

COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PRISÃO PREVENTIVA: O DIREITO À LIBERDADE EM FACE DO DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA

COLLISION BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS IN PREVENTIVE PRISON: THE RIGHT TO FREEDOM COMPARED TO QUE RIGHT TO PUBLIC SECURITY

*André Peixoto de Souza**

*Lucas Cavini Leonardi***

RESUMO

Este trabalho analisa o instituto da prisão preventiva sob a perspectiva da colisão entre direitos fundamentais, notadamente no embate entre o direito à liberdade e o direito à segurança pública. Apresenta-se desde uma introdução da problemática, sob a perspectiva da importância de obtenção de equilíbrio em caso de aparente conflito entre direitos fundamentais, até as noções gerais e técnicas para compatibilização de direitos fundamentais em conflito, com foco no direito à liberdade e à segurança pública, a limitação a direitos fundamentais e a classificação (distinção) das normas jurídicas em regras e princípios, temas da pena e da prisão processual sob a perspectiva dos direitos fundamentais, a prisão preventiva enquanto instrumento cautelar do processo penal, e a importância de aplicação da técnica da filtragem constitucional em casos de prisão preventiva. A vertente metodológica é a criminologia crítica, substanciada na dialética e no materialismo histórico.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Direitos fundamentais. Direito à liberdade. Direito à segurança pública.

* Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Doutor em Filosofia, História e Educação pela UNICAMP. Professor pesquisador do PPGD-UNINTER. Professor da FD-UFPR. Advogado. E-mail: andrepeixotodesouza@gmail.com.

** Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Promotor de Justiça do MPPR, titular da 1ª promotoria dos crimes dolosos contra a vida de Curitiba-PR. E-mail: lucascavini@hotmail.com.

ABSTRACT

This paper analyzes the institute of preventive detention under the perspective of a collision between fundamental rights, especially in the conflict between the right to freedom and the right to public security. From an introduction of the problematic, from the perspective of the importance of obtaining balance in case of apparent conflict between fundamental rights, to the general and technical notions for the compatibility of fundamental rights in conflict, focusing on the right to freedom and security (distinction) of rules in rules and principles, issues of punishment and imprisonment from the perspective of fundamental rights, preventive detention as a precautionary instrument of criminal procedure, and the importance of implementation of the technique of constitutional filtering in cases of pre-trial detention. The methodological aspect is critical criminology, substantiated in dialectic and historical materialism.

Keywords: Pre-trial detention. Fundamental rights. Right to freedom. Right to public security.

INTRODUÇÃO

Falar em direitos fundamentais, no mais das vezes, traz à tona temáticas de direito constitucional, vez que é nesse âmbito que, tradicionalmente, tais direitos são estudados de maneira mais extensiva. Entretanto, sob a ótica de um processo penal que se pretenda democrático, é urgente que os operadores do direito de modo geral se familiarizem com uma noção de processo penal constitucionalizado, enfrentando as mais diversas questões a partir de referenciais firmemente calcados na Constituição Federal e no caráter fundamental dos direitos materiais que possam se colocar em aparente rota de colisão em determinado caso concreto.

Elevar um direito à categoria de fundamental significa, em termos práticos, retirar tal direito do escopo de disponibilidade do legislador ordinário. Trata-se de um *status* constitucional conferido apenas a alguns direitos, de modo que nem todos os direitos constitucionais são necessariamente ditos fundamentais. Não se trata, contudo, de uma superioridade normativa, mas sim de direitos que representam posições jurídicas de relevância tal que acabam recebendo proteção diferenciada.

Robert Alexy¹ estabelece que os direitos são tidos como fundamentais quando preenchem, alternada ou cumulativamente, três critérios: o critério material (no sentido de que existem alguns direitos decorrentes de um valor constitucional absoluto, o qual é caráter estruturante da Constituição e mesmo do próprio Estado); o critério estrutural (que se refere especialmente aos direitos fundamen-

¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 47.

tais em sentido estrito, que seriam os que apresentam estrutura de direito individual de liberdade); e o critério formal (são fundamentais os direitos que o constituinte prevê como assim sendo, independentemente de seu conteúdo).

Sendo nosso direito constitucional positivo produto típico do pensar jurídico ocidental, é nele marcante a tradição de atribuir às normas uma pretensão de universalidade, entendendo-as como vocacionadas a regular todo um conjunto de relações sociais e de sujeitos. O centro desse discurso normativo, portanto, é ideia de indivíduo.

