

A PRISÃO ESPECIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS

Jadson Correia de Oliveira

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco –ESMAPE. Bacharel em Direito pela Faculdade Integrada do Recife – FIR. Professor da Faculdade Sete de Setembro – FASETE, em Paulo Afonso – BA. Advogado.

Tarcísio Gomes Firmino

Bacharel em Direito pela Faculdade Sete de Setembro - FASETE, em Paulo Afonso – BA. Servidor Público Militar do Estado da Bahia.

RESUMO

A presente pesquisa compõe-se de uma revisão da literatura, com perspectiva crítico-analítica fundamentada no instituto da prisão especial. O trabalho visa explorar o instituto e sua aplicação no contexto da legislação contemporânea, com ênfase no trabalho principiológico envolvido sobre o mesmo. Defende-se a tese de que a atual forma de utilização deste instituto não compete exatamente à premissa constitucional da isonomia, elemento basilar na estrutura legalista nacional. Conclui-se portanto que a prisão especial, da forma com que tem sido aplicada no país, constitui-se uma infração ao princípio da isonomia, dado que apresenta critérios que não se revelam relevantes para a preservação dos valores isonômicos que o Estado busca implementar em todas as esferas do seu alcance.

Palavras-chave: Processo Penal e Estado Garantista. Prisão Especial e Princípio da Isonomia. Teoria da Pena e Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

The present research is composed by a literary review, with critical and analytical perspective that is based on the institution of the special prison. This work aims to explore this institution and its application in contemporary legislation, emphasizing the principiological work that is involved about it. We defend the thesis that the current use of this institution does not completely match the premise of isonomy, a fundamental element in national legal structure. It is concluded that the special prison, the way it is being applied in Brazil, is a violation of the principle of isonomy, given that it presents criteria that are not relevant to the preservation of equality values that the State seeks to implement on every area of reach.

Keywords: Criminal Procedure. Especial Prision and Principle of Isonomy. Penal Theory and Neoconstitucionalism.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda o instituto da prisão especial, na forma apresentada pelo Código de Processo Penal – CPP, em seu artigo 295, incisos e parágrafos bem como no que diz respeito aos fragmentos relacionados a essa espécie de prisão cautelar encontrados em legislação extravagante, atentando ao fato de que a prisão especial no Brasil tem características que impõem distinções entre os indivíduos e que, como tal, precisam ser mediadas pelo legislador, e, se necessário, mitigadas ou excluídas a partir do entendimento do princípio da igualdade, proposta pela Constituição Federal de 1988.

Para isso, o estudotraça um panorama sobre o instituto da Prisão Especial, seus significados, origens e suas previsões no ordenamento jurídico, com atenção especial para a principiologia pertinente e não obstante as implicações geradas pela vinculação de todo Ordenamento Jurídicos a esses valores impostos pela Carta Magna.

A Constituição de 1988, após um período de tolhimento das garantias e direitos fundamentais dos cidadãos consequência de Ditadura Militar, traz para o novo Direito brasileiro, a ideia de um Estado mais equânime, quando não cede às vicissitudes do poder e transfere, em cotas iguais, a todos os cidadãos os bônus e os ônus de conviver sob sua tutela.

Sob tal ponto de vista incontestemente, o legislador brasileiro busca refletir em todas as suas ações, a ideia de igualdade, tal como previsto no artigo 5º, caput, do texto constitucional vigente. A ideia de igualdade isonômica, portanto, é trazida ao Direito brasileiro como pressuposto à abertura de valores e ideais que são reflexos do posicionamento humanista que, além do Brasil, tem atingido de forma ampla, todos os países ditos democráticos. Tais valores, como a dignidade da pessoa humana, o direito a ampla defesa e ao contraditório, o processo célere, a presunção de inocência, todos decantam da ideia de que o Estado surge em um novo contexto no século XXI, neste novo Leviatã, as propostas penais, ainda que persistam como necessário item de manutenção da ordem e proteção dos Direitos, devem ser considerados dentro de um limite aceitável, quando não prejudiquem nem imponham distinções entre os seus tutelados. Assim, o Estado equânime precisa ter por base a ideia de uma justiça também igualitária.

É neste tear que gravita o objetivo nuclear deste trabalho, ou seja, neste novo panorama jurídico político constitucional, o Instituto da Prisão Especial nos termos em que se encontra hodie-

namente, está de acordo aos novos ditames constitucionais trazidos pela Carta Cidadã de 1988 bem como das interpretações garantistas que defluem dela?

