenal.doc> Acesso em: 07.mai.2004.

DAMASIO, de Jesus. **Direito penal.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón.** 3. ed. Madrid:Trotta, 1998.

FERRAJOLI, Luiji. **Derecho y razón:** teoría del garantismo penal. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica.** 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1998.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FREDERICO MARQUES, José. **Tratado de direito processual penal.** v. 1. São Paulo: Saraiva,1980.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o Trabalho Científico:** Explicitação das normas da ABNT. 11. ed. Porto Alegre: s.n., 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** (A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição). Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal.** 3. ed. Tomo III. Buenos Aires: JEA, 1989.

LOPES JR., Auri. **Processo penal, tempo e risco**: quando a urgência atropela as garantias.

MANZINI, Vincenzo. **Derecho procesal penal**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1951.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe e escritos políticos**. Traduzido por Lívio Xavier. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**, 18. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de janeiro: Lúmen Juris, 2000.

POVOA, Liberato; VILLAS BOAS, Marco. **Prisão temporária**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

ROTTERDAM, Erasmo. **Elogio da loucura**. Traduzido por Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SANTOS, Antônio R. dos. **Dignidade humana**: trajetória e situação atual. Revista de Direito Social, Sapucaia do Sul – RS: Notadez Informações, v. 2, p. 26-31, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Cançado trindade questiona a tese de “Gerações de Direitos Humanos” de Norberto Bobbio**. Disponível em: <[http:// ww.dhnet.org.br/direitos/militantes/ cancadotrindade/Cancado_Bob.htm](http://ww.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado_Bob.htm)> Acesso em: 14.jan.2003.

VENTURA, Deisy. **Monografia jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WILDE, Oscar. **De profundis e outros escritos do cárcere**. Traduzido por Túlio Terramanzy e Maria Ângela Saldanha Vieira de Aguiar. Porto Alegre: L&M, 2002.

ZAFFARONI, Raul Eugênio. **Política criminal latinoamericana**. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.