A este indivíduo, por força do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Esse conjunto de garantias constitui o núcleo duro dos direitos mais básicos, considerados de primeira dimensão, do qual deriva uma série de outros direitos a serem protegidos – como os sociais, trazidos na sequência pelo art. 6º também da Carta Magna.

Ocorre que, todos os indivíduos de um Estado, e aqui em especial o brasileiro, possuem tais direitos garantidos de maneira indistinta, o que torna inevitável que tais direitos colidam entre si, não raro acontecendo que um invada a esfera de proteção do outro. A proteção fornecida pelos direitos é multifacetada e no mais das vezes simultânea, seja para o sujeito individualmente considerado, seja nas relações entre as pessoas, o que torna importante um estudo cuidadoso tanto da amplitude quanto das limitações das garantias fundamentais – as quais, registre-se, apesar de sua importância ímpar, não são absolutas.

No caso específico da prisão preventiva, o conflito aparente que se percebe, por exemplo, é materializado nos casos em que o direito à liberdade de um indivíduo esteja sendo respeitado ao mesmo tempo em que o direito à segurança pública de outro sujeito pode estar sendo violado.

Tomando-se em conta o crescente nível de complexidade da sociedade, e as potenciais colisões entre direitos que se apresentam, faz-se necessário, para se evitarem soluções arbitrárias e reducionistas, que, em se tratando de prisão preventiva, tanto o direito à liberdade quanto à segurança pública sejam cuidadosamente esmiuçados, analisados e cotejados, a fim de que seja encontrada quase que uma justa medida para o equilíbrio e a convivência mútua, sacrificando-se ou mitigando-se direitos apenas na estrita medida da necessidade.

DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOÇÕES GERAIS E TÉCNICAS DE COMPATIBILIZAÇÃO EM CASO DE CONFLITO

Os direitos fundamentais costumam ser classificados pela doutrina jurídica a partir da ideia de “gerações” ou “dimensões”, as quais representam conjuntos de direitos que, em momentos históricos específicos, foram paulatinamente tidos como de singular importância.

Em apertada síntese, é possível que os direitos fundamentais sejam²: i. de primeira dimensão, que são os direitos de natureza individual e ligados à ideia de não-intervenção do Estado; ii. de segunda dimensão, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, de titularidade coletiva e que demandam prestações estatais positivas; iii. de terceira geração, que são as garantias que remetem a ideais de solidariedade e fraternidade; iv. de quarta geração, que são os direitos que se referem à pluralidade e diferenças entre as pessoas; e v. de quinta geração, direitos defendidos especialmente por Paulo Bonavides, e que consagram a noção de paz mundial. Para o escopo de análise do presente trabalho, interessam especialmente os direitos de primeira e segunda geração, que são aqueles que garantem liberdades individuais e sociais, respectivamente.

Os direitos de primeira geração possuem uma raiz histórica bastante ligada ao pensamento liberal-burguês do século XVIII. São eminentemente centrados em ideais de liberdade, abrangendo também direitos civis e políticos. Um dos traços mais importantes desses direitos é sua subjetividade, já que o titular deles é o indivíduo, que precisa ser garantido em face do Estado. A atuação estatal, então, sob a ótica dos direitos de primeira geração, deve ser limitada, de modo que o indivíduo não se veja cerceado.

Os direitos fundamentais de segunda geração, ao seu turno, têm origens históricas que remontam a Revolução Industrial no século XIX. São direitos de ordem social, cultural e econômica, de titularidade coletiva e que exigem uma prestação material efetiva por parte do Estado.

Sob a perspectiva de que as gerações de direitos fundamentais se somam e não se substituem, e considerando-se que nem a história nem o desenvolvimento social são lineares e a classificação geracional dos direitos serve apenas para fins didáticos, facilita-se a compreensão dos aspectos que conduziram à sua paulatina consagração e positivação.

Mas o que acontece no mundo dos fatos, para além de quaisquer classificações doutrinárias e normativas, é que tanto a titularidade quanto a necessidade de efetivação desses direitos – de primeira a quinta geração – se sobrepõem todo o tempo, seja nas hipóteses em que há uma convivência pacífica, seja nos casos limítrofes, quando o conflito é inevitável.

Direito à liberdade

Tomando como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Norberto Bobbio³ rememora que o direito à liberdade era lá descrito, no

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 60.

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 52.

art. 3º, como o “poder de fazer tudo o que não prejudique os outros”. Entretanto, o autor também ressalta que já no art. 5º, *contrario sensu*, a liberdade é “definida implicitamente como o direito de fazer tudo o que não é nem proibido nem ordenado, definição bem mais clássica, na qual a liberdade é entendida como negativa”⁴.

