



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

RAMON VERNAY LOPES

**A EFICÁCIA DA LEI Nº 12.403/11 FRENTE AO RECRUDESCIMENTO
DA SUPERLOTAÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

**Brasília
2013**

RAMON VERNAY

**A EFICÁCIA DA LEI Nº 12.403/11 FRENTE AO RECRUDESCIMENTO
DA SUPERLOTAÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof^a Larissa Maria de Melo Souza.

**Brasília
2013**

**A EFICÁCIA DA LEI Nº 12.403/11 FRENTE AO RECRUDESCIMENTO
DA SUPERLOTAÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

RAMON VERNAY LOPES

BANCA EXAMINADORA

.....
Prof.^{ta} Larissa Maria de Melo Souza
Orientadora

.....
Examinador

.....
Examinador

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, a Deus por ter fortalecido o meu caminho para a construção desta pesquisa, aos meus pais, Henrique Lopes de Jesus e Ana Gomes Vernay da Silva, pela enorme compreensão, e incentivo. A minha querida irmã, Renata Vernay Lopes, pelas dicas e carinho.

Aos meus verdadeiros amigos por compartilharem comigo o sentimento dessa conquista, pela cumplicidade e ajuda.

Aos professores que tive ao longo de todo o curso, especialmente a professora Larissa Maria de Melo Souza pela notória dedicação, incentivo e sabedoria.

“O fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo, a luta. O direito não é uma simples ideia, é uma força viva.

Por isso, a Justiça sustém numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende.

A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito.

Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a Justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.”

(Rudolf Von Ihering)

RESUMO

Este trabalho teve como temática principal tratar sobre a superlotação de estabelecimentos prisionais com presos provisórios e se, a partir da criação da Lei das Medidas Cautelares nº 12.403/11, foi possível reduzir-se os índices desses à espera dos julgamentos ou se houve excesso de prazo. O objetivo principal foi colher dados para a identificação e análises capazes de aferir se as medidas cautelares tornaram menos recrudescentes esses números e se essas são eficazes. Especificamente, mostrar os conceitos de prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória; analisar os aspectos aplicáveis das medidas cautelares nos requisitos da necessidade e da adequabilidade; fazer o levantamento da população carcerária em regime de prisão provisória entre os anos de 2006 a 2012 do estado de Goiás e do Distrito Federal; analisar se houve recrudescimento, estagnação ou depreciação dos números de presos em regime de prisão provisória com medida cautelar. A metodologia utilizada foi quali-quantitativa, pois envolveu revisão bibliográfica dos pressupostos teóricos e legais; análise dos dados sobre a população carcerária e a dos presos provisórios, roteiro de entrevista semiestruturada para dois diretores de duas unidades prisionais do Distrito Federal e do estado de Goiás para averiguar *in loco* sobre as ações serem efetivas ou o que pode ser feito para melhoria do sistema carcerário. Os resultados levantados apontaram que houve recrudescimento da população carcerária em outros tipos de prisão, bem como a de presos provisórios. Pelas análises, ficou evidente que não houve eficácia da Lei de Medidas Cautelares serem benéficas para depreciação desses números em virtude de haver ineficácia, por parte do Estado, em aparelhar-se e prover melhor infraestrutura, evidenciando que a lei, por si só, em sua aplicabilidade, não é capaz de sanar os problemas de superlotação do sistema carcerário. No Distrito Federal, o número de presos provisórios em relação ao estado de Goiás provou-se ser menor, contudo, não afasta também que deve-se buscar melhorias para a prática da lei buscando melhorias em investimentos financeiros, administrativos, políticos e sociais para a gestão eficaz. Esses objetivos de melhoria da gestão poderão ser alcançados a partir de ações como mais mutirões carcerários, que mostraram ser eficientes, dando celeridade ao processo, investimento em recursos humanos, Defensorias Públicas mais ágeis, assistência gratuita, aplicação dos princípios norteadores das penas, haja vista a discrepância havida na análise de julgados, fazendo com que a Justiça Penal insira-se definitivamente numa era moderna e avançada e não somente atendo-se à aplicação da literalidade da lei e mudando de forma definitiva os instrumentos legais punitivos por coercitivos pela mínima intervenção possível.

Palavras-chave: Lei nº 12.403/11. Medidas Cautelares. Prisão Provisória. População carcerária.

ABSTRACT

This work had as main theme handle on overcrowding and pretrial detainees, from the creation of the Provisional Measures Law No. 12.403/11, it was possible to reduce the indices of those waiting for trial or whether there was excess term. The main objective was to collect data for the identification and analysis able to assess whether the precautionary measures become less recrudescence these numbers and if these are effective. Specifically, show the concepts in prison, precautionary measures and provisional release; analyze aspects of the applicable requirements of the precautionary measures requirement and suitability; survey the prison population under provisional arrest between the years 2006 to 2012 the state of Goiás and the Federal District; analyze whether there was a worsening, stagnation or depression of numbers of prisoners under provisional arrest with injunctive relief. The methodology was qualitative and quantitative, as it involved a literature review of the theoretical and legal; analysis of data on the prison population and of pretrial detainees, semi-structured interviews to two directors from two prisons in the Distrito Federal and the state of Goiás to ascertain in loco on the actions to be effective or what can be done to improve the prison system. The results collected indicated that there was a worsening of the prison population in other types of prison, as well as of pretrial detainees, confirming the increase in violence in numbers much higher than the growth of the general population. By analysis, was that there was no effective evidence Law Injunction be beneficial for depreciation of these numbers, because there ineffectiveness on the part of the State, to equip and provide better infrastructure, showing that the law alone in its applicability is not able to solve the problems of overcrowding in the prison system. In the Distrito Federal, the number of pretrial detainees in relation to the state of Goiás proved to be minor, however, does not exclude that also must seek improvements to the practice of law seeking improvements in financial investment, administrative, political and social rights for effective management. These aims of improving the management may be achieved from actions as more clustering prison, which proved to be efficient, giving speed up the process, investment in human resources, Public Defender more agile, free assistance, application of the guiding principles of feathers, given the discrepancy occurring in the analysis judged, causing the Criminal Justice insert is definitely a modern era advanced and not only in keeping with the literal application of the law and permanently changing the legal instruments for punitive coercive intervention by the minimum possible.

