



Opinião: preventiva e Constituição: a quadratura do círculo?

Durante séculos, os antigos geômetras, incluindo-se aí os gregos, debruçaram-se sobre a seguinte *vexata quaestio*: como construir um quadrado com a mesma área de um círculo, servindo-se, para tanto, somente de uma régua e um compasso em um número finito de etapas? Tal problema (uma espécie de “Santo Graal” da Matemática) tornou-se conhecido como “a quadratura do círculo”. Em 1882, entretanto, Ferdinand von Lindemann acabou por sepultar o ímpeto de gerações e gerações, ao

demonstrar que Pi (?)

Image not found or type unknown

consiste num número transcendente e que, por isso mesmo, é impossível construir-se um quadrado cuja área seja rigorosamente igual à de um determinado círculo.

Mutatis mutandis, pode-se dizer que o Direito Processual Penal também possui a sua “quadratura do círculo”[\[1\]](#). Com efeito, há décadas, doutrina e jurisprudência buscam, sem qualquer sucesso, compatibilizar o instituto da prisão preventiva (para garantia da ordem pública) com a regra da presunção de inocência. Como afirma com admirável honestidade intelectual Giulio Illuminati, as tentativas de compatibilização do instituto com a presunção de inocência mostraram-se sempre insatisfatórias frente a uma interpretação rigorosa dessa garantia constitucional[\[2\]](#). Talvez seja hora de abandonarmos os infrutíferos esforços nesse sentido, para admitirmos, definitivamente, a sua manifesta inconstitucionalidade. A tese, evidentemente, não é nova[\[3\]](#). Contudo, parece-me que ela exige uma prova complementar. Para tanto, proponho aqui uma estratégia *more geometrico*[\[4\]](#), que consiste em correlacionar cada uma das situações em que se admite a prisão preventiva para garantia da ordem pública com as finalidades tradicionalmente atribuídas à pena. Trata-se, assim, de demonstrar que, ao se fazer uso da prisão preventiva para garantia da ordem pública, já se está antecipando uma das funções da punição, o que, inevitavelmente, viola o art. 5º, LVII da CF.

A prisão preventiva para garantia da ordem pública

Como se sabe, a jurisprudência pátria tem admitido a prisão preventiva para garantia da ordem pública nas mais diversas (e abstrusas!) situações, podendo-se aqui mencionar as seguintes: (A) “servir de exemplo a outros possíveis criminosos”; (B) “clamor público”, “credibilidade da justiça”, “comoção social”, “gravidade abstrata do delito”; (C) “evitar a reiteração delitiva”, “intimidação do acusado”, “perversidade do crime”, “insensibilidade moral do acusado”, “gravidade concreta do delito”, “periculosidade do réu” [\[5\]](#).

Pois bem. Quer-se aqui demonstrar que: no grupo (A), tem-se a utilização da prisão (supostamente) cautelar para a realização da finalidade de prevenção geral negativa; no grupo (B), para a realização da finalidade de prevenção geral positiva; finalmente, no grupo (C), para a realização da finalidade de prevenção especial (negativa e positiva). Todas elas, por óbvio, típicas da própria pena e, portanto, absolutamente estranhas à natureza puramente cautelar da prisão preventiva[\[6\]](#). Senão, vejamos.



(A) No âmbito penal, os dois mais significativos representantes da teoria da prevenção geral negativa foram Romagnosi, na Itália, e Feuerbach, na Alemanha. Em sua obra *Genesi del Diritto Penale*, Romagnosi sustentava que a ameaça da pena deveria agir psicologicamente sobre potenciais delinquentes, como uma espécie de contraestímulo (*controspinta*) capaz de neutralizar a sua inclinação ao crime (*spinta criminale*)^[7]. Posteriormente, na Alemanha, Feuerbach enunciou a sua teoria da coação psicológica (*psychologische Zwangstheorie*). A construção de Feuerbach desenvolve-se por meio dos seguintes argumentos: o homem não é um ser unicamente racional, mas também instintivo; a origem de todas as infrações estaria justamente aí, nos impulsos; para impedi-las, caberia ao Estado exercer uma influência psicológica sobre cada um dos indivíduos, neutralizando o estímulo ofensivo com um contraestímulo, que deveria consistir na ameaça de um mal maior (a pena) do que aquele que resulta da abstenção da conduta^[8]. Nesse modelo, a execução da pena somente tem sentido para confirmar a seriedade da ameaça legal.