Tratam-se, então, de definições que primeiro pensavam na relação dos indivíduos uns com os outros, e depois no indivíduo em face do poder estatal. Ponderando tais dados históricos, Bobbio entende que a liberdade do art. 5º não seria a melhor definição de todas, já que trata da hipótese apenas de uma violação do direito, e não da garantia jurídica em si. Na Declaração, deveriam ter sido consideradas a definição de liberdade implícita na fórmula “ninguém é obrigado a nada que a lei não ordene” (garantia em face do Estado) e também a previsão do art. 6º, que estabelece que “todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente ou através de seus representantes para a formação da lei”, sendo essa a liberdade positiva ou liberdade como autonomia⁵. Nesse último sentido, da autonomia, é interessante ressaltar que “a liberdade pessoal é, historicamente, o primeiro dos direitos a ser reclamado pelos súditos de um Estado e a obter proteção, o que acontece desde a Magna Carta”⁶.

Tal resgate conceitual é importante porque, em maior ou menor medida, ainda há uma herança estrutural a respeito do princípio da liberdade que, mesmo tendo recebido conformações diferentes ao longo da história, ainda assim manteve sempre a mesma ideia de fundo: garantir o indivíduo em face do aparato estatal, bem como assegurar-lhe a possibilidade de exercer pessoal e individualmente sua liberdade.

Na definição de José Afonso da Silva⁷, a liberdade é tida como a “possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”, ou seja, é um direito fundamental que conta com um viés interno e um externo.

A dimensão interna é subjetiva e faz referência à mera manifestação de vontade na esfera interior do indivíduo, enquanto a dimensão externa se refere às efetivas exteriorizações do arbítrio, de modo genuíno, sem coerções ou limitações.

O ponto decisivo da liberdade externa é que ela é objetiva e ligada a limitações legais em um contexto de vida em sociedade. Afinal, o exercício da liberdade externa de modo indiscriminado por um indivíduo pode significar ofensa à liberdade (interna ou externa) de outro.

⁴ *Ibidem*, p. 52.

⁵ *Ibidem*, p. 53.

⁶ *Ibidem*, p. 53.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 232.

No caso da prisão, que é materializada pela restrição da liberdade, a maior mácula e aparente conflito entre direitos fundamentais recaem sobre a liberdade de ir e vir, isto é, de locomoção.

Direito à segurança pública

A segurança pública, direito fundamental eminentemente difuso, consiste na prerrogativa que os indivíduos de uma sociedade possuem de sentirem-se protegidos, sensação que decorre de prestações materiais de políticas públicas por parte do Estado.

Na Constituição Federal de 1988, a segurança pública aparece consagrada no art. 6º, e pormenorizada no art. 144, que define os órgãos estatais que serão mobilizados em prol da “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

Da leitura da Lei Maior, se depreende que o constituinte tratou da segurança pública como um direito social a ser concretizado pelo Estado, que, conforme definição weberiana, deteria “o monopólio da violência legítima”⁸.

Em uma sociedade permeada por um constante sentimento de temor em razão de constante violência, além de um direito fundamental que deve inequivocamente ser garantido a todos indistintamente, é mandatário que a segurança pública seja analisada com cuidado pelo juiz, o qual, em vez de ceder ao clamor popular, precisa, sem desconsiderá-lo por completo, se manter sóbrio na ponderação dessa garantia na hipótese de impasse frente a outros direitos – como a liberdade.

LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS

É preciso pensar nos limites e restrições dos direitos fundamentais, e para responder essa problemática duas são as teorias principais: a interna e a externa.

A teoria interna, que conforme registra Virgílio Afonso da Silva⁹, enunciada pelos franceses Planiol e Ripert, se funda na máxima de que “o direito cessa quando o abuso começa”. Sob essa ótica, o direito já traria em si mesmo seu próprio limite, de maneira imanente, de modo que “a fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, sobretudo não por colisões com outros direitos”¹⁰.

⁸ WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octayn Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1967. p. 98.

⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 128.

¹⁰ *Id., ibidem*, p. 128.

É, portanto, uma definição prévia do conteúdo do direito, que contém em si o próprio limite. A consequência lógica disso é: “toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental essa garantia tem que ser definitiva, e não apenas *prima facie*”¹¹. As limitações iminentes significam que existem sim limites, os quais são definidos implícita ou explicitamente, pela própria Constituição.