Key word: Law No. 12.403/11. Precautionary Measures. Provisional Prison. Inmate population.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O DIREITO PENAL MODERNO E AS BASES TEÓRICAS REPRESENTATIVAS DESSA EVOLUÇÃO	14
1.1 Conceitos sobre a Criminologia, Política Criminal e Direito Penal	15
1.1.1 A ciência da Criminologia.....	15
1.1.2 O antagonismo da Criminologia como ciência.....	18
1.2 As várias linhas teórico-filosóficas e pragmáticas	20
1.2.1 Linhas reducionistas	20
1.2.2 Críticas às associações entre o abolicionismo e o minimalismo	24
1.2.3 Linhas punitivistas.....	26
1.2.4 Críticas às teorias punitivistas	29
1.2.5 As mudanças necessárias para um Código Moderno	30
1.3 Os Princípios Norteadores da Pena	30
2 ASPECTOS LEGAIS DA PRISÃO E OS EFEITOS DAS MEDIDAS CAUTELARES DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS – PMA’s.....	36
2.1 O Processo Penal e a Prisão Irregular.....	36
2.1.1 Do prazo razoável.....	37
2.1.2 Supremacia igualitária e o direito geral de igualdade.....	40
2.1.3 Atos e efeitos da Execução Penal	42
2.2 Penas e Medidas Alternativas no Sistema Penal Brasileiro	45
2.2.1 Fatos históricos.....	46
2.2.2 O que são as medidas cautelares.....	47
2.2.3 Mudanças das medidas cautelares provocadas pela Lei nº 12.403/11	48
2.2.4 Alguns benefícios das medidas cautelares.....	50
2.3 Comentários Conclusivos	57
3 ANÁLISE DO PANORAMA CARCERÁRIO	59
3.1 Resultados e Discussão dos Dados.....	59
3.2.1 Aspectos do Sistema Carcerário para presos provisórios do Distrito Federal.....	59
3.2.2 Aspectos do Sistema Carcerário para presos provisórios de Goiás.....	63
3.2 Discussão e Análise das Entrevistas	67
3.3 Discussão e Análise dos Precedentes e a Jurisprudência	69

3.3.1 Precedente do Distrito Federal	69
3.3.2 Precedente de Goiás.....	72
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS	78
APÊNDICES	83

INTRODUÇÃO

Em um breve relato sobre o panorama carcerário mundial em que se configura o Brasil, esse só perde para países como os Estados Unidos, que detém o primeiro lugar, e a China, o segundo lugar. Na América do Sul, o primeiro lugar pertence ao Brasil. Em junho de 2012, segundo informações colhidas no censo penitenciário do InfoPen, o número da população carcerária havia atingido a marca de quase 550 mil presos em que, pelos índices realizados em pesquisa, 35% dessa população encontrava-se em caráter provisório à espera de julgamento por medidas cautelares (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012).

É nesse quadro populacional existente hoje no cenário brasileiro em que se pode observar o aumento gradativo da criminalidade, da ineficiência do aparelho estatal em coibir a corrupção, dos custos do encarceramento, além da superlotação carcerária e da adoção de medidas repressivas que se têm mostrado insuficientes (OSP, 2013).

Nos achados estatísticos, e nas situações reais apresentadas, restou comprovado a ineficiência do sistema de justiça criminal, em que são “constatados inúmeros problemas em todos os campos, dentre eles: superpopulação, lixo e ratos nas prisões, péssimas condições de saúde, escassez de técnicos e defensores”, entre outros (OSP, 2013)¹.

Houve, ainda, achados sobre presos que estão em liberdade sem data de julgamento ou acusados ilegalmente e que estão presos, excesso de prazo da prisão cautelar ou de execução, além de presos provisórios ao qual excedeu-se o tempo da pena exorbitantemente. É o que foi visto no Observatório de Segurança Pública (OSP, 2013) referente à CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) do Sistema Carcerário em que o Relator Deputado Federal Domingos Dutra (PT/MA), ainda em 2008, apresentou os resultados finais do relatório. Além disso, enfrenta-se um recrudescimento dos dados achados em 2008 para 2012, em que naquele ano, o índice de presos à espera de julgamento era de 30% e, em 2012, já encontrava-se no patamar de 35%, conforme informado acima.

Em uma era de revolução tecnológica, há a necessidade premente de atualização e aperfeiçoamento dos institutos para inserirem-se num conceito mais abrangente que se tem levado à globalização. Nessa ordem, cabe também ao ordenamento jurídico inserir-se nesse contexto, visando, sobretudo, por seus legisladores, buscar com mais efetividade restaurar a

¹ Conclusão do Relatório Geral do Programa Mutirão Carcerário realizado pelo Conselho Nacional de Justiça no período de agosto de 2008 a dezembro de 2010.

ordem sem vilipendiar os direitos dos cidadãos que encontram-se à margem da sociedade, devolvendo-lhes, além da liberdade, o direito de reinserção de forma mais justa e humanitária a partir dos preceitos fundamentais erigidos da Constituição de 1988 sobre as garantias dos direitos universais do cidadão.

Urge buscar utilizar alternativas para, num primeiro momento, sanar algumas dificuldades por parte do Estado em manter a ordem e o equilíbrio em um contexto tecnológico e mais moderno no que diz respeito à aplicação da pena.

E é nessa seara que surgem as políticas públicas e os normativos infraconstitucionais, haja vista o Direito também necessitar atualizar-se com as demandas de uma sociedade emergente e ávida por resoluções eficazes que acompanhem o seu desenvolvimento.

Assim, insurgem no cenário do ordenamento jurídico brasileiro as medidas cautelares com a função de atenuarem-se ou sanarem-se inconsistências jurídico-legais, sendo utilizadas na fase pré-processual de execução penal, em que o acusado aguardará a decisão judicial em liberdade provisória ou em prisão preventiva quando essas atenderem aos aspectos e requisitos legais que determinam a medida cautelar aplicável ao caso concreto.

A partir desses elementos estatísticos em que se analisam números de tamanha monta, predisps-se a averiguar se as medidas cautelares puderam, a partir do sancionamento da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, se fazer menos recrudescente esses índices em que pese os seus aspectos mais liberativos e flexíveis.

Já especificamente, mostrar os conceitos de prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória; analisar os aspectos aplicáveis das medidas cautelares nos requisitos da necessidade e da adequabilidade; fazer o levantamento da população carcerária em regime de prisão provisória entre os anos de 2006 a 2012 do estado de Goiás e do Distrito Federal; a partir desses dados, analisar se houve recrudescimento, estagnação ou depreciação dos números de presos em regime de prisão provisória com medida cautelar.

Essas análises acerca do arcabouço legal, bem como do indicador numérico sobre a população carcerária em regime de prisão provisória propiciará um panorama crítico acerca da efetividade das medidas cautelares e do respaldo legal para se comprovar ou não se essas vieram vincular autenticamente a individualização da pena, ou aplicar-se apenas a literalidade da lei.

A metodologia utilizada no trabalho de pesquisa compreendeu analisar os dados referentes ao sistema carcerário entre os anos de 2006 e 2012 e, além desses, foi necessária a investigação por meio de entrevistas aos diretores dos presídios provisórios ou de unidades carcerárias específicas com a finalidade de conhecer a realidade diretamente na fonte primária

e, por fim, coube analisar juridicamente os atos de julgados vistos na jurisprudência buscando confirmar as hipóteses inicialmente traçadas para responder ao objetivo da investigação.