Com o escopo de cumprir esta proposta iremos no decorrer deste trabalho abordar os temas mais polêmicos que orbitam a esfera deste instituto, para isso, será utilizada abalizada doutrina, além de pesquisa bibliográfica sobre o assunto.

Ao final são realizadas as considerações essenciais sobre o tema defendendo a tese de que a legislação brasileira precisa adaptar-se aos preceitos constitucionais de isonomia que o regem, embasando a tese de que a prisão especial é ultima ratio para os casos de privação de liberdade em sede do processo, não havendo questões que se imponham a tal base principiológica essencial.

1 A PRISÃO ESPECIAL: aspectos constitucionais e relevância social do tema

Celso Ribeiro Bastos (2011, p. 01) explana que “os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica”. Não tendo por objetivo regular nenhuma situação específica, e sim emanando sua força sobre todo o mundo jurídico. (BASTOS, 2001, p.161)

O pensamento deste eminente jurista define, em suma, o princípio como sendo um conjunto de axiomas basilares definidores dos fundamentos normativos e jurídicos de um Estado, que têm por função regular de forma abstrata e genérica as situações pertinentes à problemática social de uma Nação (idem).

Com o Neoconstitucionalismo ou Pós-positivismo os princípios ganharam proeminência nas Nações democráticas, pois os valores emanados deles possuem agora força vinculante, orientando todo o ordenamento jurídico estatal à observância de suas determinações, bem como as próprias bases políticas sendo assim vetores básicos de um estado de direitos.

Dessa forma, pode-se extrair dos conceitos supra citados que os princípios possuem algumas funções nucleares dentro de um ordenamento, das quais podemos citar a de trazer fundamento e validade às demais regras. Exemplificando essa afirmação podemos citar o artigo 261 do Código de Processo Penal, que traz como regra a necessidade de que se atribua um defensor ao acusado. Assim, esta regra encontra fundamento nos princípios constitucionais da Ampla Defesa, do Contraditório, da Isonomia, dentre outros.

Importante atribuição conferida aos princípios é a interpretativa, ou seja, a capacidade atribuída ao hermenêuta de, ao interpretar uma certa norma para aplicá-la a um determinado caso concreto, antes de tudo, interpretá-la sob os axiomas principiológicos que direcionaram a criação daquela norma em análise. É exemplo desta característica a “interpretação conforme a constituição” trazida pela Corte Suprema em casos específicos em que haja dúvidas sobre o alcance e significado de uma norma devendo neste caso ser interpretada em conformidade com a principiológica constitucional.

Outra função peculiar aos princípios é a integradora ou supletiva. Tal função surge quando há uma eventual lacuna no sistema e tem como escopo promover a unidade e coerência do ordenamento. O artigo 3º do Código de Processo Penal traz expresso essa função quando determina que “No momento da decisão o juiz pode valer-se da interpretação extensiva, da aplicação analógica bem como do suplemento dos princípios gerais de direito” (BRASIL, 2014, p. 01).

Ainda em sede de exemplo, podemos mencionar que o Código Penal não estipula ou determina de maneira taxativa, o que sejam as situações “penalmente insignificantes”, ou seja, aqueles casos em que uma conduta, ainda que possua tipicidade formal penal, não preenche o requisito da tipicidade material, sendo assim uma conduta penalmente irrelevante conseqüentemente atípica não gerando qualquer sanção por parte do Estado. Esta postura tem o condão de descriminalizar uma ação. Aduz-se portanto que, por mais que possua enquadramento legal é decorrente do princípio denominado da insignificância ou bagatela, não devendo, neste caso, compor o rol de atividades contempladas pelo Estado no exercício do seu poder de punir.

Após a análise exaustiva dos conceitos mais pertinentes sobre princípios, bem como a importância que estes alcançam nos Estados ditos Democráticos, não obstante as funções mais preeminentes que lhes são atribuídas, é oportuno trazer algumas considerações sobre aqueles princípios que lidam direta ou indiretamente com os aspectos que gravitam em torno do crime e da pena e as implicações relacionadas ao instituto da prisão especial. Neste sentido, quando se trata destes assuntos, é inafastável a análise pormenorizada de três princípios fundamentais, quais sejam, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Legalidade ou Reserva Legal e por fim o Princípio da Isonomia ou Igualdade.

1.1 A construção do estado democrático de direitos no Brasil e o tema da prisão especial

Contemporaneamente, uma das maiores conquistas adquiridas pela sociedade é a plena liber-

dade que os indivíduos experimentam para, de maneiras diversas e muito próprias, expressar as suas vontades, desejos e aspirações sem que isto seja objeto de especulação do Estado que, de maneira direta, reserva-se o trabalho de ter em perspectiva somente os elementos que são indispensáveis para a sua realização de metas, como deverá suceder a todo o regime democrático no país.