A teoria externa, por sua vez, entende que de um lado existe o direito em si, e de outro as restrições desse direito. Somente a partir do paradigma da teoria externa é possível falar em colisão de princípios, na qual um cederá em favor do outro sem, contudo, afetar sua validade ou extensão. Então, “as restrições, qualquer que seja sua natureza, não têm qualquer influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu exercício”¹².

Formalmente, é pelas regras (objetivas, positivadas) que tais restrições são levadas a cabo, ao proibirem “alguma conduta que é permitida *prima facie* por algum direito fundamental”, ou então “autorizam alguma ação estatal cujo efeito é a restrição da proteção que um direito fundamental *prima facie* garantia”¹³. Mas, materialmente, eventuais limitações têm sempre por base *princípios*. Nesse contexto, o princípio (ou postulado) da proporcionalidade é a principal forma de controle das restrições a direitos fundamentais.

Intuitivamente, a restrição se faz necessária na hipótese de colisão entre princípios, hipótese em que um deles terá que ser restringido. E pode ser que não exista nenhuma regra que determine o caminho a ser tomado, cabendo ao juiz, no caso concreto, definir qual princípio deverá prevalecer.

Os direitos fundamentais são, por excelência, também princípios. Mas nem todos os dispositivos legais ou constitucionais o são, convivendo ao lado das regras. A partir dessa constatação, surgiram tentativas de conceituar os tipos de normas existentes, especialmente a partir do binômio princípios/regras.

Na definição de Robert Dworkin¹⁴, princípios são dotados de uma “dimensão de peso” (*dimension of weight*) ou importância. Eles não determinam de maneira absoluta a decisão, mas sim conferem fundamentos que devem ser levados em conta. Na hipótese de colisão, um princípio prevalecerá sobre o outro, sem que isso mitigue a validade do princípio que teve sua eficácia diminuída. As regras, diversamente, para Dworkin¹⁵, são aplicadas segundo a regra de “tudo ou nada” (*all or nothing*), de modo que, no caso de colisão, apenas uma regra será aplicada, e a outra será considerada inválida.

¹¹ *Id.*, *ibidem*, p. 129.

¹² *Id.*, *ibidem*, p. 138.

¹³ *Id.*, *ibidem*, p. 141.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42.

¹⁵ *Id.*, *ibidem*, p. 39.

Já Alexy, tendo as considerações de Dworkin como ponto de partida, compreende que “os princípios consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas”¹⁶.

Portanto, Dworkin propõe uma distinção tendo por base a estrutura lógica, enquanto Alexy funda seu critério de diferenciação no modo de aplicação das normas. Tais conceituações são sólidas, bem estruturadas e até hoje norteiam muitos dos raciocínios no âmbito da teoria do direito. Entretanto, pensar em institutos do processo penal, como a prisão preventiva, demanda uma análise mais concreta, sendo interessante, nesse aspecto, a contribuição doutrinária de Humberto Ávila

Analisando as principais distinções já elaboradas acerca da conceituação de normas e princípios, Humberto Ávila assevera que os critérios de diferenciação são relevantes “na medida em que permitem verificar que as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo em que os princípios apenas estabelecem uma diretriz”¹⁷, mas deixa claro que mais critérios precisam ser estabelecidos, a fim de precisar a diferenciação entre princípio e regra.

Conforme demonstra o autor, o conteúdo das normas nasce apenas a partir da interpretação do operador do direito, de modo que “as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos, então não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio”¹⁸. E arremata:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção¹⁹.

Um dos pontos relevantes da teorização de Humberto Ávila reside, precisamente, na possibilidade de contextualização da problemática em estudo no

¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 57.

¹⁷ *Id.*, *ibidem*, p. 61.

¹⁸ *Id.*, *ibidem*, p. 54.

¹⁹ *Id.*, *ibidem*, p. 102.

âmbito da esfera processual penal, mediante uma atividade de “reconstrução interpretativa”:

O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional²⁰.

O autor intenta deixar claro que regras e princípios não estão escalonados em ordem de importância, existindo simultaneamente para o bom funcionamento de um sistema. Assim como um sistema composto unicamente por regras tenderia a uma rigidez prejudicial, um modelo preenchido apenas por princípios tenderia a uma flexibilidade excessiva, nociva a qualquer pretensão de segurança jurídica.