Para tal, optou-se, primeiramente, pela pesquisa etnográfica que busca, como uma das ciências humanas como a antropologia cultural e etnologia, não podendo ser dissociada dessas, segundo visto em Rodrigues (2008), que objetiva estudar uma comunidade ou seus aspectos fundamentais, suas especificidades a fim de conhecer a realidade de um determinado grupo a partir de trabalhos de campo, da observação direta e recolhimento dos fatos que compõem esse universo distinto condicionado por um observador e um observado. De acordo com essa autora, encontrou-se em Rocha et al (2005, p.3) a explicação que fundamentou seu conceito a partir da análise do trecho:

A etnografia possui características básicas, tais como: ênfase na exploração da natureza de um fenômeno social particular; entrevistas em profundidade; observação participante; análise de discursos de informantes; investigação em detalhe; perspectiva microscópica; e interpretação de significados e práticas sociais, que assumem a forma de descrições verbais. Ademais, pode-se destacar como traço mais marcante do estudo etnográfico, a investigação por dentro da realidade de um grupo, sendo o conhecimento científico gerado a partir do ponto de vista do outro (ROCHA et al., 2005, apud RODRIGUES, 2008, p.10).

E uma das características principais dessa metodologia é a análise qualitativa, mas que, segundo visto nos conceitos de Vieira (2002), podem ser incorporadas outras metodologias, conforme esclarece abaixo:

A multiplicidade de pesquisas pode ser classificada quanto (a) à natureza das variáveis pesquisadas; (b) ao objetivo e ao grau em que o problema de pesquisa está cristalizado; (d) à forma utilizada para a coleta de dados primários; (e) ao escopo da pesquisa em termos de amplitude e profundidade; (f) à dimensão da pesquisa no tempo; (g) à possibilidade de controle sobre as variáveis em estudo; e (h) ao ambiente de pesquisa (VIEIRA, 2002, apud RODRIGUES, 2008, p.11).

Sendo assim, também foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica e exploratória baseando-se nos fundamentos vistos em Vergara (2005), que se caracteriza por uma pesquisa que envolve a temática por meio de estudos de livros, artigos e materiais dispostos na *internet*.

Utilizou-se para a coleta de dados também o método observacional, o qual consistiu em obter informações após a percepção em buscar saber como foram dispostas as informações sobre o universo pesquisado, o que propiciou a busca em identificar e analisar os fatos a respeito dos objetivos traçados para a investigação social por intermédio de entrevistas aos envolvidos no processo (VERGARA, 2005).

Também pode ser caracterizada como uma pesquisa documental que teve como objeto um tratamento de primeira mão sobre os aspectos que construíram a pesquisa ao analisar na jurisprudência fatos concretos. O intuito dessa monografia foi realizar uma pesquisa também do tipo instrumental (dogmática), uma vez que há uma preocupação com a prática, além da busca de uma contribuição teórica à resolução de problemas técnicos (MONTEIRO, SAVEDRA, 2001).

Tal fato é verificado na tentativa do presente trabalho em analisar a real conformação das medidas cautelares após a sanção da Lei nº 12.403/11, do Código Penal, bem como a forma que vem sendo tratado esse dispositivo, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, para se chegar a uma aplicação que se julga mais técnica e eficaz (MONTEIRO, SAVEDRA, 2001).

Dessa feita, e de acordo com os autores acima citados, essa pesquisa é considerada como mista em virtude dos elementos que a compõe, pois, ao tentar estabelecer a teoria com a realidade, ocupou-se não apenas do objetivo (fatos), mas, sobretudo, a análise subjetiva (problema) com a intenção de traçar caminhos que conduzissem a uma solução ou mostrassem a possibilidade de aliar a teoria à técnica em busca de uma realidade que, de fato, externe a necessidade de mudança e melhoria.

O presente trabalho pretendeu conhecer a visão dos servidores dos órgãos vinculados, a respeito do conhecimento e aplicação da Lei nº 12.403/11, e de outros aspectos relacionados ao tema, sendo dois diretores de duas unidades prisionais destinadas aos presos provisórios que estão ou poderiam estar contemplados com os benefícios dessa lei e permanecem sob a custódia do Estado, aguardando julgamento, caracterizando-se por uma pesquisa de campo. Para delimitar o campo da amostra, elaborou-se um roteiro pré-estabelecido de uma entrevista semiestruturada em que foram abordadas questões que permitissem estimular o entrevistado a refletir livremente sobre o tema proposto e, com isso, obter suas percepções, opiniões, valores e crenças com a finalidade de possibilitar interpretações (VERGARA, 2005).

A partir da coleta dos dados, procedeu-se a uma análise crítica das entrevistas, em que foram contabilizados os temas mais recorrentes, destacadas as singularidades das falas, o que possibilitou estabelecer relações entre o referencial teórico, as análises de dados, as entrevistas e o cotejamento com as hipóteses iniciais desse estudo.

Para realizar a coleta de dados do universo pesquisado, além da fundamentação teórica que buscou as informações nas fontes bibliográficas, também foram consultados os dados estatísticos retirados do sistema de Informação Penitenciária (InfoPen) do Departamento

Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, por meio do acesso disponível na página institucional.

No caso da entrevista, foram feitos, inicialmente, contatos telefônicos em que foram abordados os aspectos sobre a importância da entrevista para fundamentar o trabalho de pesquisa, bem como da importância da participação do servidor público nesta. Por ser considerada a distância física, bem como as normas de segurança, o roteiro pré-estabelecido contendo quatorze questões, das quais três foram sobre dados demográficos abrangendo-se saber o nome, a carreira dentro da administração pública judiciária e o tempo em que estava à frente da direção da unidade prisional, a partir disso, o roteiro seguiu-se sobre as onze questões sobre informações pertinentes ao tema.

O roteiro foi enviado via e-mail e os entrevistados devolveram-no pela mesma via. O tempo decorrido entre a elaboração, contato, envio e devolução desse foi entre os meses de maio a agosto de 2013. A tabulação dos dados, bem como a elaboração dos cálculos e gráficos foram realizados no programa Excel, do Windows 7.

Buscaram-se, na jurisprudência, dois julgados pertinentes ao assunto, um do Distrito Federal e outro de Goiás e de forma contextual, traçou-se um paralelo de situações pertinentes tipificadas pela mesma infração e analisadas suas sentenças.

A pesquisa foi dividida em cinco partes, sendo que, na primeira parte, serão apresentados a problemática, objetivos geral e específico, a justificativa da pesquisa e metodologia empregada. Na segunda parte, apresentar-se-ão os pressupostos teóricos que fundamentaram a pesquisa, abordando-se os conceitos sobre a criminologia, as várias linhas teórico-filosóficas e os princípios norteadores da pena.

A terceira parte corresponderá a todo arcabouço histórico e legal sobre os aspectos legais da prisão e os atos e efeitos da execução penal, apresentar-se-á as definições sobre as medidas cautelares e os fatores de criação da Lei nº 12.403/11 e as mudanças a partir de sua implantação. Na quarta parte, serão apresentados os resultados para investigar o universo da população de presos provisórios no Distrito Federal e no estado de Goiás, os quais fazem parte da investigação inicial, bem como a apresentação dos resultados obtidos por meio de análises quantitativas de dados e qualitativas sobre as entrevistas realizadas e estudo de julgados. Na quinta, e última parte, apresentar-se-á a conclusão acerca de toda a pesquisa realizada.

A escolha das regiões foi feita a partir do critério da grande diferença do número de presos provisórios entre o Distrito Federal e o estado de GO e a proximidade entre o Estado e a Capital do país.