O Estado democrático de direitos, muito embora seja um fruto recente, tem suas origens em lutas e reivindicações que remontam mais que à totalidade dos eventos que são perscrutantes de sua natureza própria: o novo modelo de Estado se instaura a partir das exigências que se compreendem ser da alçada dos Direitos humanos e que, por isso mesmo, estão em pleno foco nas ações que determinam a sua experiência como parte da vida em sociedade. Este processo de construção, portanto, não é recente, mas, especialmente no Brasil, os seus efeitos tornaram-se efetivos apenas a partir da década de 1980.

A ideia do Estado Democrático de Direito da maneira como hoje é conhecido é em decorrência de um extenso processo da evolução da forma como as sociedades foram se organizando ao longo dos séculos, (...) as origens do Estado Democrático de Direito é oriundo dos antigos povos gregos e seus inesquecíveis pensadores, que já no século V a I a. C. dentre eles citava Sócrates, Platão e Aristóteles que criou a teoria do “Estado Ideal”, pensadores que refletiam sobre a melhor forma de organização da sociedade para o atendimento do interesse comum (SANTOS, 2015, p. 01).

A ideia que embasa o Estado democrático de Direitos tem suas primeiras expressões ainda na Grécia antiga. Naquele país, hoje integrante da União Europeia, os pensadores e filósofos defendiam a tese de que a democracia (ou, na tradução contemporânea, “governo do povo”) é a principal forma de gestão do Estado, quer porque ela permite que haja uma efetiva participação popular no trabalho de consolidação da atividade dos governantes, quanto fornece a resposta à questão: “a que se destina o Estado?”, qual seja, que o mesmo destina-se a se auto perpetuar, por meio do provimento de condições que permitam aos seus componentes, desenvolver suas vidas dentro da retidão e do controle sobre suas condutas, estipulando dessa maneira, uma forma harmoniosa e desejável de vida. Este Estado, seria, portanto, como Santos (op cit) menciona, “ideal”, porque, na prática, a proposta de gestão do Estado, desde aqueles tempos, apresentou-se mista e complexa, quase sempre permeada de interesses de diversos meios, e que, por fim, quase nunca atendeu, no mundo antigo, aos anseios populacionais.

Durante toda a história existiram os Estados absolutistas. Neles, uma minoria (oligarquia) comandava com mãos de ferro a toda a sociedade, subjugando-a aos seus caprichos, e, com

isso, comprometendo a vide de quem não estava em acordo com a sua perspectiva de governo (SCHIMIDT, 2000, p. 19).

Até o século XVIII, os governos absolutistas representaram boa parte das formas de organização no ocidente, o que fez com que, dadas as mudanças econômico-sociais que se desenvolviam a partir do advento de inúmeros eventos paralelos, como o aumento na pesquisa, que permitiu uma produção maior de excedentes, e o comércio, que despontava como uma promissora forma de riqueza, desbancando, com seu avanço, a terra (o latifúndio de família) e os títulos de nobreza (que conferiam aos seus detentores, o direito de exigir tributos), assim como o desenvolvimento das cidades, ou “burgos”, transformando vilas ancestrais em verdadeiros núcleos de convivência e, por decorrência, em pontos de política intensa.

A Revolução Francesa, portanto, que representou a cisão entre os modos de governo absolutista e democrático, nada mais foi do que o resultado de uma outra ascensão, esta de cunho comercial, a ascensão burguesa. Quando a classe comerciante apreendeu mais recursos que os nobres, desejou a eles se igualar, e, como decorrência desse direito, gerir politicamente parte da população. Este desarranjo político resultou no mundo como o conhecemos hoje: defensor e multiplicador dos ideais de “liberdade, igualdade e fraternidade”, que motivaram a Revolução Francesa e que, ao longo do século XIX, motivaram as transformações mais intensas na geografia e na sociologia mundial.

Marco essencial na aquisição do Estado democrático de Direitos como herança maior do pré-citado processo revolucionário, a declaração de 1789 afirmava que “todos os homens são iguais pela natureza e perante a ‘lei’”. Este elemento afirmativo serviu de corpo à ideia de que não poderiam haver na sociedade, as dissidências de classe baseados no merecimento jusnaturalista do poder, ao contrário, governar deveria ser uma possibilidade apresentada a todos (SANTOS, 2015, p. 01).

