

1

POR QUE A PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA RECORRÍVEL NÃO TEM NATUREZA CAUTELAR – ENFOQUE GARANTISTA INTEGRAL

Augusto Vinicius Fonseca e Silva¹

RESUMO

O presente artigo advoga a tese de que a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível não possui natureza cautelar. À vista das características do instituto “cautelar” dentro do sistema jurídico, procura-se demonstrar sua real natureza jurídica. Também, anela-se dar outro enfoque ao princípio da presunção de não culpabilidade, mais condizente com a atuação jurisdicional exauriente. Critica-se, ao final, o modo como se tem visto e aplicado o garantismo no Brasil (“garantismo tupiniquim”), posto que tem sido fator de impunidade e violência. Enfim, dá-se o enfoque garantista integral àquela modalidade de prisão, sem que afronte a Constituição brasileira.

¹ Juiz de Direito em Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNESA/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro da Associação Brasileira de Magistrados Espíritas (ABRAME). Professor de Direito Constitucional Processual em cursos de pós-graduação em Minas Gerais.

A reforma processual penal de 2008 acrescentou o parágrafo único ao art. 387 do Código de Processo Penal brasileiro e, a partir de então, o Magistrado, quando prolatar uma sentença condenatória, deve decidir sobre a prisão preventiva (decretação ou manutenção) ou sobre a aplicação de outra medida cautelar pessoal penal.

O tema da prisão cautelar, bem enfatizou Odone Sanguiné,

é uma das instituições mais polêmicas do sistema penal e constitui, na maioria dos países, um dos problemas mais difíceis e críticos do processo penal, no qual colidem com extraordinária intensidade o interesse do Estado em garantir a efetividade do processo penal e os direitos fundamentais do acusado, em particular o direito à sua liberdade pessoal.²

Entrementes, no presente trabalho, procuraremos demonstrar que, se o réu manteve-se preso durante toda a instrução processual por força de prisão preventiva e restou condenado em sentença penal recorrível, deve assim permanecer quando da sentença condenatória, nos exatos termos da Súmula Criminal de n. 7 do TJMG e do que enuncia a Súmula de n. 9 do STJ, ainda não cancelada. Isso porque temos não possuir a prisão decorrente da sentença penal condenatória natureza cautelar, *data venia* de entendimento diverso, o qual sabemos majoritário.

De fato, preconizam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, “a garantia cautelar surge, como que posta a serviço da ulterior atividade jurisdicional, que deverá restabelecer, definitivamente, a observância do direito: é destinada não tanto a fazer justiça, como a dar tempo a que justiça seja feita (...)”. Isso quer dizer, segundo concluem, que o instituto jurídico da cautelar (seja ação, processo ou medida) tem a nota marcante da “instrumentalidade ao processo principal, cujo êxito procura garantir e tutelar”.³

² SANGUINÉ, Odone. Os efeitos colaterais da prisão cautelar. In: MIRZA, Diogo Malan e Flávio (Coord.). *70 Anos do Código de Processo Penal brasileiro – Balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 309.

³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 316-317.

Se é rudimentar a noção de que

a função jurisdicional e o processo são instrumentos para a concretização do ordenamento jurídico, ambos devem ser eficazes, ou seja, aptos a produzir os efeitos para os quais foram concebidos e que deles se espera. Em certas ocasiões, essa eficácia depende de providências urgentes, cuja omissão poderia levar à inutilidade prática da decisão judicial posterior. Nesses casos, o instrumento por excelência da jurisdição é o processo cautelar. Como diz Afrânio da Silva Jardim, por meio desse processo, o Estado exerce ‘tutela jurisdicional mediata ou preventiva, ou seja, visa a tutelar os meios e os fins das outras espécies de processo.’⁴

Fernando da Costa Tourinho Filho ensina, corroborando, que

a decisão, no processo de conhecimento, é, muitas vezes, demorada, e tal tardança pode acarretar prejuízo à parte. Assim, para assegurar os efeitos de uma eventual procedência do pedido formulado na ação, o interessado pode solicitar a realização de providências urgentes e provisórias. São as medidas cautelares.⁵

Da mesma maneira, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, segundo quem

a tutela cautelar tem por finalidade assegurar a utilidade e a eficácia de um provimento jurisdicional futuro. Ante o perigo de demora, até que seja concedida a tutela jurisdicional apta a satisfazer definitivamente a pretensão do autor, é necessário assegurar que tal provimento, a ser proferido em tempo futuro, não se torne inócuo devido à morosidade do processo. Trata-se, pois, de uma tutela assecuratória ou conservativa.⁶

⁴ SARAIVA, Wellington Cabral. Medidas cautelares e confisco no processo por crime de lavagem de bens. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior C. de (Coord). *Tributo a Afrânio da Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 652.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 29, v. 3.