E, para a validação de um trabalho científico, é preciso que haja um sólido alicerce que sustente sua tese e não apenas a opinião de seu autor. A reunião dos dados que compõem o tema a ser trabalhado faz-se necessária para que se possa provar ou não uma determinada problemática. Espera-se que esta metodologia de trabalho alcance plenamente seu objetivo de responder ao enunciado do problema.

1 O DIREITO PENAL MODERNO E AS BASES TEÓRICAS REPRESENTATIVAS DESSA EVOLUÇÃO

Frente aos desafios do século XXI, uma nova postura dos que cuidam e tratam das aplicações da lei é requerida para se aprimorar o tratamento de acusados, presos provisórios e vítimas em um enfoque que se faz premente ao se buscarem, por meio dos avanços de leis especiais e de diplomas referentes ao direito humano internacional, a dignidade da pessoa humana (ZAFFARONI, 2007).

Segundo Zaffaroni (2007), as penas impostas à pessoa que infringiu a lei não podem descaracterizá-lo da condição humana. Nesse sentido, o Estado pode privá-lo de exercer a cidadania, mas não lhe pode retirar os seus direitos e nem categorizá-lo como coisa perigosa sem afetar o seu direito sob qualquer intervenção penal. Isso não é favor do Estado, é o seu dever de resguardar o direito de qualquer pessoa como exigência indeclinável de sua parte (ZAFFARONI, 2007).

A partir desse entendimento, o capítulo apresentado abordará os comentários de autores que tratam sobre a Criminologia e a visão teórico-pragmática que envolve a defesa de um novo Direito Penal moderno.

Tratar-se-á sobre o Estado de Direito e sobre os direitos humanos como garantia fundamental da dignidade humana em que são expressos o dever de o Estado proteger, não tão somente na literalidade da lei, mas punir de forma integralizadora, coercitiva e razoável, obedecendo-se os critérios dos princípios individuais norteadores da pena e dos direitos constitucionais garantidos.

1.1 O Direito Penal Moderno

Para se exercer o direito pleno, atualmente, em face à desordem que muitas vezes campeia a sociedade atual, o Estado precisa reverter ou conter, entre tantos outros sufrágios da humanidade, o avanço da violência e, ao tentar pulverizá-la, ou minimizá-la, e para se manter forte diante de seus protegidos, o Estado se utiliza de suas forças diretivas, ou seus poderes, como o legislativo, executivo e judiciário a fim de estabelecer a ordem, utilizando-se do Direito Penal Máximo, e demonstrando força e capacidade de gerir seus problemas, desrespeitando os direitos fundamentais de muitos, o que não corresponde à verdade e nem à realidade (BARATTA, 2002).

Vê-se, nesses comentários de Baratta que, atualmente, pelos mecanismos imprescindíveis, tais como a informação e tecnologia, que estão aí para prover mudanças conceituais em todos os âmbitos de uma sociedade moderna, o controle diretivo e punitivo do Estado, ou seja, a pena, que ainda se encontra, de forma factual, sedimentada nos conceitos de onde se originou, porquanto, do castigo e da punição, por mais que se diga que há um movimento para sua modernização, ainda não se vê grandes transformações.

Para se entender melhor esse processo, surgem, na contemporaneidade, estudos desenvolvidos em movimentos sociais e filosóficos baseados em teorias renovadoras e reformuladoras de conceitos a fim de alcançarem essas mudanças de paradigmas sobre a pena. Nessa constatação, surge a ciência da criminologia, e seu conceito será apresentado a seguir.

1.1 Conceitos sobre a Criminologia, Política Criminal e Direito Penal

A partir da evolução da humanidade, em muitas correntes filosóficas ou teóricas, o delito é considerado como uma das causas de uma sociedade desigual, sendo um grande desafio, hoje, dissociá-lo dos fatores sociais, tornando-se necessário, a partir de uma visão antropológica, descobrir como pode ser entendido o crime. Para isso, surgem concepções modernas para se tratar o fenômeno criminológico.

1.1.1 A ciência da Criminologia

Para fundamentar empírica e cientificamente esses fatores que levam à criminalidade, surge a ciência da criminologia em 1885, com Rappaport Garofalo (1851-1934), autor da obra “Criminologia”, com a finalidade principal de se identificar os atos que sedimentam a criminalidade, as causas reais do crime, e para encontrar formas que solucionem essa problemática social, o qual, junto com Lombroso e Ferri, fundamentou-se a Escola Positiva (SHECARIA; CORREIA JUNIOR, 2002).

Criminologia, segundo Aniyar de Castro (1983), pode ser entendida como uma ciência que estuda o processo que cria as normas penais e sociais associadas a um comportamento desviante, a um ato de infração e o quanto esses fatores provocaram uma reação social formalizada ou não, buscando compreender o seu processo de criação, a forma e o conteúdo que esses efeitos causaram para tal reação.

Ao contrário dessa definição, Nilo Batista (2011) apresenta um conceito de criminologia o qual esse conjunto referido por Aniyar de Castro pode ou não ter cunho

científico por ter características causal-explicativo do crime e dos criminosos, cujo objetivo pode ser questionável.

A criminologia, do ponto de vista de Aniyar de Castro (1983, apud BATISTA, 2011) engloba diversos fatores, como a sociologia do direito penal e do comportamento desviante que tenta explicar o fenômeno por meio da psicologia social correspondente; a etiologia do comportamento delitivo e desviante, que busca elementos para justificarem-se escolhas; a reação social, que instrumentaliza e impõem penas e outras medidas, bem como a análise das instituições que as executam. Nesse aspecto visto na autora, compreende-se que, a partir desse conjunto, essa ciência estuda as causas da criminalidade, os mecanismos de controle capazes de controlá-la, além de tentar entender os motivos que levaram o delinquente a delinquir, ou seja, vai da essência do problema até tentar compreendê-lo.

Conforme define Silva (2003), que a explica como sendo uma matéria que visa compreender o modo de vida social, as ações, a evolução do homem tanto em espécie como indivíduo, portanto, as bases que a constituem na esfera da filosofia, sociologia, psicologia e, principalmente, a ética, que constitui a base moral de toda humanidade e é, sobretudo, nessa moral em que se apoia o Código Penal.

Seus pressupostos essenciais buscam compreender a natureza, extensão e causas do crime em que dois objetivos primordiais a embasam: a determinação da causa pessoal ou social, assim entendido como comportamento desviante, e desenvolvimento de princípios válidos para o controle social do delito que esse comportamento desviante causou visando justificá-lo. (SILVA, 2003).

Mais profundamente, vê-se em Santos (2003), todos os ramos que a criminologia tem intrínseca a sua relação, quer seja no âmbito das ciências comportamentais ou sociais, quer sejam as ciências auxiliares quando ambas exercem a complementaridade necessária para ser caracterizada como uma ciência também.

Como visto acima sobre as várias ciências imbricadas na corrente epistemológica da criminologia, e como vários estudiosos do assunto se dedicam em aprofundarem seu entendimento, essa pode ser, sim, considerada como uma ciência social ou uma ciência pré-jurídica (SILVA, 2003).