Ao compreender, portanto, este padrão de igualdade entre os sujeitos (igualdade isonômica, portanto), o Estado democrático de Direitos apresentou-se como uma construção jurídica própria, nas palavras de Hans Kelsen (2003, p. 119), um sujeito artificial, uma criação que está sobre e entre todos os sujeitos, apresentando-se, portanto, mais completo em suas atuações e, por conseguinte, mais efetivo em suas transformações e metodologias sociais dentro da realidade que pretenderá interferir, com o fim principal de assegurar o bem-estar comum.

Esta visão personalíssima apresenta-se em congruência com o pensamento de Rousseau, o filósofo iluminista que compreendeu que, as ações que determinam a formação e a manutenção de um Estado, em todas as suas formas expressivas e a relevância de sua apresentação, somente poderia ser possível, se fosse o resultado de um esforço coletivo, em que cada um dos sujeitos componentes desse Estado, abre mão de suas próprias capacidades (Direito Natural), para que desse espaço à intervenção e segurança proporcionada por este ente criado com a finalidade de assegurar a proteção necessária a todos os indivíduos (ROUSSEAU, 2000, p. 200).

Assim, ao confirmar o poderio do Estado democrático de direitos, o legislador brasileiro de 1988, incluiu, no texto constitucional, o artigo quinto e todos os seus derivados, que permitem, entre outros elementos, assegurar as capacidades individuais, regulam as relações que existem na sociedade e permitem que todos os sujeitos possam desenvolver mecanismos que contribuam para uma perspectiva de vida plenamente harmoniosa. Neste sentido, o Estado democrático de Direitos no Brasil, permite não apenas que haja um justo processo legal (o processo deixa de ser um fim em si mesmo), mas também que o acesso à justiça, e a todos os mecanismos determinantes da singularidade da capacidade dos sujeitos de desenvolver suas habilidades como cidadãos, possa se expressar.

O princípio isonômico no país é o principal fruto desse Estado democrático de direitos, porque permite que os sujeitos possam determinar-se e transformar as suas próprias capacidades, a partir de modelos de estruturas iguais, ao menos em tese, para o desenvolvimento de todas as suas habilidades. É essa nova percepção do Estado que possibilita, entre outros, o entendimento de que a humanidade, e não o indivíduo, é que é a fonte e o fim de toda construção legal. Este conceito apresenta similaridades e pode ser associado a outro, também de extrema relevância para a construção contemporânea no Direito brasileiro.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A INFLUÊNCIA DA PRINCIPIOLOGIA NA TEORIA DA PENA

Durante toda a formação estatal, as formas de gerência deste ente recém criado – o Estado – para fins de administração dos recursos públicos, foram estipuladas diversas formas possíveis para a construção dessa nova estrutura administrativa.

Em primeiro, as monarquias e oligarquias trabalhavam com as instâncias do poder, sem que houvessem preocupações sobre a sua conduta, e, portanto, sem que houvesse qualquer esforço em desenvolver a transparência das suas administrações. Estes modelos incipientes tinham por principal característica, justamente a ausência de preocupações com o aspecto, social, por isso mesmo, tão logo a sociedade tornou-se complexa e os instrumentos de garantia do poder (terra, títulos) foram substituídos (capital), houve um sério cisma em relação à monarquia, e a mesma veio por terra (SCHIMIDT, 2000, p. 190).

O fim da monarquia, entretanto, não se relacionou com o surgimento de modelos de gestão estatal baseada em um princípio de bem-estar comum, como os ideais da Revolução Francesa priorizaram inicialmente. Ao contrário, as formas de assunção aos cargos públicos, mesmo as que deflagravam-se pela via do voto, tornaram-se mecanismos de poder que poderiam ser facilmente subvertidos, comprovando que, a ausência de um regime monocrático não significava o sucesso do Estado na via política. Surgem as primeiras constituições no mundo.

A primeira tentativa de iniciar um processo de unificação legal, que culminaria com a intenção principal de controlar o poder desempenhado pelos sujeitos que têm como missão o controle da realidade política de determinada sociedade foi realizada na Inglaterra.

A Carta Magna inglesa nada mais era do que simplesmente uma compilação de leis já existentes, que versavam por inúmeros temas que eram considerados relevantes na sociedade da época. Isto posto, a situação verificada na realidade daquele Estado serviu de inspiração para que, em 1787, a primeira constituição moderna fosse promulgada. A Constituição Americana trouxe para o Novo Mundo, as Américas, o sentimento de igualdade e de liberdade que nortearam os primeiros cidadãos na França a desenvolver uma revolução.