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: propostas de mudança legislativa. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 800.

E, como não poderia ser diferente,

o Direito Processual Penal, tal como os demais ramos do direito, admite também uma cautelaridade específica com o fim de garantir a efetividade do processo, aduzindo serem várias as medidas cautelares em matéria penal.⁷

Entre as características da tutela cautelar, está a *sumariedade*,⁸ assim explicada por Fernando da Fonseca Gajardoni,

se a análise é apenas superficial, rápida, com menor grau de certeza, diz-se que a cognição é sumária, já que baseada em juízo de verossimilhança e probabilidade. Por sua vez, se a dedicação do juiz sobre as matérias argüíveis é maior, com um maior grau de certeza, diz-se que a cognição é exauriente.

(...) As medidas cautelares (...) são emitidas como base em cognição sumária, isto é, como base em prova não exauriente. Em outros termos, pode-se dizer que o magistrado, ao apreciar um pleito cautelar, se contenta com a aparência do direito invocado (*fumus boni iuris*), não fazendo grandes investigações para saber se é lícita a concessão ou não da cautela. Havendo aparência de direito, verossimilhança ou probabilidade da cautela reclamada, o juiz a concede, pois a urgência que acode ao caso é incompatível com o tempo necessário para aprofundamento na análise das provas e alegações das partes.⁹

Logo, a *prisão cautelar* pode ser definida como

uma medida coativa cautelar pessoal, decretada motivadamente por um órgão jurisdicional, na fase investigatória ou no curso do processo penal, em caráter excepcional e com duração limitada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória penal, que implica uma provisória limitação da liberdade em um estabelecimento penitenciário, de uma pessoa contra quem, embora considerada juridicamente inocente, se imputa haver cometido

⁷ BARROS, Antonio Milton de. *As medidas cautelares e os projetos de reforma do Código de Processo Penal*. Disponível em: www.ibccrim.com.br. Acesso em: 4 jun. 2001.

⁸ Nesse sentido, por todos: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. cit.*, p. 800.

⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direito processual civil – Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2006, p. 23, v. 12.

um delito de especial gravidade, com a finalidade cautelar de garantir o normal desenvolvimento do processo penal de cognição e de execução para evitar um risco; (a) de ocultação, alteração ou destruição das fontes de prova ou de colocação em perigo da vítima e outros sujeitos processuais; (b) de fuga; (c) de reiteração delitiva.¹⁰

Decorre do exposto que a natureza jurídica da *prisão preventiva* é inquestionavelmente *cautelar*, bastando ver que, com a Lei n. 12.403/2011, foi alocada, topológica e expressamente, no Título IX do CPP, denominado “*Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória*”.

Visa ela a garantir a ordem pública ou qualquer das outras situações cravadas no art. 312 do CPP e é concedida pelo juiz, quando faz análise rasa da situação e detecta que a liberdade do indiciado/réu, no curso do inquérito policial ou de um processo criminal que pode se alongar e pode acabar por comprometer aquelas situações que se pretende tutelar.

Todavia, o mesmo não se pode dizer da prisão decorrente de uma sentença condenatória recorrível, posto que, quando condena, o juiz realiza cognição plena, exauriente, profunda, geralmente respaldado no princípio da imediatidade (CPP, art. 399, §2.º). Convencido do que pleiteou o Ministério Público, agasalha a pretensão acusatória e condena o réu. Nada, nada mesmo, há de cautelar na prisão que daí advém, se filtrarmos-la pelos fundamentos mencionados. Daí Afrânio da Silva Jardim asseverar, percuciente e atiladamente, que

tal prisão não tem qualquer vínculo de acessoriedade com o resultado pretendido na ação penal condenatória, mas é o próprio acolhimento da pretensão punitiva, ou seja, é a própria medida jurisdicional postulada pelo autor da ação. Fácil perceber que esta prisão não visa a prevenir danos prováveis (*periculum in mora*), pois a prisão se efetiva independentemente de qualquer consideração outra que não os pressupostos objetivos alinhados na regra do art. 594 do Código de Processo Penal (hoje revogado), que devem estar presentes apenas no momento da medida coercitiva. Por outro lado, não há aqui qualquer conotação de instrumentalidade, vez que se trata de outorga da própria presta-

¹⁰ SANGUINÉ, Odone. *Op. cit.*, p. 309.