De qualquer sorte, assinale-se que, antes mesmo de Romagnosi e Feuerbach, certos filósofos já defendiam uma teoria da prevenção geral negativa com base na noção de pena exemplar. Era justamente o caso de Locke, que em sua obra *Two Treatises of Government*, datada de 1689, afirmava: “cada transgressão pode ser punida até o grau e com tanta severidade que seja suficiente para fazer dela um mal negócio para o ofensor, dando-lhe motivo para se arrepender e aterrorizando aqueles que pensam em agir da mesma maneira”^[9]. Bastam tais observações para a comprovação de que o uso da prisão “cautelara” para “servir de exemplo a outros criminosos” já implica um inadmissível adiantamento da função de prevenção geral negativa.

(B) Enquanto a teoria da prevenção geral negativa persegue o efeito intimidatório por meio da ameaça da pena, a prevenção geral positiva busca, por meio da punição, inculcar na consciência coletiva o sentimento de confiança na ordem jurídica. Ora, ao se utilizar a prisão “cautelara” para aplacar o “clamor público”, apaziguar a “comoção social” ou mesmo assegurar a “credibilidade da justiça”, já se está antecipando indevidamente os efeitos da prevenção geral positiva. Na linha de Roxin, pode-se dizer que a teoria da prevenção geral positiva ou de integração trabalha com os seguintes efeitos: “o efeito de aprendizado, motivado socio-pedagogicamente; o ‘exercício na confiança do Direito’ que se origina na população pela atividade da Justiça Penal; o efeito de confiança que surge quando o cidadão percebe que o Direito está sendo aplicado; e, finalmente, o efeito de pacificação, que se produz quando a consciência jurídica geral se tranquiliza, em virtude da sanção, em relação à violação da lei, considerando solucionado o conflito com o autor”^[10].



Deliberadamente, não tratei da hipótese de prisão preventiva pela “gravidade abstrata do crime”. E não o fiz pela sua singeleza, que requer um exame mais perspicaz. Por trás do recurso à prisão preventiva em razão da “gravidade abstrata do crime” encontra-se a noção de que a simples possibilidade de que bens jurídicos de superlativa magnitude tenham sido afetados exigiria do Estado uma reação imediata, sob pena de se alastrar na população um sentimento de descrença na ordem jurídica. A prisão preventiva seria utilizada, assim, para evitar essa indesejada sensação[11]. Ora, mais uma vez, o que se verifica é o uso de uma prisão “cautelar” para a realização de um efeito típico da prevenção geral positiva, qual seja, o “exercício na confiança do Direito”. Aliás, já em 1976, em sua clássica obra *Schuld und Prävention*, Jakobs, ao defender uma teoria da prevenção geral positiva a partir de premissas luhmmanianas, assinalava o seguinte: a função da pena consiste em incrementar as possibilidades de que o comportamento desviante seja tomado pela generalidade como uma alternativa inaceitável; a pena seria, portanto, exercício de fidelidade ao Direito; por meio dela, confirma-se que continua sendo correto confiar na norma[12].