Assim, com estes primeiros documentos legais (até a primeira constituição) gerou a ideia contemporânea de Constitucionalismo. Para compreender o Neoconstitucionalismo, mister se faz que se compreenda que o constitucionalismo é uma ideia da contemporaneidade:

Em conceito moderno, delineado por Denise Auad, o constitucionalismo significa um “movimento político e ideológico de luta contra o Absolutismo” ou, ainda, segundo Luís Roberto Barroso, a “limitação do poder e supremacia da lei”. Neste desiderato, a doutrina costuma dividi-lo sob dois prismas: em sentido amplo, seria o “fenômeno relacionado ao fato de todo Estado possuir uma constituição em qualquer época da humanidade”; enquanto que, em seu sentido estrito, o termo tem sido definido como a “técnica jurídica de tutela de liberdades, surgida nos fins do século XVIII,

que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escritas, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio” (D’ALMEIDA, 2013, p. 01).

Ambas as colocações acerca do constitucionalismo propostos pelo autor podem ser considerados coerentes. A realidade demanda que haja uma luta constante não apenas contra o absolutismo, como teoria de gestão estatal, mas também torna-se necessário que esta nova percepção tem que assegurar a continuidade e a estabilidade do Estado. Isto posto, considera-se também que a lei siga uma linha própria para a constituição da sua própria ideologia e identidade. Assim a questão da proteção das liberdades, que antes eram integradas às leis já vigentes, transferem-se para a Constituição como emanador principal dessa tutela. Ao mesmo tempo em que não se limita, proporciona também uma realidade específica em que se pode também ampliar os sentidos de sua construção em âmbito social.

O neoconstitucionalismo é a extensão desse primeiro elemento. Para D’almeida (idem, p. 01), a própria perspectiva constitucional não é cem por cento nova. Ela advém de um largo processo de evolução histórica, também. Isto porque esta metodologia de análise permite uma mais assegurada forma de permanência de um limiar comum na formação jurídica do Estado. Para o autor, há pelo menos 3.000 anos antes de Cristo, já havia um primitivo senso de organização constitucional, traduzida como constitucionalismo primitivo; o constitucionalismo antigo, formado por leis diversas de ordem estatal sobre temas como liberdades sociais e proteção do cidadão, surgem até o século VI da nossa era; o constitucionalismo medieval abrange o século V até o século XV, e a influência jusnaturalista ainda é uma constante nesses novos modelos, a divisão de classes se torna ainda admissível; esta admissibilidade permanece até o século XVIII, quando se imperar o constitucionalismo moderno. A partir do século XVIII, segundo o autor, existe o constitucionalismo contemporâneo. Na sua premissa de análise, o autor afirma ainda que é possível considerar que este fenômeno é dinâmico e que, portanto, está em constante transformação.

O Neoconstitucionalismo é mais uma dessas nuances desse processo de amadurecimento da instituição das constituições no mundo. Gomes (2014, p. 01) afirma que o neoconstitucionalismo é:

Neoconstitucionalismo trata-se de um movimento teórico de revalorização do direito constitucional, de uma nova abordagem do papel da constituição no sistema jurídico, movimento este que surgiu a partir da segunda metade do século XX.

O neoconstitucionalismo visa refundar o direito constitucional com base em novas premissas como a difusão e o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e a força normativa da constituição, objetivando a transformação de um estado legal em estado constitucional.

A constituição, nessa nova premissa, seria, portanto, a medida ideal de todos os enunciados jurídicos contemporâneos. Suas principais metodologias de análise, assim como as premissas de proteção da pessoa humana, permitem que haja uma constante transformação dentro deste mesmo paradigma, reconhecendo, dessa forma, que os sujeitos que formam a comunidade protegida pela constituição devem ser o foco da ação do legislador. Esta construção jurídica encontra-se em uma condição constantemente mutável, influenciada pelos movimentos sociais e contextuais que estão apresentados no decurso da história, funcionando então como interpretes desses novos tempos.

O neoconstitucionalismo é um movimento de vanguarda, seu desenvolvimento e aplicação estão constantemente em transformação, resultado, principalmente, da ideia de um Estado cada vez mais voltado à percepção do sujeito como elemento basilar das estruturas estatais. Isto posto, é essencial que se compreenda que a formação desses elementos está constantemente condicionado à formação dos valores sociais, que, por sua vez, são traduções dos movimentos que a sociedade desenvolve em prol de melhorias comuns aos sujeitos.

3 O GARANTISMO JURÍDICO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PENAL

Uma das principais características das constituições contemporâneas, o garantismo foi incluído no rol das palavras jurídicas apenas nos anos de 1970. Ele se destaca em meio a um processo de redefinição social e política, de forma a determinar de maneira segura os elementos que mantêm-se dentro de uma linha conjunta com os modelos jurídicos europeus e que, no contexto americano, começaram a se desenvolver de forma bastante conflituosa.