ção jurisdicional pedida na denúncia ou queixa, ainda que sujeita à condição resolutive. Ademais, a sentença condenatória, por ser de mérito, não se limita a exame superficial do direito punitivo alegado (*fumus boni iuris*), mas o reconhece expressamente, declarando-o. Finalmente, também não vemos a marca da provisoriedade (*rebus sic standibus*), já que a sentença de mérito não se alicerça em fatos ou situações eventuais ou passageiras, pois é definitiva, no sentido processual. A sentença penal condenatória não é prolatada para ter eficácia subordinada ao resultado de outro processo satisfativo.¹¹

Logo, porque sindicadas as provas em detalhes, a consequência disso é que, não sendo cautelar, a prisão oriunda de sentença penal condenatória *não viola o princípio da presunção de inocência* e nada mais é que aplicação concreta do preceito secundário do tipo penal, quando aí previsto algum tipo de pena privativa de liberdade.

Gize-se que é preciso acabar com o mantra de que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível configuraria antecipação de cumprimento de pena.

Tem sido corrente verberar-se que o *princípio da presunção de inocência* significaria que,

mesmo depois de condenado em primeira instância, ainda que confirmada essa condenação por um tribunal interior (local), mesmo assim, caso esteja pendente algum recurso, ordinário ou extraordinário, não se pode afastar (muito menos menosprezar) a presunção de inocência do acusado.¹²

Essa vertente doutrinária vê referida norma de maneira absolutamente *pro reo*, como um escudo de que o mesmo se pudesse revestir contra toda decisão judicial que lhe confere culpabilidade, enquanto não transitada em julgado. Haveria, por assim dizer, uma potestatividade do réu em relação a tudo e a todos, enquanto não alcançado o

¹¹ JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 267.

¹² GOMES, Luiz Flávio; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). *Prisão e medidas cautelares – Comentários à Lei 12403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011, p. 35.

trânsito em julgado da sentença que o condenou, ainda que isso dure a eternidade que costumam durar os julgamentos da justiça brasileira.

Entretentes, não vejo ser essa uma interpretação razoável, *data maxima venia*.

O eminente processualista e Desembargador carioca Paulo Rangel apresenta conceituação obtemperada, digna de registro:

Não adotamos a terminologia *presunção de inocência*, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente.

A Constituição não *presume* a inocência, mas declara que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* (art. 5.º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a *presunção de culpa*. Ou, se preferirem, a certeza de inocência ou *presunção de inocência*.

O juiz, ao apreciar o processo e verificar, pelas provas dos autos, que a condenação é a aplicação correta e justa da lei, faz uma operação mental, concluindo pela culpa do réu e, por isto, condena-o.

Do contrário, se entendesse, pela análise dos autos, que a lei somente seria aplicada corretamente se o réu fosse absolvido, a *presunção* seria de inocência.

Assim, estamos no campo da *presunção* (operação mental que liga um fato a outro) e, portanto, de um fato indicado em decorrência das provas que foram carreadas para os autos.

A terminologia, *presunção de inocência*, não resiste a uma análise perfunctória.

O magistrado, ao condenar, *presume* a culpa; ao absolver, *presume* a inocência, *presunção* esta *juris tantum*, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma (ou não) da sentença pelo tribunal.

Desta forma, o réu tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isso em nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz, ao condenar, *presume* o réu inocente. Não. Neste momento, a *presunção* é de culpa e, óbvio, ao absolver, a *presunção* é de inocência.¹³

¹³ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 26. Enfatize-se, contudo, que esta posição não é imune a críticas. A

Bem lembra o Procurador da República Rodrigo de Grandis, com exemplo concreto e coetâneo, que

nos Estados Unidos, presume-se que o réu seja culpado a partir de uma sentença condenatória de um juiz de primeira instância. Aqui [no Brasil] é o contrário, a Constituição diz que nenhum réu é culpado até que se esgotem os recursos. Por isso, o médico de Michael Jackson, sentenciado a quatro anos por homicídio culposo, saiu algemado do tribunal.¹⁴