A proposta de Ávila, então, é no sentido de que as duas espécies de normas sejam nitidamente separadas, propondo, em relação às regras, um modelo “moderado e procedimentalizado, que valoriza a função e a importância das regras, sem, no entanto, afastar a sua extraordinária superação”, ao tempo em que para os princípios, sugere um “modelo criterioso de aplicação de aplicação, no qual os princípios têm funções específicas que não afastam pura e simplesmente as regras eventualmente aplicáveis”²¹. Com isso, o autor chega a uma constatação bastante interessante e que pode ser muito bem recepcionada no processo penal, esfera em que a luta para o afastamento de critérios arbitrários deve ser sempre constante:

O problema da aplicação do Direito não está apenas em analiticamente separar espécies normativas, mas em municiar o aplicador de critérios, intersubjetivamente aplicáveis, que possam tornar efetivos os comandos normativos sem a incorporação do arbítrio²².

DELITO, PENA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

No estudo da relação entre crime e punição, uma contribuição bastante interessante é a de Hassemer²³, que aponta para o fato de que delito e pena se

²⁰ *Id.*, *ibidem*, p. 54.

²¹ *Id.*, *ibidem*, p. 148.

²² *Id.*, *ibidem*, p. 149.

²³ HASSEMER, Winfried. Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal. In: Cursos de Postgrado em derecho de la Universidad de Salamanca, XII, 2012. *Revista Penal*: doctrina. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2012. p. 31.

constituem como duas faces de uma mesma moeda, o que culmina na conclusão de que o ciclo vicioso entre delito e pena não é passível de rompimentos.

Com isso, o autor pretende afirmar que a pena deve sim existir, o que não é sequer uma construção abstrata e distante, mas uma opinião generalizada e aceita pela sociedade de modo geral.

Sob essa ótica, então, na vida cotidiana de qualquer sociedade existe a ideia de “controle social”, conceito que pode ser resumido no tripé “viver com normas sociais; sancionar desviações com estas normas; y observar, para estos efectos, determinadas normas de procedimento”²⁴.

Essa contribuição é importante na medida em que torna evidente que as normas – sejam elas expressas ou tácitas – regem o comportamento humano, notadamente em *uma lógica de expectativa de cumprimento*, a qual gera, por sua vez, a *sensação de segurança* sem a qual os grupos sociais estariam fadados ao caos.

Tal segurança pode ser vista sob dois aspectos: o positivo, que se relaciona com a estabilização da norma, e o negativo, que se refere à necessária punição quando da quebra das expectativas de cumprimento da norma.

Nesse sentido, é possível inferir que a punição não é única e exclusivamente um mal, mas antes disso é a resposta dada a uma lesão normativa pretérita – resposta esta que precisa estar nitidamente direcionada a uma quebra de expectativa específica, bem como deve guardar uma relação de equilíbrio com o dano causado, de modo a proporcionar que a infração normativa e a punição se limitem mutuamente.

A noção de controle social do citado penalista alemão explica de modo bastante concreto a necessidade de mecanismos que garantam o respeito à norma, sendo a pena a ferramenta mais adequada para a persecução de tal fim.

Estabelecida a pena como necessária, torna-se importante a fixação de parâmetros racionais mínimos para se pressupor legítima a prerrogativa que um indivíduo (agente estatal) possua de punir outro.

Como se sabe, é comum a noção de pena como *retribuição*, de base filosófica fortemente estabelecida no idealismo alemão, a partir da ideia de se “retribuir o mal pelo mal” – pela devolução do mal causado, se alcançaria a justiça. Outra ideia adotada até hoje, consideravelmente mais sofisticada do que a lógica retributivista, é a noção de pena como *prevenção* (dividida em geral e especial), segundo a qual, em um Estado racional, não pode haver meramente a ideia de vingança punitiva, devendo o aparato estatal cumprir uma função social, atuando na prevenção de delitos e aplicando penas para que os valores sociais negados pela prática do crime sejam reforçados.

²⁴ *Id.*, *ibidem*, p. 32.

Um dos defensores vanguardistas da ideia de prevenção foi o italiano Cesare Beccaria, que entendia que:

Eis, estão, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos²⁵.

A dicotomia entre liberdade e segurança, então, já começa a ser observada de maneira mais concreta. De um lado há um conjunto de pessoas que precisa ter sua segurança assegurada; de outro lado há um indivíduo que, a despeito de ter cometido um delito, precisa ter sua liberdade assegurada (em maior ou menor medida); e no meio de tal embate há o Estado, que precisa posicionar-se de maneira a sacrificar o menor número possível de direitos.

Entretanto, aqui não se pretende desenvolver o debate acerca da necessidade ou não de pena para os casos de cometimento de delitos. A pena de prisão é restrição evidente do direito fundamental de liberdade, restrição esta que é aceita pela sociedade, mas que nos próprios moldes constitucionais é destinada primariamente aos casos em que o indivíduo tenha sido condenado por sentença penal condenatória transitada em julgado, raciocínio que decorre da psicologia da presunção de inocência.