A palavra “garantismo”, entretanto, já foi utilizada anteriormente como determinador de uma característica bastante negativa: a de que os elementos que se mantêm como garantidores da estrutura garantista encontram-se diretamente ligados à corrupção, ao erro, quando, na verdade, o garantismo, dentro do novo modelo constitucional vigente, surge como alternativa às problemáticas histórico-sociais desenvolvidas a partir dos elementos de formação dos Estados modernos.

Muito embora a expressão garantismo possa remeter o leitor ao século XVIII — e, mais especificamente, ser associada à figura de Mario Pagano, para quem o garantismo seria, de fato, uma doutrina voltada à limitação da discricionariedade potestativa do juiz — ou, ainda, aos neologismos do século XIX, sua incorporação no universo jurídico é, com efeito, bem mais recente, conforme sinaliza Luigi Ferrajoli em entrevista concedida a Gerardo Pisarello e Ramón Suriano, em 1997, na Universidad Carlo III de Madrid: “A palavra garantismo é nova no léxico jurídico. Ela foi introduzida na Itália, nos anos 70, no âmbito do direito penal. Todavia, acredito que possa ser estendida a todo o sistema de garantias dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o garantismo é sinônimo de Estado Constitucional de Direito” (TRINDADE, 2015, p. 01).

Essa transformação na acepção do termo, na sociedade contemporânea, está alinhada com o pensamento social de assistência do Estado por parte de todos os seus mantenedores sociais.

Além desta perspectiva, torna-se possível antever que existem diversas estruturas sociais envolvidas. Assim, o garantismo dentro da ordem jurídica contemporânea apresenta-se como o esforço do Estado no sentido de desenvolver metodologias e perspectivas de trabalho quais, que permitam a todos os cidadãos a assistência necessária dentro do contexto esperado para que se torne possível e verificável a proteção de todos os cidadãos que convivem sob a mesma égide jurídica.

Ao propor esta nova percepção, fica evidente que o garantismo perde, dentro das necessidades apontadas pelos novos modelos apresentados na estrutura contemporânea, o aspecto negativista que antes possuía, tornando-se dessa maneira mais plenamente engajado na sua função principal, qual seja a de transformar os elementos modeladores dos contextos sociais, permitindo a todos as mesmas oportunidades coletivamente. Isto impacta diretamente sobre a perspectiva isonômica, ao aparar as arestas sociais que apresentam-se desfavoráveis a alguns sujeitos, tornando-as possível de convivência a outros ou a outras parcelas populacionais.

Nesta perspectiva, soma-se, portanto dentro do mesmo instituto a tarefa de assegurar a soberania e, ao mesmo tempo, permitir uma construção social mais plena, voltada, principalmente ao reconhecimento dos valores envolvidos na formação social dos indivíduos.

Para Stipp (2015, p. 01),

O Garantismo se vincula, portanto, ao conceito de Estado de Direito, modelo jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder estatal. Evidentemente é possível o trato de distintas classes de garantismo em função do tipo de direito subjetivo a que esteja orientado a proteger. Histórica e culturalmente, o garantismo surgiu como teoria e prática jurídica direcionadas à defesa dos direitos de liberdade. Por ser o poder do Estado o que mais restringe ou ameaça a liberdade pessoal, o garantismo se desenvolveu como garantismo penal. Este é o campo emblemático do garantismo. Ele

nasce representando a base da filosofia liberal que retira do saber jurídico – comprometido com a defesa da liberdade – a necessidade de minimizar a violência exercida pelo poder punitivo do Estado: as garantias penais e processuais são as técnicas para tornar efetiva essa exigência de redução de violência e domínio punitivo. As garantias penais (taxatividade, materialidade, estrita legalidade, princípio da ultima ratio, etc) afetam a configuração legal do delito e tendem, inclusive, a reduzir a esfera de atuação do próprio Poder Legislativo naquilo que ele possa sancionar (a esfera dos delitos) e imputação de penas. As garantias processuais (presunção de inocência, contraditoriedade, paridade de armas, in dubio pro reo, ônus da prova, publicidade, juiz natural, devido processo legal, etc) afetam a comprovação judicial do fato punível e procuram reduzir ao máximo o arbítrio de quem desempenhe as tarefas estatais (STIPP, 2015, p. 01).