Nessa esteira, quando o juiz de primeiro grau condena, é porque presume o réu não inocente, após exercitar uma análise *aprofundada* das provas arremetidas ao álbum processual (princípio da imediatidade). A prisão preventiva, alhures, é decretada no curso do processo e ampara-se num juízo de cognição *rarefeita*, sumária, insipiente, próprio, aliás, dos juízos cautelares. Assim, se ao cabo do processo, em sentença, condena o réu, é porque o presumiu culpado. A prisão que daí advém é, pois, estribada em cognição exauriente, de modo que, se a conclusão a que chegou o julgador é pela condenação, pode e deve ser decretada a prisão de quem esteve solto no curso do processo (ou ser determinada a sua manutenção, caso tenha permanecido preso). A presunção, em caso de condenação, passa a ser de que o réu é culpado, até provar o contrário, em recurso, se recorrer. Se é certo que a prisão provisória não importa antecipação de condenação, não é errado, igualmente, dizer que, formado o convencimento do juiz pela culpabilidade do acusado, com a conseqüente condenação por crime

respeito, por todos, ver: MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, notadamente a partir da p. 448. Este autor entende que tal posicionamento defendido por Paulo Rangel e por nós aqui encampada, “*era empreendido pelos positivistas e pelos técnicos-juristas do nazifascismo, com a diferença que eles antecipavam essa ‘lógica gradualista’ para o início da ação penal*”. Ousamos discordar do ilustre professor e advogado paulistano, uma vez que contra a lógica não há argumento. Ora, se o Juiz prolata sentença condenatória, foi porque presumiu culpado o réu. Do contrário, tê-lo-ia absolvido. Naturalmente que a posição do referido autor justifica-se, na medida que, sendo advogado criminalista, deve perorar no sentido melhor que justifique o seu exercício profissional.

¹⁴ Entrevista concedida à Revista semanal *ISTOÉ-Dinheiro*, n. 741, p.33, 21 dez. 2011.

grave, aliado a outros pormenores fáticos, deve ao réu ser aplicada a medida sancionatória prevista na lei, ainda que seja a segregação decorrente daquela decisão condenatória recorrível.

Logo, se tivermos na retina que o juiz, finda a colheita de provas, condena o réu, foi porque as confrontou e lavrou seu veredicto pela presunção *juris tantum* de culpabilidade (ou pela não inocência). Em eventual recurso – repita-se –, é que deverá desfazer tal presunção (que é relativa), demonstrando aos Magistrados de segundo grau as razões pelas quais seria inocente (não culpado). Inverte-se, assim, o ônus da prova que, à soleira, era do acusador e, agora, passa a ser do condenado. E se o consectário previsto no tipo penal secundário for alguma forma de privação de sua liberdade (reclusão ou detenção), deve assim acontecer. Note-se que a questão não é de mero efeito da sentença penal condenatória, mas, sim, de conclusão de um exercício cognitivo pleno pelo sentenciante que, ao termo da instrução que presidiu, concluiu pela culpabilidade do réu e, assim, nada mais fez que aplicar a determinação que o legislador penal fez inserir no tipo penal secundário. Se esteve preso durante a instrução processual (ou se estava solto) e veio a ser declarado culpado, com pena de privação de liberdade, deve permanecer/ser encarcerado. Recorrendo é que poderá desfazer aquela presunção de não inocência, profligando, então, o cárcere a que está submetido, agora por força de sentença condenatória, se acatadas suas razões de não culpabilidade. Noutras palavras: se o juiz só pode decretar a prisão cautelar-preventiva no curso do processo penal quando arrimado, minimamente, em juízo de certeza de materialidade e em indícios suficiente de autoria advindos das provas até então amealhadas (CPP, art. 312), muito mais quando da sentença condenatória, quando, maximamente, sindicou as evidências e chegou à conclusão de sua culpabilidade. Por isso a não cautelaridade da prisão que daí promana. Durante o processo, fez cognição rarefeita, sumária, daquilo que foi evidenciado até então, bastando à preventiva; na sentença, quando prolata o veredicto, faz cognição plena, exauriente, o que robustece sua convicção de condenação. Então, se a cognição mais rasa já autoriza a cautelar, por que não a mais profunda não autorizaria a prisão por força de sentença conclusiva?

Daí termos afirmado que, se o julgador, após contato imediato com a prova, forma sua convicção de que o réu é mesmo culpado, não faz sentido que ainda continue presumidamente não culpável. Ora, para que, então, serviram o processo, as provas e a conclusão do Juiz?

No processo penal, o acusado apresenta-se inicialmente como sendo presumidamente inocente. Isso não há dúvida. Transcorrendo o procedimento, colhendo-se as provas e condenando-o, inverte-se a presunção, devendo, agora, o acusado demonstrar, via recurso, que não mais é culpado e, sim, tal como era antes, inocente.