Nessa perspectiva, sendo a prisão preventiva decretada sem que o indivíduo tenha sido condenado por sentença irrecorrível, a colisão entre direitos fundamentais torna-se ainda mais evidente, reforçando a relevância da discussão proposta neste estudo.

Resgatando-se o ensinamento de Hassemer quanto à sensação de segurança, relacionada à estabilização da norma e à necessidade de punição quando da quebra das expectativas de seu cumprimento, o que acontece hoje é a utilização, mesmo que não consciente, da teoria em exame no que toca à prisão processual.

Explica-se, valendo-se de lições de Ferrajoli: com a introdução de inúmeros benefícios legais e a flexibilização da pena, acabou-se por legitimar, em termos teóricos, a manutenção de penas elevadíssimas e, em termos práticos, a revogação de penas mais sérias, prevendo sua redução na fase de execução, o que gera uma incerteza da pena e a ruptura de correspondência entre pena edital e pena descontada, o que é elevado com o arbítrio extra-jurisdicional na fase de execução²⁶.

²⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cratella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 29.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 37.

Dessa forma, diante de um crime grave, espera-se a prisão do agente. Todavia, em razão da flexibilização pós condenação, o que acaba ocorrendo é uma total inversão da ordem das coisas, com prisão durante o processo e a soltura depois da sentença, mesmo que condenatória.

É o que acontece, dia sim e dia também, quanto ao crime de tráfico de drogas, o qual apesar de ser equiparado a hediondo, tem tido resposta estatal menos rígida, principalmente por interpretações jurisprudenciais. Assim, juízes, sabendo que, após a sentença, será incabível a prisão, para estabilizar a norma e punir o indivíduo diante da transgressão, acabam por se valer da prisão durante o processo, num contrassenso que contraria qualquer lógica.

Trata-se de hipótese de colisão entre direitos fundamentais muito sensível, da qual decorrem críticas de toda sorte (e de todos os lados) quanto ao instituto da prisão preventiva.

De qualquer forma, em um Estado de conformação democrática, mesmo o sujeito que realiza uma conduta típica não perde seu *status* de cidadão e precisa ter seus direitos individuais respeitados. Porém, como já tratado, nenhum direito é absoluto, cumprindo analisar, então, diante do caso concreto, quais são os requisitos necessários para que a ponderação de direitos fundamentais seja realizada de maneira minimamente racional, principalmente em um momento processual tão incerto como aquele que geralmente serve de pano de fundo à prisão preventiva.

PRISÃO PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO CAUTELAR DO PROCESSO

Consoante estabelece a norma inculpada no art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva “poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Como sabido, trata-se de medida cautelar de natureza processual, que como o próprio nome sugere é vocacionada a garantir o regular desenrolar do processo, o que a torna de caráter eminentemente instrumental. A prisão preventiva pode ser decretada a qualquer momento no processo, desde a investigação preliminar até a fase recursal.

Ao lado dos requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum in libertatis*, consta a exigência de que a prisão preventiva somente pode ser decretada em crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

Cumprir pontuar, ainda, que por ser uma medida cautelar, a prisão preventiva “não se destina a fazer justiça, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento”²⁷.

²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. II, p. 121.

Estabelecidos analiticamente os principais contornos legais da prisão preventiva, no escopo do presente trabalho cumpre-se analisar também normativamente as especificidades do instituto da custódia cautelar.

Rememorando a distinção já aqui apresentada, fundada eminentemente nas lições de Humberto Ávila, de que as normas se dividem em princípios e regras, estabeleceu-se que na oportunidade de ser materializada a hipótese de incidência de uma norma, a regra é invariavelmente aplicada; ao contrário dos princípios, que no caso concreto, em razão de eventuais colisões, podem ceder espaço para outros princípios. Além disso, a regra descreve em si um comportamento que precisa ser necessariamente adotado, enquanto o princípio fornece orientações finalísticas.

Dito de outro modo, a regra é retrospectiva e descreve uma situação já prevista anteriormente pelo legislador, ao tempo em que os princípios são dotados de caráter prospectivo, descrevendo hipóteses que ainda não se materializaram.

Trazendo tais vetores interpretativos para a leitura do art. 312 do Código de Processo Penal, a conclusão alcançada é de que a norma contida no referido dispositivo possui muito mais natureza de princípio do que de regra.