(C) Quando se utiliza a prisão preventiva para “evitar a reiteração delitiva”, para “intimidar o acusado”, em razão da “insensibilidade moral do réu”, pela “perversidade do crime”, pela “gravidade concreta do delito” [13] ou mesmo pela “periculosidade do réu” já se está, por óbvio, antecipando a função de prevenção especial (negativa e positiva) da pena. Ao contrário da prevenção geral, que se dirige à coletividade, a prevenção especial, como o próprio nome indica, dirige-se ao indivíduo que praticou o delito, pretendendo-se com a punição evitar a reincidência. Como antecedente remoto da teoria da prevenção especial tem-se a antiga doutrina da emenda de Platão, segundo a qual a pena deveria ser concebida como um remédio para a alma (*poena medicinalis*), capaz de liberá-la de qualquer maldade [14]. Numa linha muito próxima, o jurisconsulto romano Paulo (*Julius Paulus Prudentissimus*) fez constar no Digesto: “*poena constituitur in emendationem hominum*”[15]. A Filosofia Escolástica também adotou uma concepção medicinal da pena, como se pode constatar no seguinte trecho da *Summa Theologiae* de São Tomás de Aquino: “*Lex etiam puniendo perducit ad hoc, quod homines fiant boni*”[16]. No século XVIII, mais exatamente em 1798, Stübel, em sua obra *De perversa interpretatione legum criminalium in constituendo quorundam delictorum corpore Dissertatio*, tentou construir todo um sistema jurídico-penal com base na finalidade preventivo-especial da pena. Com efeito, Stübel, a partir da teoria da prevenção especial, sustenta que o *Tatbestand* (*corpus delicti*) consiste unicamente no conjunto dos elementos que permitiriam identificar ou individualizar a perversidade (*voluntas prava*) do delincente (*homo malignus*), justamente aquilo que o legislador, através da pena, quer corrigir. Sob esse ponto de vista, a imposição da pena não ficaria condicionada à efetiva realização do fato previsto no tipo penal, bastando a demonstração da disposição delitiva do sujeito[17] [18]. Entre o último terço do século XIX e início do século XX, a prevenção especial foi defendida por von Liszt, na Alemanha, por Dorado Montero (com o seu correccionalismo), na Espanha, e, finalmente, pelo positivismo criminológico de Lombroso e Ferri, na Itália[19]. É bem provável que o mais significativo representante da teoria da prevenção especial tenha sido von Liszt. Em seu célebre “Programa de Marburgo” de 1882, sustentava von Liszt que a pena deve produzir os seguintes efeitos: “correção do delincente capaz de ser corrigido e necessitado de correção”; “intimidação do delincente que não requer correção”; “inocuidade do delincente que carece de capacidade de correção”[20].



Pois bem. Essas brevíssimas considerações são suficientes para o nosso propósito, a saber: demonstrar que, ao se utilizar a prisão preventiva para “evitar a reiteração delitiva” (por meio da “intimidação do réu”, da sua “correção/emenda” ou mesmo da sua “inocuidade”), já se está conferindo a uma prisão “cautelares” efeitos típicos da prevenção especial (positiva e negativa).

Conclusão

As considerações acima expostas não deixam dúvidas de que a prisão preventiva para garantia da ordem pública é sempre utilizada como forma de antecipação de alguma das funções tradicionalmente atribuídas à pena, quer se trate de prevenção geral, quer se trate de prevenção especial. Compatibilizar tal instituto com a garantia constitucional da presunção de inocência é verdadeiramente impossível. Tão impossível quanto a quadratura do círculo.

[1] Certamente, o Direito Penal também possui a sua “quadratura do círculo”. Cfr. Molina Fernandes, *La cuadratura del dolo* in LH-Rodríguez Mourullo, Navarra, 2005, págs. 691 e ss.

[2] Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, pág. 48.

[3] Cfr. Ferrajoli, *Diritto e Ragione*, Bari, 2008, págs. 559 e ss., com sua conhecida proposta de um processo sem prisão cautelares; Ibañez, *El juez y la prisión provisional* in Barbero Santos (Coord.), *Prisión provisional, detención preventiva y Derechos fundamentales*, Cuenca, 1997, págs. 15 e ss. Na doutrina nacional, a respeito da inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, cfr. Prado, *Excepcionalidade da prisão provisória* in Fernandes (Coord.), *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*, São Paulo, 2011, págs. 142-143; Badaró, *Processo Penal*, 3ª ed., São Paulo, 2015, págs. 975 e ss.; Moreira, *Curso Temático de Direito Processual Penal*, 2ª ed., Curitiba, 2010, págs. 339 e ss.; Lopes Jr. *Direito Processual Penal*, 14ª ed., São Paulo, 2017, págs. 644 e ss.; Duclerc, *Direito Processual Penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2011, pág. 427.