A criminologia positivista se limita à etiologia do comportamento delitivo. Não questiona a construção política do Direito Penal em querer saber o porquê se imputam penas para determinadas condutas, nem a aparição social de comportamentos desviantes para se tornarem delituosos como a reação social quer e aprova essas representações do delito, do

desvio, da pena, e do sistema penal. E não questionando nada disso, cumpre um papel político importante, de legitimação da ordem estabelecida (BATISTA, 2011).

Baratta (2007) expõe a justificativa de Durkheim em qualificar o crime como um fenômeno social encontrado em qualquer sociedade e esse delito, ao provocar a reação social, tem a condição essencial de promover a transformação de uma sociedade por considerá-la o cerne do conflito gerado.

Enquanto a Escola Positiva representava o entendimento do crime como algo dotado de fatores antropológicos (Lombroso), sociais (Ferri) e jurídicos (Garofalo), esse considerado por muitos como iniciador da fase jurídica da Escola Positiva, a partir do 1º Congresso de Antropologia Criminal (1885) Lacassagne declarou que toda sociedade tem os criminosos que merece e associou-os a um conjunto de fatores como físicos, econômicos e sociais exaltando ainda que se a sociedade melhorasse, também deveria melhorar a vida dos humildes e das crianças como forma de se evitar o crime (DIAS; ANDRADE, 1997).

E, segundo Dias e Andrade (1997), é na própria sociedade que o crime se desenvolve a partir dos fatores sociais que o condicionam, tais como a miséria, o ambiente moral e material, a educação, a família, entre outros, sendo que o executor é caracterizado como um instrumento de ação contra essa própria sociedade, ou seja, o culpado, e esses fatores são os condicionantes para se levar à criminalidade e, a partir disso, com a criação de análise e interpretação de dados estatísticos publicados oficialmente, é que se instituiu a Sociologia Criminal.

Destacam-se ainda as ideias dessa teoria terem, além de Émile Durkheim, que se sobressaiu pela profundidade e acabamento de seus ideários futuristas, as de Karl Marx, cuja importância assinala a generalidade das teorias sociológicas ou sócio-criminológicas contemporâneas baseadas em conflito-consenso introduzidos por estes teóricos (DIAS; ANDRADE, 1997).

O controle social, segundo Molina (2002), veio enriquecer uma das vertentes da Criminologia, apesar da grande carga ideológica, mas adquire como um paradigma que expõe que o mais importante antes de se estabelecerem leis, é analisar as causas que compõem a realidade social. E isso se dá de uma forma progressiva, talvez subjetiva, e muitas vezes difícil, mas que são necessários esses elementos analíticos para se chegar ao consenso de sua praticidade e aplicabilidade em que se tem uma base constitutiva para aplicação do dogma da condição humana, a igualdade entre os cidadãos.

Daí advém os critérios, ou mecanismos de seleção das instâncias de controle social denominados como informal, que tem como agentes a família, a escola, a profissão, a opinião

pública, a religião, dentre outros, e o formal, composto por agentes como a polícia, a justiça, a administração penitenciária, o Ministério Público. O controle social formal, por meio dos seus agentes, aplica a lei, em sua literalidade, de acordo com interesses gerais nela contidos sem fugir da realidade e nem de desvios ao fim do caso concreto como orientação para estabelecer o merecimento do fato cometido e detectar quem o causou, no caso, o infrator (MOLINA, 2002).

Depreende-se desse entendimento de Molina (2002) que, por meio desses critérios puros e simplesmente aplicados, ou seja, a lei em sua essência, essa não observa os fatores causuísticos que originaram o crime, o que conduz a uma generalidade da lei.

Em suma, essa reação social associada ao controle social gera uma rotulação do indivíduo desviante e que reduz substancialmente a possibilidade de transformação desse, posto que já há a estigmatização, impedindo-o de ressocializar-se, e mais, a partir da análise sob os aspectos da criminologia sobre os grandes grupos sociais em seus aspectos e variáveis determinantes que os compõem, os grupos mais expostos são os mais pobres e são esses que efetivamente são os mais visados pelo sistema penal (MOLINA, 2002).

1.1.2 O antagonismo da Criminologia como ciência

Coadunando com Batista (2011), conforme seu posicionamento sobre a visão de a criminologia ser uma ciência ou não, Saavedra (2010) inicia sua análise a partir do pensamento de Rosseau sobre o que vem a ser a propriedade quando diz que essa se deu sobre o primeiro (fundador da sociedade civil) que determinou ser seu aquilo que poderia ser de todos e esses todos acataram como verdade por estarem em situação de inferioridade ou desconhecimento e conclui que a propriedade está no cerne da desigualdade entre os homens.

É assim, nessa analogia, que o autor tenta desmistificar a criminologia como ciência quando diz que o mesmo sentido conotativo de propriedade dessa, visto em Rosseau, pode explicar como o primeiro fundador delimitou um ‘campo do conhecimento’, a criminologia, em que alguns seguidores fortaleceram o pensamento (SAAVEDRA, 2010).

Dias e Andrade (1997), reforçam esse entendimento quando dizem que, a partir dos fundamentos do positivismo como ciência, a criminologia tomou para si o *status* de ciência também por incorporar os critérios metodológicos e epistemológicos do ‘positivismo latente’ cujo objetivo é definir o ‘objeto’ e o ‘método’, características principais desse positivismo sugerido pelos autores.

Saavedra (2010) destaca que não se pode deixar de considerar a criminologia como um sistema simbólico, visto que essa se fundamenta num debate criminológico que é produzido e reproduzido socialmente, comparando-a a uma ideologia, e que Dias e Andrade (1997) reforçam a definição de que essa ideologia é o conjunto de apropriação de determinadas estruturas e funções de um grupo em que há os especialistas que detêm a concorrência pelo monopólio pela competência mais assertiva e os que se apropriam disso, no caso, os não-especialistas.

Isso posto, Saavedra (2010) concluiu que, a partir da história do pensamento criminológico, há um embate entre os especialistas para se confirmar o que lhes é mais apropriado sobre o saber criminológico, que já possuiu vários donos, e que pode ser compreendido sempre ao surgirem novas ideologias, essas se põem contrárias e críticas às já existentes, com o objetivo único de definição do 'objeto' e o 'método' como uma apropriação indevida do 'positivismo latente' por uma necessidade de distinção.

Ignora-se, portanto, a possibilidade de se extraírem mais entendimento acerca do fenômeno criminológico, de forma compartilhada, em que se podem ampliar os aspectos mais significativos desse como a violência, os mecanismos de punição e o controle social para se entender, ampliar e fundamentar esse fenômeno (SAAVEDRA, 2010).

Silva (2003) aponta outro posicionamento menos crítico em relação a Saavedra (2010) ao afirmar que a criminologia se desenvolveu a partir do Direito Criminal, e de sua aplicação ampla, submetida às condições penais em que a finalidade se atinha às situações pós-delito, ou seja, ao se punir o indivíduo buscar sua recuperação, utilizando-se a mais correta aplicação do Direito Penal ao tentar desmembrar os atos e efeitos da consequência delituosa para justificar a dinâmica e motivação manifesta contrária ao que se postula como social dentro dos conceitos da vitimologia. Assim, esse autor acredita que a criminologia nada mais é do que um ramo subsidiário do Direito Criminal que deverá oferecer-lhe os normativos mais eficientes, portanto, mais modernos, antecipando-lhes as ações.