Portanto, o garantismo, dentro do novo Estado de direitos, percebido pela perspectiva neoconstitucionalista é importante condão do processo de transformação da sociedade existente para a sociedade ideal, tal como propunham os antigos em suas teses sobre a sociedade e a sua dinâmica. Portanto, compreender os limites do garantismo não é o elemento diferenciador na percepção da sua prática, ao contrário, o momento jurídico contemporâneo permite uma percepção mais consolidada do garantismo, no sentido de permitir a sua aplicação do que, essencialmente, na interpolação dos meios que o tornem limitados.

Convém, portanto, perceber que as construções jurídicas iniciadas com o processo de desenvolvimento do processo de amadurecimento social decorrente da melhoria na percepção dos elementos que formam o contexto da sociedade em que se vive contemporaneamente, o constitucionalismo como instituição, forma uma importante corrente que se desenvolve em uma atividade política legitimada pela necessidade de ordenamento social, em um segundo momento, o constitucionalismo apresenta-se como uma alternativa à monarquia e, mais maturadamente, o neoconstitucionalismo corresponde a uma demanda mais amadurecida do status de desenvolvimento da sociedade como um todo.

Dentro desse prisma, entretanto, percebe-se que a perspectiva da proteção do Estado sobre os seus cidadãos não pode cessar. É nesse momento histórico que se assenta a ideia de garantismo.

Enquanto sistema de proteção de bens e direitos, o garantismo se presta a ser estendido a todo o âmbito de direitos das pessoas e não apenas àqueles afetados diretamente pelo poder punitivo do estado. Vale dizer, podemos falar de uma “teoria geral do garantismo”, cujo referente é, sem sombra de dúvidas, a obra de Luigi Ferrajolli, *Direito e Razão*. Na medida em que as constituições positivam direitos fundamentais e fazem deles um vínculo restritivo ao poder estatal, essa teoria geral mostra ser a própria teoria do Estado Constitucional de Direito.; vale dizer, a que inspira e promove “la construcción de las paredes maestras del Estado de derecho que tienen por fundamenteo y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrário del poder” (Bobbio, 1989, p. 13). Por isso, o garantismo não é simples legalismo; ou melhor, não é compatível com

a falta de limitação jurídica do Poder Legislativo, pois a mera sujeição do juiz à lei pode conviver com as políticas mais autoritárias e anti-garantistas (STIPP, 2015, p. 01).

Abordar o garantismo é, ao mesmo tempo, reconhecer, em sentido amplo, os direitos como parte de uma universalidade que se compromete e se constrói apenas pela coletividade, representando-se essencialmente como parte do arcabouço sociohistórico que forma a atual cultura política e jurídica moderna. A realidade, em todos os aspectos, traduz na Constituição a medida jurídica ideal para a formação dos elementos que formam o Estado moderno e, nele, o principal dos valores traduzidos na constituição: o da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão dos argumentos elencados neste estudo, podem ser apresentadas as seguintes notas conclusivas:

Em relação aos princípios isonômicos mencionados dentro do contexto da configuração social que o legislador de 1988 apresenta, o instituto da prisão especial, como se encontra, não atende mais a perspectiva jurídica da proteção dos elementos que baseiam a ideia da proteção da pessoa, que deriva, dentre outros motivos, do fortalecimento dos valores principiológicos dispensados aos cidadãos, não condizendo assim, tal espécie de prisão processual à realidade social contemporânea, dessa forma, convêm que haja um condicionamento na forma de o legislador encarar o quadro legal e a aplicabilidade desse instituto para que esses valores, elementares nas Nações Civilizadas, produzam seu desiderato.

Assim, ao estabelecer, por critérios meritocráticos esparsos, sem a perspectiva justificada em elementos realmente fáticos, específicos e que reflitam a igualdade, o legislador se transforma em uma espécie de sedimentador de vetores sociais, cujo processo de sedimentação sequer encontra, no interesse da coletividade, um efetivo valor que justifique tal forma de abordagem pelo Estado deste instituto nos termos em que se encontra.

As iniciativas apresentadas com o fito principal de promover as mudanças necessárias que adequem esta espécie de prisão, principalmente no que tange a sua aplicabilidade, à nova perspectiva Neoconstitucionalista, refletem a necessidade iminente de respeito às normas, princípios e

valores estabelecidas pelo Constituinte Reformador, que materializa esta nova visão na Carta Cidadã de 1.988.