[4] Sobre o método *more geometrico* no Direito Penal cfr. Hruschka, *Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein* in JZ 1985, págs. 1 e ss.

[5] Cfr. Schietti, *Prisão Cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas*, 3ª ed., Salvador, 2017, pág. 257; Badaró, *Processo Penal*, pág. 977; Rodrigo Capez, *Prisão e medidas cautelares diversas*, São Paulo, 2017, págs. 451 e ss.

[6] Críticos a respeito da utilização da prisão preventiva para aplacar o “clamor social” ou mesmo “evitar a reiteração delitiva”, Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, 29ª ed., München, 2017, § 30/10-12; Muñoz Conde, *Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional* in Barbero Santos (Coord.), *Prisión provisional*, págs. 219 e ss. Favorável, entretanto, Freund, *Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem* in Wolter/Freund (Coords.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, págs. 43 e ss.



- [7] Romagnosi, *Genesi del Diritto Penale*, vol. I, 6ª ed., Milano, 1836, §§ 334-335.
- [8] Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14ª ed., Gießen, 1847, § 13.
- [9] Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge, 2003, § 12, sem distinguir claramente entre a prevenção especial e a prevenção geral (negativa).
- [10] Roxin, *Strafrecht. AT*, vol. I, 4ª ed., München, 2006, § 3/27. Cfr. também Canestrari/Cornacchia/De Simone, *Manuale di diritto penale. PG*, Bologna, 2007, pág. 59; Figueiredo Dias, *Direito Penal. PG*, Tomo I, Coimbra, 2004, págs. 48-49.
- [11] Defende (absurdamente) tal ponto de vista, Freund, *Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem*, págs. 43 e ss.
- [12] Jakobs, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, *passim*. Atente-se para a evolução da teoria da pena de Jakobs. Sobre o tema cfr. Porciuncula, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal*, Barcelona, 2014, págs. 181 e ss.
- [13] A expressão é bastante infeliz. A jurisprudência, em geral, fala da “gravidade concreta do delito” como manifestação da periculosidade de um sujeito. Cfr. Rodrigo Capez, *Prisão e medidas cautelares diversas*, págs. 459 e ss.
- [14] Platão, *Gorgias*, 478.
- [15] *Digesto* 48.19.20.
- [16] *Summa Theologiae*, quaestio XCII, articvlvs II.
- [17] Stübel, *De perversa interpretatione legum criminalium in constituendo quorundam delictorum corpore Dissertatio*, Vitembergicae, 1798, págs. 5 e ss. Sobre o tema cfr. Hall, *Die Lehre vom corpus delicti*, Stuttgart, 1933, págs. 134 e ss.; Gargani, *Dal Corpus Delicti al Tatbestand*, Milano, 1997, págs 334 e ss.; Porciúncula, *Lo objetivo y lo subjetivo*, págs. 92 e ss.
- [18] Posteriormente, entretanto, Stübel, *Grundsätze der Vorlesung über den allgemeinen Theil des Deutschen und Chursächsischen Criminalrechts, nebst einer Einleitung und Uebersicht der ganzen Criminalrechtswissenschaft*, Wittenberg, 1803, § 145, abandona a teoria da prevenção especial, para adotar a teoria da coação psicológica de Feuerbach.
- [19] Cfr. Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2ª ed., Buenos Aires, 2003, págs. 55 e ss.
- [20] Von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht in Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Tomo I, Berlin, 1905, págs. 165 e ss.

Date Created

05/10/2019