Contudo, não obstante o que foi trazido, o que se tem verificado é um culto iconoclasta ao princípio da presunção de não culpabilidade, colocando-o como um sobreprincípio intocável de todo o ordenamento jurídico penal e processual penal, sem se fazer um exame obtemperado de Direito Constitucional Processual Penal. Abstratamente, já o põem como um direito intangível, sem que sejam aquilatados, contextual e faticamente, outros direitos também fundamentais e que tocam a todos os demais indivíduos e não a um só indivíduo, como, *v.g.*, o direito à segurança, positivado no art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal. Erige-se-o à categoria de dogma, mesmo se sabendo que o problema de todo dogma e de quem o interpreta é não lançar sobre ele um olhar crítico, curioso, não acomodado.

E isso se deve à forma parcial, perigosa e tendenciosa como se tem visto e aplicado a Teoria Garantista no Brasil.

O *garantismo*, consoante propugnou Luigi Ferrajoli:

designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” *SG*, próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.¹⁵

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 785-786.

Ademais, continua,

tratando-se de um modelo limite, dever-se-á, por outro lado, falar muito mais que de sistemas garantistas ou antigarantistas tout court, de graus de garantismo; e, ademais, distinguir sempre entre o modelo constitucional e o efetivo funcionamento do sistema.¹⁶

Infere-se, pois, dessas considerações tecidas pelo próprio mentor da teoria, que não é o garantismo uma ode absoluta e cega à liberdade do réu. É preciso, urgentemente, acabar com a idolatria galvanizada ao garantismo penal, vendo-o apenas sob um enfoque.¹⁷ Deve-se estudá-lo despido de paixões, “sem que ele se transforme em religião, pois é passível de muitas críticas”.¹⁸

Adverte Geraldo Prado, com a acuidade que lhe é peculiar, que

o garantismo não é uma religião e seus defensores não são profetas ou pregadores utópicos. Trata-se de um sistema incompleto e nem sempre harmônico, mas sua principal virtude consiste em reivindicar uma renovada racionalidade, baseada em procedimentos que têm em vista o objetivo de conter os abusos de poder.¹⁹

George Marmelstein, por sua vez, afirma que

o problema é quando o garantismo é utilizado – abusivamente – para impedir a efetividade do processo penal ou então para proteger grupos criminosos ‘privilegiados’. Não sejamos ingênu-

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 786.

¹⁷ Douglas Fischer a isso chama, muito apropriadamente, de “*garantismo penal monocular e hiperbólico*”, isto é, “*evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se vêem investigados, processados ou condenados*”. (O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno et. al. (Org.). *Garantismo penal integral – Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 34).

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. XVII.

os de pensar que isso não ocorre. Aqui no Brasil, quando o advogado é bom, qualquer pessoa consegue o direito de aguardar o prazo prescricional em liberdade. E isso não é culpa da preguiça dos juizes e sim de interpretações distorcidas que dão às garantias penais uma abrangência que não existe em lugar nenhum do mundo.

Acho que o juiz deve ser imparcial e ter sempre em mira o princípio da presunção de inocência. Porém, jamais deve ser neutro, muito menos indiferente, diante de uma violação a direitos fundamentais. O juiz deve sim se preocupar com a efetividade do processo penal, senão a sua função perde o sentido.²⁰

Note-se que a revogação do art. 393, I, do CPP foi aplaudida pela doutrina, que via em tal dispositivo a “ideia de que a sentença condenatória de primeiro grau, logo sujeita recurso, poderia trazer por conseqüência imediata a prisão do réu, era simplesmente dissociada do processo penal garantista e democrático”.²¹

Isso fez com que o juiz Federal André Lehnart denominasse, mui apropriadamente, de “garantismo à brasileira” aquela vertente com que tal fenômeno vem sendo aplicado em terras tupiniquins. Sua perplexidade contagia e, por isso mesmo, deve ser transcrita:

Continuo à mercê das trevas da ignorância. Não entendo que ‘garantismo’ é esse que permite a um assassino confesso permanecer em liberdade, anos após sua condenação. Garante-se exatamente o quê com isso? Conforto à família da vítima? Tranquilidade ao cidadão de bem, que se esforça para viver e ensinar aos filhos viver dentro da lei, respeitando os outros? Segurança à comunidade? Da forma como vem sendo propalado, esse “garantismo à brasileira” – além de destoar completamente de suas matrizes – não passa de “garantismo” de novos crimes e sinônimo de impunidade. Quando o Direito se torna injusto, algo está muito errado. Nenhuma teoria, por mais requintada, fornida em sutilezas ou forrada de argumentos, pode justificar a conclusão afrontosa ao bom senso. Nos países mais desenvolvidos, de cujas literatura e jurisprudência herdamos nossas teorias, assassino não fica solto... (...) Estamos numa democracia. Todos podem expor e defender seus pontos de vista. O que me inquieta é o hábito