Diz ainda sobre a evolutiva dimensão do crime nos dias atuais relacionada com o que se considera normal para uma situação anormal. Contudo, não é assim que essa dita anormalidade se apresenta, pois falta justamente a evolução do Direito Criminal e de normativos que acompanhem as transformações psicossociais, dada à dinâmica e celeridade da evolução na modernidade nos sistemas de vida e colisões advindas (SILVA, 2003). E é quando se apresenta a seguir algumas das correntes da Criminologia que atualmente têm incorporado o pensamento fenomenológico do crime.

1.2 As várias linhas teórico-filosóficas e pragmáticas

Com uma visão antropológica, a partir do desenvolvimento das idéias de Lacassagne, no 3º Congresso Internacional de Antropologia Criminal, ocorrido em Bruxelas, em 1892, houve um movimento contrário às ideias dos precursores da Criminologia Clássica, qual seja a Criminologia Crítica, que assinalou o ponto de desequilíbrio da nova ciência preconizada por Lacassagne, Tarde e Durkheim. Esse movimento baseava-se na máxima de que o crime era um fenômeno coletivo, ao invés de se pautar no indivíduo, como o abordado pela Criminologia Clássica (DIAS; ANDRADE, 1997).

E, segundo Baratta (2002), há as correntes teóricas que fundamentam o estudo do desenvolvimento de algumas práxis, tal como a sociologia jurídico-penal que investiga a relação entre as estruturas normativas da sociedade, seus modelos de ação e comportamento dos quais originam as normas jurídicas, dos seus grupos formadores na aplicação do direito, além de se investigar a reação social ao comportamento desviante. Esse conceito fundamenta-se numa nova visão, ou nova criminologia, a criminologia crítica.

A criminologia crítica busca fazer uma análise da praticidade do sistema penal e sua efetividade funcional e estrutural quando em conjunto com outras práticas de controle social. A Criminologia Crítica insere o sistema penal e sua base normativa, o Direito Penal, baseando-se no controle social (BARATTA, 2002).

1.2.1 Linhas reducionistas

Com a crise ressocializadora do Direito Penal, surgem, num primeiro momento e mais acentuadamente a partir da primeira metade do século XX, posturas político-criminais de índole amplamente restritiva no tocante à sua intervenção para a solução de conflitos sociais ou mesmo, na moderna concepção, para a tutela de bens jurídicos. Dentre elas, destacam-se o abolicionismo, a opção reducionista e a opção garantística ou garantista.

1.2.1.1 O abolicionismo

A corrente teórica do abolicionismo, derivada de vários grupos de ação e de pressão contra o sistema penal, crê que o Direito Penal é falho, defeituoso e ineficaz e que deve ser eliminado, não o visa tão somente, mas, sobretudo, o sistema penal do qual ele emerge e é onde se institucionaliza o poder punitivo do Estado, em que se inclui a engenharia e cultura

punitiva formal (o Estado e suas instituições de controle) e informal (todas as associações da sociedade). Segundo Andrade (2006), o abolicionismo teve suas bases implantadas pelos seguintes teóricos:

Foucault fundou o Grupo de Informação sobre os cárceres (Groupe d' Information sur les Prisons); Hulsman iniciou a Liga Coorhhert, a qual, entre outras ações, apresentava todos os anos um pressuposto alternativo para o Ministério da Justiça. Mathiesen fundou o KROM (1969) norueguês, abreviatura del Norsk forening for Kriminal reform; (Associação norueguesa para a reforma penal) e seus contrapontos escandinavos são o KRUM (Suécia, 1966) e o KRIM (Dinamarca e Finlândia, 1967) organizações que, sob amparo dos projetos abolicionistas, declaram como objetivo estratégico a abolição do sistema carcerário. Existem também na Inglaterra (RAP – radicais alternativas à prisão) e encontram defensores inclusive nos Estados Unidos da América (ANDRADE, 2006, p.464).

Sendo assim, o abolicionismo acredita que a impunidade é regra e a criminalização é exceção, como exemplo, a teoria do etiquetamento, em que há a o mecanismo de seleção a quem deve ser aplicada a pena. Dessa feita, são violados os direitos fundamentais e princípios constitucionais (ANDRADE, 2006).

O poder punitivo do Estado é dominante e o sistema penal não será eliminado, portanto, a defesa dessa corrente propaga a abolição desse sistema. Não há, segundo explica Andrade (2006) uma única ideia do que se propõe o abolicionismo por suas correntes teórico-filosóficas variantes defendidas por seus precursores². Contudo, sua maior essência postula uma reforma radical de todo o sistema e todo o arcabouço filosófico pertencente ao que diz respeito sobre a culpa e a pena e como percorrer esse caminho por meio de sua extensão, métodos e práticas para a justificação e qual o impacto causado na sociedade.

1.2.1.2 O minimalismo

Como concepção de se transformar em um Direito Penal moderno há, por outro lado, a corrente teórica denominada de minimalismo ou Direito Penal Mínimo, baseada na Escola Garantista, do Direito italiano. Defendida por vários teóricos na atualidade³, esse movimento é o que mais se adéqua à realidade social brasileira, não pelos benefícios trazidos, mas sim,

² Principais teóricos: Michael Foucault, filósofo e historiador francês, que defende a linha estruturalista; Thomas Mathiesen, sociólogo norueguês, defensor da linha materialista fundamentada na orientação marxista; Louk Hulsman, criminólogo holandês, que defende a variante fenomenológica e Nils Christie, de linha fenomenológico-historicista.

³ Principais teóricos: Alessandro Baratta, filósofo e criminólogo italiano, defensor da linha teórica com base interacionista-materialista; Eugenio Raúl Zaffaroni, penalista e criminólogo argentino, defende a teoria interacionista, foucaudiana e latino-americanista e Luigi Ferrajoli, filósofo e penalista italiano, e que defende a teoria de base liberal iluminista.

pelo o que essa corrente tem de permissividade como poderá ser constatado nas linhas gerais de alguns desses criminólogos (ANDRADE, 2006).

Uma das principais linhas de fundamento dessa teoria trata-se das características mais fortes de uma democracia constitucional em que se prevalecem uma cultura penal minimizada de poder, e que deverá ser maximizada do saber jurídico. Esse movimento se sustenta em proteger os bens considerados mais importantes e relevantes da condição humana e para o seu convívio, bens esses que não poderiam ser tutelados em outros ramos que não fosse o do Direito Penal (BATISTA, 2011).

Defende, sobretudo, o maior princípio fundamental do qual se originam os demais, explícitos ou não, no ordenamento jurídico, o da dignidade da pessoa humana, com o compromisso de aparelhar melhor e assegurar mais garantias constitucionais por meio da intervenção penal mínima possível (BATISTA, 2011).