Isto porque, apesar de ser prevista uma hipótese de decretação de prisão que parece certa na última parte do dispositivo (“quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”), fato é que a utilização do verbo “poderá”, seguido de vários conceitos indeterminados como “ordem pública”, “ordem econômica”, “conveniência da instrução criminal” e para fins de “assegurar a aplicação da lei penal”, edificam um cenário que impede que a norma seja aplicada de maneira absoluta, na modalidade *all or nothing* – e, portanto, impede que o dispositivo seja entendido como uma regra.

E essa aplicação absoluta é impedida seja pela não imposição que o verbo inicialmente faz ao juiz, seja pelo fato de os dois primeiros fundamentos de decretação de custódia cautelar (ordem pública e ordem econômica) serem expressões semanticamente vazias.

Fosse o dispositivo construído no sentido de que “será²⁸ decretada prisão preventiva”, e então seguido dos requisitos objetivos de conveniência da instrução ou à intenção de assegurar a aplicação da lei penal, desse modo seria possível defender que a prisão preventiva enquanto instrumento processual se trataria de norma-regra, e, como tal, não passível de grandes elucubrações processuais.

No entanto, o que acontece, e que possivelmente é a raiz das profundas críticas tecidas à prisão preventiva, é que apesar de ter pouquíssimas caracterís-

²⁸ Foi a forma prevista no artigo 312 do CPP, em sua versão original, o qual estabelecia que: “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”.

ticas de regra, o art. 312 do Código de Processo Penal acaba sendo interpretado de maneira rasa, e aplicado como se regra fosse.

Ao ser aplicado como regra, o art. 312 do Código de Processo Penal parece não comportar debates de ponderação de direitos (vez que a ponderação seria destinada apenas a princípios), o que faz com que a cuidadosa e necessária compatibilização entre o direito à liberdade e o direito à segurança pública seja simplesmente ignorada, e que uma medida grave como a decretação da prisão de um indivíduo, seja aplicada sem maiores reflexões.

O ponto mais problemático dessa aplicação, é que ela se dá com base em conceitos semanticamente vazios, os quais, convencionados apenas doutrinária e jurisprudencialmente, são ainda um mistério no que se refere a parâmetros objetivos à luz da legislação. Frente a esse vazio semântico, “basta um pouco de conhecimento de estrutura linguística para construir artificialmente esses requisitos, cuja ‘falsificação’ é inverificável”²⁹.

É sabido que vários indivíduos têm suas prisões preventivas decretadas por decisões que invocam simplesmente a “ordem pública” de maneira genérica, sem sequer explicitarem qual parte de tal etérea ordem pública estaria sendo maculada, em flagrante violação inclusive ao dever de fundamentação das decisões, tido como um verdadeiro “dever constitucional de fundamentação”³⁰.

NECESSÁRIA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA

O que se pretende demonstrar é que há substancial confusão na interpretação da norma contida no art. 312 do Código de Processo Penal. Apesar de possuir contornos muito mais assemelhados a uma norma-princípio do que a uma norma-regra, o dispositivo em comento acaba fazendo com que os intérpretes, diuturnamente, esqueçam da disputa patente entre direitos fundamentais que lhe estará subjacente (liberdade e segurança pública), e apliquem a norma de maneira estanque, sem maiores indagações.

Observando analiticamente, o que se percebe é que o instituto processual da prisão preventiva, no mais das vezes, é utilizado com base no que Luiz Alberto Warat chama de “senso comum teórico dos juristas”, isto é, com base em um “arsenal de pequenas condensações de saber, fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, elos rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder”³¹.

²⁹ *Id.*, *ibidem*, p. 122.

³⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 284.

³¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei; temas para uma reformulação*. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 15.

Com isto se quer dizer que, em grande medida, a prisão preventiva é simplesmente internalizada sem maiores questionamentos a respeito dos valores e direitos que estão em jogo.

Os juízes, normalmente, não se questionam acerca do significado da “garantia da ordem pública”, por exemplo, e sim apenas se valem de argumentações vazias e fundadas e um “máximo de convenções linguísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para retificar o mundo e compensar a ciência jurídica em sua carência”³².

E tal técnica pouco atenta é nociva, já que garantias penais e processuais penais não podem ser mitigadas ou menosprezadas. Como aponta Ferrajoli³³, elas “não são outra coisa senão a técnica voltada para minimizar a violência e o poder punitivo, ou seja, para reduzir ao máximo possível a previsão do delito, o arbítrio dos juízes e a aflição da pena”.