²⁰ MARMELSTEIN, George. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2008/09/15/existe-incompatibilidade-entre-o-garantismo-e-a-efetividade-do-processo-penal/>

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. São Paulo: RT, 2011, p. 109.

pouco recomendável de alguns – advogados, em geral – de citar o exemplo de outros países em abono a suas teses, mutilando e deformando as informações.²²

Que belo garantismo esse à brasileira, não? Que seus asseclas expliquem à sociedade e às famílias das vítimas do jornalista Pimenta Neves e do jogador Edmundo “Animal” porque os mesmos estão soltos até hoje! Isso sem falar naquele médico paulista, condenado a mais de 200 anos por crimes sexuais, que conseguiu liminar em HC e, de posse disso, zarpou para o Líbano, país que não tem tratado de extradição com o Brasil. Nunca mais voltará... Isso porque já foram condenados em processo em que lhes foi garantida ampla defesa e houve exaustiva análise de provas...

O que se vê, então, é que o garantismo tornou-se um verdadeiro catalisador de uma desalentadora sensação de *impunidade*, ou seja, vale-se do direito fundamental insculpido no art. 5.º, LVII, da CF para escamotear uma infeliz situação de impunidade, o que, além de estulto, não passou ao largo da arguta percepção do citado George Marmelstein:

Há certo fundamentalismo em favor das garantias processuais penais que, em doses exageradas, pode eventualmente levar à impunidade. E os direitos fundamentais não compactuam com a impunidade. Na verdade, esses direitos são instrumentos de proteção à dignidade humana e à limitação de poder. Logo, não podem servir justamente para acobertar práticas criminosas que violem essa dignidade. Não se trata de colocar as ‘razões de Estado’ acima da proteção dos indivíduos, porque, se assim fosse, a razão de ser dos direitos fundamentais – que é a limitação do poder estatal – desapareceria. O que se deseja é tão somente impedir que os direitos fundamentais sejam invocados para evitar punição de comportamentos que atentem contra a própria dignidade humana. Essa ideia é conhecida como princípio da proibição de abuso de direitos fundamentais.²³

²² LEHNART, André. Disponível em <http://reservadejustica.wordpress.com/2008/07/19/garantismo-a-brasileira/>

²³ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 200-201.

Tão séria é a questão, que deve ser encarada multidisciplinarmente. Joel Birman, psicanalista carioca do mais quilate, reconhece que a impunidade

permeia agora a sociedade brasileira, se deslocando sem pudor da sociedade política para a civil e vice-versa. Pode-se perceber aqui e ali a complementaridade dos procedimentos e das expectativas. Eu diria mesmo que é na medida em que a sociedade civil defende a impunidade para os seus, sendo inconcebível para as elites que seus filhos tenham sua imagens arranhadas, que se alimentam os monstros que estão evidentes para todos hoje no cenário da sociedade política. Essa quase impossibilidade das elites em aceitar qualquer limite é matéria-prima que nos leva a ser condescendentes com os desmandos do poder instituído. É dando que se recebe, afinal de contas, como diz um enunciado ético do cristianismo, transformado cinicamente no fundamento político e na palavra de ordem da nossa pobre República.²⁴

Em artigo coevo, Luiz Flávio Gomes demonstra o quão grave é o retrato que os cidadãos brasileiros têm da impunidade. Vejamos:

Nem o caso Edmundo, que veio comprovar inequivocamente o quanto o Judiciário brasileiro concorre para a impunidade, abala o convencimento popular de que os culpados são punidos no Brasil.

O Latinobarómetro, em mais uma das suas pesquisas de opinião pública, perguntou aos habitantes dos países latino-americanos, entre os anos de 1995 a 2009, se concordavam com a assertiva de que o sistema judicial de seu país pune os culpados: 46,3% dos brasileiros disseram que sim.

Ou seja: só um pouco mais da metade do povo brasileiro tem opinião (consciência) no sentido de que o Judiciário brasileiro não pune (todos) os culpados. Que aqui a impunidade é a regra, não a exceção.

A média entre os países da América Latina foi de apenas 35,7% de concordância com a afirmativa. Ou seja, 64,3% das pessoas acreditam que seus países não punem os culpados. A sensação de impunidade prepondera em toda América Latina.

²⁴ BIRMAN, Joel. *Cadernos sobre o mal* – Agressividade, violência e crueldade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 178.

Os países que menos concordaram que seu sistema judicial pune os culpados foram a Argentina, com 79,7% de discordância; o Paraguai, com 78,7% e o Equador, com 70,3%.