Conclui-se que, sob essa nova conjuntura contemporânea, não faz sentido criar grupos ou sub-grupos de sujeitos, que, pela escolha do padrão profissional social apresentado, passem a ser “merecedores”, no decurso do processo penal, de um status diferenciado de tutela pelo Estado. A prisão especial, como elemento integrante da problemática inerente ao processo penal, deve atender a um fim, qual seja, especificamente a tutela da vida e integridade física e psíquica do preso processual, garantindo assim que este mesmo processo devido seja exaurido e que ao final, caso seja condenado por uma decisão transitada em julgado, possa esse mesmo preso iniciar cumprimento da sua pena em plenas condições físicas e psíquicas para que ao final possa ser reintegrado à sociedade pois esse é um dos objetivos elementares da pena, a ressocialização, sendo vedado a perpetuidade destas na Constituição Federal da República.

Não obstante, quando o legislador reconhece, em modalidades específicas, a concessão das prisões especiais a apenas a um número restrito de pessoas, dentro de um rol específico, reconhece, automaticamente, posturas que não devem ser admitidas na égide jurídica de um país cujo trabalho de aplicação das leis se baseie, essencialmente, no reconhecimento da isonomia entre os sujeitos, agindo por padrões que estão situados em um contexto anacrônico dentro da realidade social brasileira.

É imperioso que essas mudanças comecem a diluir as posturas prejudiciais que destroem diuturnamente a credibilidade da justiça brasileira. Na verdade, esta necessidade se encontra cada vez mais enraizada no aspecto constitutivo da natureza social que está situada por trás dos elementos fundamentais da natureza complexa que se percebe por trás do Direito na contemporaneidade social do país.

Resta, portanto, reconhecer a importância dos esforços no sentido de priorizar, o implemento dessas adequações legais para que, a proteção social do cidadão possa ser alcançada também pela prisão especial, e que esta venha ser elemento de garantidor e não sedimentador de direitos.

Dessa forma, é mais sensato estabelecer critérios baseados na proteção do cidadão, assim, ao tornar mais acessível ao contexto comunal o instituto da prisão especial, o legislador nada mais faz do que materializar a tutela estatal da proteção à vida bem como dos valores decorrentes dos princípios constitucionais regedores da Nação.

Conclui-se portanto, que foi, e continua sendo um erro cometido pelo Estado o ignorar a iniciativa de reforma do controle dos critérios para a concessão da prisão especial, principalmente pelo aspecto amplamente parcial representado pelos modelos atualmente vigentes, o que fere o elemento isonômico necessário para a credibilidade e segurança jurídica dentro do atual Estado estabelecido pelo legislador de 1988.

Por fim, estas alterações ventiladas pelo Senado da República, apesar de terem sido rejeitadas, são mais adequadas ao Direito Constitucional moderno, pois o modelo do dispositivo legal atual é extremamente arcaico, preconceituoso, discriminatório e demasiado seletivo, que confere de forma clarividente privilégios à alguns indivíduos em detrimento da grande maioria do povo, postura esta que, com o devido respeito às opiniões em contrário, não condiz com os axiomas determinantes da Carta Cidadã de 1988, muito menos com a importância, o alcance e profundidade que deve ser dado ao Princípio da Isonomia.

Restringir o Instituto da Prisão Especial, apenas aos casos em que houver risco à vida ou à integridade física do preso processual, é acabar com o ranço de privilégios que ainda regem determinados dispositivos legais no Ordenamento Jurídico Pátrio que favorecem classes específicas deferindo direitos que deveriam ser estendidos à todos os membros da Nação, concretizando com fidelidade aquilo que fundamenta a Democracia em um Estado isonômico, ou seja, a igualdade entre seus cidadãos que encontra-se expresso em nossa Carta Magna.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo, Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Último acesso em 25 de maio de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Último acesso em 25 de maio de 2015.

D'ALMEIDA, Thiago Mello. **Neoconstitucionalismo**: origens e aspectos relevantes. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25205/neoconstitucionalismo-origens-e-aspectos-relevantes>>. Último acesso em 17 de dezembro de 2015.

Jadson Correia de Oliveira | Tarcísio Gomes Firmino

GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por neoconstitucionalismo?**. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1764534/o-que-se-entende-por-neoconstitucionalismo-leandro-vilela-brabilla>>. Último acesso em 17 de dezembro de 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo, Cia das Letras, 2000.

SANTOS, Adairson Alves dos. **O Estado democrático de direitos**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143&revista_caderno=9>. Último acesso em 17 de dezembro de 2015.

SCHIMIDT, Mário. **História**. São Paulo, FTD, 2000.

STIPP, Álvaro. **Garantismo**. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>>. Último acesso em 17 de dezembro de 2015.

TRINDADE, André Karam. **Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>>. Último acesso em 17 de dezembro de 2015.