Numa lógica democrática, não é possível que haja tanto espaço para o arbítrio. Tomando-se em conta a lição de Zaffaroni, e em vez de esconder raciocínios jurídicos atrás de um clamor público por uma segurança genérica e abstrata, precisamos aceitar que “a extrema seletividade do poder punitivo é uma característica estrutural, ou seja, ela pode ser atenuada, mas não suprimida”³⁴. Mas não deve haver conformação com essa constatação, e sim a busca por critérios objetivos para transformação da realidade.

É preciso que os operadores do direito tomem como mastro a Constituição, se amarrando a ela para empreenderem qualquer tipo de análise. Somente assim seria possível interpretar o art. 312 do Código de Processo Penal de maneira normativamente correta, isto é, na condição de norma-princípio, a fim de que se estabeleçam, a partir daí, requisitos concretos e objetivos para a decretação de custódias cautelares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma breve análise das produções doutrinárias recentes revela que muito se fala sobre a prisão preventiva, de maneira eminentemente crítica, mas pouco se reflete sobre esse instituto a partir de perspectivas jurídicas distintas.

A crítica processual penal no sentido de que a prisão preventiva se trata de uma medida cautelar com requisitos muito amplos, incapazes de tornar a custódia subsidiária como deveria, é de relevância absoluta.

³² *Id.*, *ibidem*, p. 13.

³³ FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 32.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007. p. 170.

O apontamento para a realidade concreta e precária do cárcere – de superlotação, ausência de condições sanitárias adequadas e descaso governamental –, a qual é, além de tudo, imposta a sujeitos que ainda não possuem uma condenação transitada em julgado, traz debates inegáveis sobre a justiça. Até mesmo do ponto de vista constitucional, é possível que se pense a respeito da compatibilização entre prisão preventiva e preceitos como a presunção de inocência

Entretanto, um espaço que parece ter sido deixado de lado nas reflexões acerca da custódia cautelar é o da teoria do direito, campo que possui muitas contribuições a serem consideradas.

Partindo-se do pressuposto de que o ordenamento jurídico é composto por dispositivos legais, surge a conclusão de que tais dispositivos possuem em si insculpidas normas, as quais podem ser entendidas como regras ou como princípios.

As regras possuem caráter eminentemente descritivo e possuem pretensão de decidibilidade, enquanto os princípios são normas finalísticas, com vocação de complementaridade.

Tais distinções não são meramente abstratas e descoladas da aplicabilidade concreta do direito, motivo pelo qual precisam ser cuidadosamente consideradas frente ao caso concreto, quando da interpretação do art. 312 do Código de Processo Penal, já que o tratamento dispensado à prisão preventiva é sensivelmente distinto na hipótese de ser considerada regra ou princípio.

As regras, justamente por seus contornos de aplicabilidade de “tudo ou nada”, não comportam grandes debates acerca de ponderação entre direitos, o que não acontece com os princípios, que são destinados a governar precisamente espaços de conflitos entre direitos fundamentais por excelência.

Analisando-se criticamente o dispositivo processual da prisão preventiva, o que se verifica é que ele possui muito mais contorno de norma-princípio do que de norma-regra. Não obstante, o que se percebe é que os operadores do direito usualmente não entendem como relevantes os contornos do art. 312 do Código de Processo Penal, tornando o debate quase desprezado e sem preocupação com limites para ponderação entre direitos.

Nesse sentido, entende-se que é prudente fazer também uma análise normativa da prisão preventiva, a fim de que os juízos acerca do instituto não se baseiem apenas em raciocínios superficiais. Afinal, todo raciocínio genérico e maniqueísta tende a cair em equívocos crassos.

Entender-se peremptoriamente descabida a prisão preventiva em todos os casos fere a segurança pública. Acreditar-se que deva ser decretada em qualquer caso também fere a liberdade.

São, então, direitos fundamentais colidentes em uma previsão normativa, igualmente importantes e que precisam ser tratados com sensibilidade pelo intérprete, especialmente pelo magistrado. E tal tratamento cuidadoso somente será possível

quando o instituto da prisão preventiva começar a ser lido, normativamente, não como uma regra simplista e de aplicação absoluta, mas sim como uma norma que contém princípios, os quais devem ser examinados e ponderados no caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cratella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- HASSEMER, Winfried. Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal. In: *Cursos de Postgrado em derecho de la Universidad de Salamanca*, XII, 2012. *Revista Penal: doctrina*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2012.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. II.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei; temas para uma reformulação*. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.
- WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1967.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

Data de recebimento: 29/04/2019

Data de aprovação: 09/10/2019