O Brasil foi o segundo país que mais acredita na punição dos culpados, ficando atrás apenas do Uruguai (49%). A Venezuela também se mostrou otimista, já que 46,2% de seus entrevistados concordaram com a assertiva.

De acordo com estes índices, demonstra-se que quase metade da população brasileira acredita que o Judiciário pune (todos) os culpados no Brasil. Isso evidencia na prática que o brasileiro não tem muita noção da impunidade quase absoluta que reina no nosso país. A ignorância dos números da impunidade (das cifras obscuras) seguramente é a causa da crença (aliás, credence, que é a crença popular sem fundamento) na Justiça criminal brasileira.

Os processos criminais no Brasil levam anos para serem julgados, muitos deles prescrevem antes mesmo de irem a julgamento, ou seja, somos vistos como o país da impunidade. Um resultado destes se mostra bastante contraditório e comprova o quanto nos tornamos cada vez mais conformistas com nossas graves deficiências.²⁵

Assim, esconder um fato criminoso e uma apenação atrás de um direito fundamental é fomentar um decepcionante, lamentável e infame quadro de descrédito da justiça.

Pesquisas divulgadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), nos anos de 2010 e 2011, dão conta de que o Poder Judiciário brasileiro vem sendo avaliado negativamente pela população. A nota média dada ao Judiciário pelos 2.770 entrevistados em todos os Estados da Federação foi de 4,55, numa escala de 0 a 10. Embora tenha sido o quesito mais bem avaliado, a capacidade de produção de boas decisões obteve a risível nota de 1,60.²⁶

Para que esse vergonhoso cenário de impunidade seja dizimado e para que o Poder Judiciário brasileiro retome a honrada posição de “reserva moral” do Estado, mister que vejamos a prisão decorrente de sentença penal condenatória como fruto de um sério e legítimo exer-

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. <http://www.conjur.com.br/2011-set-22/coluna-lfg-meta-de-brasileiros-acredita-justica-pune-culpados> Acesso em: 23 set. 2011.

²⁶ Dados disponíveis em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6165&Itemid=75 e http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8695&Itemid=75

cício judicial de exame das provas e que, por isso, condenou o réu que, assim, passa a ser presumidamente culpado. A lógica disso parece-me hialina com a luz do sol.

Distorcer a aplicação concreta da lei penal e camuflá-la atrás do biombo da presunção de não culpabilidade, mesmo depois de cognição judicial exauriente desenvolvida dentro do devido processo legal e da ampla defesa, é abusar de direito constitucional, é relegar ao limbo que dito abuso, na verdade, é um ato ilícito, ao talante do art. 187 do Código Civil Brasileiro, segundo decorre da inexorável interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

A propósito, o *princípio da proibição de abuso dos direitos fundamentais*, segundo o citado Marmelstein, estabelece que

nenhum direito fundamental deve ser interpretado no sentido de autorizar a prática de atividades que visem à destruição de outros direitos ou liberdades. Em outras palavras: o exercício de direitos fundamentais não pode ser abusivo a ponto de acobertar práticas ilícitas/criminosas cometidas em detrimento de outros direitos fundamentais ou de valores constitucionais relevantes. (...) Os direitos fundamentais não podem ser utilizados para fins ilícitos, até porque eles existem para promover o bem-estar e a dignidade do ser humano e não para acobertar a prática de maldades que possam ameaçar esses valores. Indo mais além, pode-se dizer que o exercício de direitos fundamentais não pode gerar uma situação de injustiça, nem pode servir de desculpa para a prática de atos moralmente injustificáveis ou para violar direitos de terceiros.²⁷

Daí Alexandre de Moraes ter mencionado, com efeito, que

os direitos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5.º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.²⁸

²⁷ MARMELSTEIN, George. *Op. cit.*, p. 459-460.

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 27.

Tudo isso sem falar que tal cenário acaba por fomentar o alastramento da violência, pois a mesma é diretamente proporcional ao grau de impunidade vivido.

Nesse palco, logrou o Brasil alcançar o “honroso” 20.º lugar de país mais violento do mundo. Diferentemente do que foi noticiado pelo jornal Folha de S. Paulo em notícia veiculada recentemente (em 07/10/2011), que colocou o Brasil em 26º lugar dentre os países mais homicidas do mundo, levantamentos e análises realizados pelo Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes (IPC-LFG) apontaram que, na verdade, o Brasil fechou o ano de 2009 como o 20º país mais homicida do mundo, matando violentamente 26,9 pessoas a cada 100 mil habitantes.²⁹ Claro, a violência brasileira tem vários fatores, como a falta de educação do nosso povo, a péssima distribuição de renda, a corrupção endêmica do governo e, também, a impunidade. Esta – podemos dizer, com certeza – é o fator que mais contribui, uma vez que, se algo é feito de errado e não é sancionado, será feito de novo.