1.2.1.3 A teoria do reconhecimento

A Criminologia do Reconhecimento, segundo explica Saavedra, (2010), tem assente na teoria do reconhecimento, oriunda da Escola de Frankfurt⁴, e tem o objetivo principal de iluminar o fenômeno criminológico, sem excluir as demais vertentes, mas que pode contribuir para a compreensão desse fenômeno de forma inovadora com novas perspectivas e descobertas muito significativas para a época atual⁵. Contradiz, sobretudo, algumas correntes criminológicas e de política criminal positivistas ou punitivistas defendidas na atualidade.

Nessa linha, o ser humano não é coisificado, reificado ou instrumentalizado, o que representa uma grande perversidade nessa teoria quando tratado para fins políticos, a partir de que esse tem a consciência no seu modo de ser, e de se reconhecer nessas perspectivas e Honneth identifica como modo existencial do reconhecimento recíproco de seres humanos serem dignos de respeito e tratamento igualitário jurídico (SAAVEDRA, 2010).

A proposta dessa criminologia procura identificar os fenômenos da violência nas bases iniciais da construção da personalidade do ser humano, lá na fase da criança e do adolescente e a construção do seu processo de socialização de suas relações pessoais no grupo em que vive. A violência sofrida, os abusos praticados, o desamor e desafeto dos pais, a

⁴ Teoria de Axel Honneth está aliada à tradição de Hegel e G. H. Mead.

⁵ A Teoria do Reconhecimento tem sido utilizada por um grupo de pesquisadores do CNPq de uma pesquisa interdisciplinar sobre Violência, Criminologia e Controle Social do qual o autor faz parte sobre o estudo da Criminologia do Reconhecimento.

rejeição e falta da educação não se constituem apenas nos guetos e na periferia das cidades (SAAVEDRA, 2010).

Esses problemas sociais campeiam e desenvolvem-se em toda e qualquer classe, mas é na mais pobre que se prolifera a desigualdade e desenvolvimento da carreira criminosa, e essas patologias sociais contribuem para que haja o encarceramento em Fundação Estadual do Bem-estar do Menor (FEBEM) e Fundação de Atendimento Sócio-educativo (FASE) até alcançarem o presídio e que não se resolverão com mais violência provocada pelo encarceramento e/ou punição (SAAVEDRA, 2010).

Essa teoria busca validar, com o auxílio da psicanálise, os mecanismos de aprendizagem negativa nos processos de socialização e suas patologias identificando-se essa violência velada, que muitas vezes é restrita e silenciosa, como nos casos de violência doméstica, limitada à intimidade da família, a busca por novas formas de políticas sociais que ajudem esse grupo específico a desenvolver-se em um ambiente saudável para garantir-lhe um desenvolvimento livre e autônomo construindo e reconstruindo sua personalidade (SAAVEDRA, 2010).

Nessa teoria encontram-se justificativas a partir do reconhecimento negativo que as pessoas têm de si próprias enquanto sujeitas de direitos e essas não o tem, reforçam-se aí as experiências negativas como interpretação de experiências de desrespeito contra a dignidade humana em que o amor, direito e valorização social, autoconfiança, respeito próprio e autoestima se contrapõem como fontes de conflito social oriundos dos maus-tratos, violação e constrangimento; privação de direito e exclusão; degradação e ofensa, mas esse é um reconhecimento social, enquanto que o que se quer enfatizar é o reconhecimento jurídico que advém dessas condições de reconhecimento (SAAVEDRA, 2010).

Equivale dizer que o direito, numa sociedade moderna, deve ser geral e abstrato, não se baseando no *status* social, o que anteriormente era permissivo, mas que hoje alcança a isonomia na totalidade de reconhecimento de que todos são iguais perante o Direito. Essa teoria reforça, não a valorização social e, sim, uma forma de evolução qualitativa social e moral que se apoiam em suposições e relações recíprocas de conteúdo normativo do qual invoca-se a moral em sentido genuíno e dependente do que individualmente é bom (SAAVEDRA, 2010).

Para o reconhecimento legitimado juridicamente, há um embate pelo sofrimento e indignação contra um desprezo concreto e isso reforça que não deve haver a diferenciação de que se deve tratar igual de modo igual e vice-versa, o que resulta em exclusão. Nessa ordem, o autor finaliza que toda teoria criminológica e/ou política criminal que não se dispuser a

valorar o fortalecimento da autonomia política e das relações sociais que advém o reconhecimento enquanto seres portadores de direitos e da dignidade humana, essas estarão fadadas ao fracasso (SAAVEDRA, 2010).

Dessa feita, haverá desestabilização do reforço necessário que sedimentam a associação da realidade, política criminal e a teoria criminológica que predis põem a interpretação mais adequada das políticas criminais ao contexto democrático com participação dos setores e grupos sociais na esfera pública mantendo um diálogo não só dos pressupostos, mas, sobretudo, acerca do reconhecimento do outro. Deve-se concretizar o direito igualitário de vida privada e da dignidade da pessoa humana aos excluídos para que se tornem conhecedores dos seus direitos e, a partir disso, entrem em harmonia com sua própria autonomia reconhecendo-se cidadãos portadores de direitos e garantias (SAAVEDRA, 2010).

É uma conceituação moderna, é fato, necessita de mais estudo e aprofundamento para a sua validação, contudo, ao se analisar a origem do crime em critérios naturais da essência humana, promove uma reflexão que sim, a origem do crime tem intrínseca os problemas sociais, de onde advém uma sorte de fatores como a pobreza, o consumismo provocado pelo capitalismo, além da própria condição humana que compõem o fenômeno criminológico.

E, como visto no autor, essa teoria poderá reafirmar, agora, em tempos modernos, a associação com demais linhas teóricas que condicionarão um melhor aparato para que os legitimadores do Direito tenham bases mais concretas nos aplicativos normativos em que se prevalecem os fundamentos da dignidade humana cujo aporte é parte integrante de um Direito Penal Moderno universal.

1.2.2 Críticas às associações entre o abolicionismo e o minimalismo

As correntes do abolicionismo e minimalismo são as linhas teóricas do controle social e das políticas criminais que afloraram na década de 70, do século XX, contendo singularidades pertencentes a uma ordem social predominante da época, ou seja, o capitalismo. Dentro de uma nova proposta criminológica ou deslegitimação que visa descaracterizar o sistema penal num novo paradigma em que se inserem a reação e o controle social, essas propuseram mudanças substanciais sobre o sistema penal vigente (ANDRADE, 2006).

Ambas apresentam características singulares, e não são sinônimas, enquanto que o abolicionismo propõe alteração do sistema penal vigente, quer por eliminação total desse, pois defende que esse não consegue eliminar as mazelas e problemas sociais, quer pela ineficiência

do Estado em manter o controle de suas intervenções, mas que não apresentam resultados. Por isso, prega-se a eliminação total da pena e do sistema penal (PALADINO, 2010).