Nesse desenrolar de raciocínio, vale salientar que não defendemos um Estado Policialesco ou o Direito Penal Máximo. Igualmente, não propugnamos deva o Judiciário “jogar para a torcida”, porquanto não é seu papel agradar o povo, mas julgar com justiça. Apenas coadunamos com a corrente do *garantismo penal integral* que, segundo Douglas Fischer,

decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam *dignidade constitucional*, sempre acorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de *direitos fundamentais individuais* implica – ao menos

²⁹ Notícia veiculada em <http://www.conjur.com.br/2012-jan-12/coluna-lfg-brasil-20-pais-violento-mundo> Acesso em: 13 jan. 2012.

para nós – uma teoria que denominamos de *garantismo penal hiperbólico monocular*: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção de bens *apenas* dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos, o que, como visto, *não é e nunca foi* o propósito único do *garantismo penal integral*.³⁰ [itálicos no original]

Portanto, temos que a prisão de quem tem presumida sua culpabilidade nada mais é que a aplicação da lei ao seu caso, nada tendo de cautelar. O réu, pois, que permaneceu preso durante a instrução e foi condenado, deve assim permanecer, pois agora, em exame aprofundado das provas, foi presumido culpado pelo julgador. Prevista a pena privativa de liberdade para o seu caso, permanecer preso é aplicar a lei, sem aviltamento da Constituição. Poderá, em recurso, desfazer a presunção de culpabilidade que emergiu das provas colhidas no processo.

É premente por cabo ao distorcido garantismo à brasileira, catalisador de impunidade e violência. Não bastasse a violência ser, ainda, própria de nossa condição evolutiva, tem-se agora, com a visão abrasileirada do garantismo, uma pseudojustificativa para a defesa da inocência. Nada mais obtuso, *data venia!*

Urge, pois, interpretarmos séria e responsavelmente o princípio da presunção de não culpabilidade, sob pena de continuarmos a assistir absurdos como réus condenados por crimes bárbaros saírem livres, leves e soltos.

Pior do que a impunidade em si, é a sensação dela ou, como já disse Cícero, “*o maior estímulo para cometer faltas é a esperança de impunidade.*” Lamentamos a violência, mas, aplicando o garantismo tal qual vem sendo aplicado, acabamos por fomentá-la. Até quando? Será preciso a violência bater-nos à porta para enxergarmos isso? Queremos continuar com um Brasil assim? Vale à pena pensar a respeito.

³⁰ FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno *et. al.* (Org.). *Garantismo penal integral* – Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 48.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: propostas de mudança legislativa. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

BARROS, Antonio Milton de. *As medidas cautelares e os projetos de reforma do Código de Processo Penal*. Disponível em: www.ibccrim.com.br.

BIRMAN, Joel. *Cadernos sobre o mal – Agressividade, violência e crueldade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno et al. (Org.). *Garantismo penal integral – Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direito processual civil – Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2006, v. 12.

GOMES, Luiz Flávio. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-set-22/coluna-lfg-metade-brasileiros-acredita-justica-pune-culpados>. Acesso em: 23 set. 2011.

GOMES, Luiz Flávio; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). *Prisão e medidas cautelares – Comentários à Lei 12403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011.

JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEHNART, André. Disponível em: <http://reservadejustica.wordpress.com/2008/07/19/garantismo-a-brasileira/>

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARMELSTEIN, George. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/09/15/existe-incompatibilidade-entre-o-garantismo-e-a-efetividade-do-processo-penal/>

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. São Paulo: RT, 2011.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REVISTA semanal ISTOÉ-Dinheiro, n. 741, 21 dez. 2011.

SANGUINÉ, Odone. Os efeitos colaterais da prisão cautelar. In: MIRZA, Diogo Malan e Flávio (Coord.). *70 Anos do Código de Processo Penal brasileiro – Balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARAIVA, Wellington Cabral. Medidas cautelares e confisco no processo por crime de lavagem de bens. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior C. de (Coord). *Tributo a Afrânio da Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3.

SITES

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6165&Itemid=75.

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8695&Itemid=75

<http://www.conjur.com.br/2012-jan-12/coluna-lfg-brasil-20-pais-violento-mundo>. Acesso em: 13 jan. 2012.