Essa autora reforça que o abolicionismo, baseando-se no sistema penal, por meio da criação de várias leis e, em sua maioria, punitivas, não têm tido o poder de coagir ou impedir o aumento da violência e destaca, ainda, que quanto mais se pune, mais violência acontece, sendo esse um problema social difícil de se resolver e de se eliminar. Já o minimalismo defende, associado ou não ao abolicionismo, o mínimo possível de intervenção o que vale também que essa teoria critica mais o sistema propriamente dito e que pode-se mudar a partir do abrandamento da pena ou o aprofundamento da lei para garantir que não haverá conflitos entre o mínimo e o máximo permitido, sempre valendo-se da menor punibilidade possível.

Segundo Andrade (2006) antes de se correlacionarem o abolicionismo e o minimalismo, ambos têm suas imbricações de bases teóricas e de bases sociais, com maior ou menor grau de intervenção, portanto, as duas devem ser analisadas dentro desse prisma. Assim, a autora reforça a heterogeneidade do abolicionismo e do minimalismo em vários enfoques devido às variantes teórico-sociológicas, mas o que se tem atualmente é a perspectiva reformista, ou o princípio da intervenção mínima, utilizando-se o uso da prisão como última *ratio*, em que essa seja a última opção possível após esgotadas todas as possibilidades de articulação das regras sociais, confrontando-se com a lei.

Contudo, não se pode igualar o que Andrade (2006) revela ao querer contextualizar ou equiparar o abolicionismo e minimalismo, é o que se vê em Feldens (2010) ao expor sobre a teoria garantista (teoria de base do princípio constitucional) não comportar uma concepção que centre todo o polo negativo sustentado em outro, e é assim que o abolicionismo descarrega no Estado todas as mazelas do sistema penal, propugnando a máxima intervenção penal da sociedade sobre esse.

Feldens (2010, p.259-60) rotula criticamente que o abolicionismo ou concepções liberais se autointitulam como ‘garantismo social’ e que se trata de um contra-ataque sem fundamento metodológico ‘garantista’ a menor vinculação oposta ao que preconizam. Referencia Sarlet (2008) quando esse diz que é por meio de uma análise adequada de uma Constituição que possui e respeita um Estado Democrático de Direito é que se deve combater qualquer extremismo visto tanto no abolicionismo e na ‘tolerância zero’ em matéria criminal com postura moral, jurídica e social.

Paladino (2010) também posiciona-se que, mesmo que essas teorias visam reduzir a intervenção estatal mínima, não foi isso que aconteceu, haja vista ter havido a criação de mais leis e cada vez mais rígidas, além das já existentes, em que se ratifica cada vez mais a imagem

de que a intervenção estatal no sistema penal nunca será completo e efetivo. Isso pode ser visto nos índices de criminalidade que sempre recrudescem.

1.2.3 Linhas punitivistas

Essas linhas são mais rigorosas, pois visam neutralizar o inimigo que é uma fonte de perigo para a sociedade. Logo o inimigo vem há ser àquele que comete crimes econômicos, sexuais e se organiza criminosamente para prática criminosa. Além de praticar uma infração penal grave deve estar afastado de modo permanente do Direito, pois almeja a destruição do ordenamento jurídico daquele Estado, sendo assim, não oferece garantias cognitivas suficientes de que vai continua fiel ao contrato social.

1.2.3.1 O Direito Penal do inimigo

Saavedra (2010) destaca o Direito Penal do inimigo e analisa que outras correntes criminológicas positivista ou punitivista trabalham com o conceito que alguns crimes de maior poder ofensivo como o tráfico, crime organizado e terrorismo, os agentes não podem ser tratados pelo Estado como ser humano e sim, quando considerado como inimigo, esse passa a ter a codificação de ‘coisa’⁶, o que o exclui invariavelmente de ter um tratamento centrado na dignidade humana, posto que não é um ser humano, contraditando o que é considerado válido e de supremacia universal, e ser torturado e julgado de forma primária sem direito a um tratamento justo.

Contudo, o autor ratifica que esse modelo tem sido utilizado de forma inversa, pois amplia o controle social e não deslegitima o sistema penal, o que vem ao encontro da opinião de Zaffaroni (2011, p.175) quando declara que: “o verdadeiro inimigo do direito penal é o Estado de polícia, que, por sua essência, não pode deixar de buscar o absolutismo”, posto que essa é uma metodologia aplicada e recorrente desse sistema na América Latina.

Sob esse aspecto Gomes (2008), em 02 de setembro de 2007, proferiu uma mesa redonda com alguns dos mais conceituados criminólogos mundialmente conhecidos sobre temas atuais e discussão do Direito Penal do inimigo, pela qual se transcrevem alguns posicionamentos desses.

⁶ Nas palavras do autor “coisificado”, “reificado” ou “instrumentalizado”.

Participaram desse evento Luigi Ferrajoli destacando inicialmente sobre a ambiguidade vista na defesa desse direito por não se identificar claramente a quem seria esse inimigo e de nem se apresentar um posicionamento concreto de quem defende esse novo direito, por assim dizer, o que não encontra forças ou relega um dos princípios mais importante, o da dignidade humana e igualdade entre os pares e não há direito que coadune com o tratamento desigual, não podendo essa defesa ser considerada com um novo Direito Penal (GOMES, 2008).

Nessa linha também se posicionou Mário Trapani, afirmando que é uma contradição terminológica contrária a qualquer sistema penal moderno não se equiparar a igualdade entre todos e Ferrajoli reafirma o perigo de contágio dessas ideias de, ao se tratar o inimigo, o Estado se transforme num mesmo terrorista, deslegitimando a atividade estatal em seus fundamentos de repressão ao delito desse processado desprezando as observâncias das garantias que lhes são inerentes, saindo à sua caça (GOMES, 2008).

Zaffaroni reafirmou que sempre foi uma característica desse processo inverso do Direito Penal do inimigo na América Latina contando com inúmeros abusos das medidas de segurança como forma de aplicação da pena punitiva e privativa ou como antecipativa às preventivas já condenando sumariamente o agente, como já havia destacado e citado acima. Esse Estado de polícia, afirma o criminólogo, já é parte de qualquer país e o classifica como ‘poder punitivo interno bruto’, o que resulta como crítica de ‘guerra suja’ sob o rótulo de ‘segurança nacional’ (GOMES, 2008).

É quando se vê em teorias como a do Direito Penal do inimigo, que Günther Jakobs postulou e encontra-se criticamente refutada por vários criminólogos⁷ presentes ao debate, por essa teoria não considerar todo e qualquer ser humano como pessoa representativa que é parte integrante de uma sociedade que a reconhece por desempenhar um papel social que independe ser bom ou mau, mas que ainda assim não a desqualifica de receber tratamento digno (GOMES, 2008).

Essa mesma pessoa assume posturas antagônicas quando comparada nessa perspectiva teórica, o que contradiz todas as garantias reveladas nas declarações de Direitos Humanos e que a ética universal refuta qualquer coisificação, como bem denominou Saavedra (2010), que esse sistema sociológico tenta bipartir cidadão (menor poder ofensivo) do inimigo (eliminação sumária). O único reconhecimento que essa teoria propõe é que, a partir de sua

⁷ Santiago Mir (Espanha); Jan Simon (Instituto Max Planck); Yacobucci (Universidade Austral da Argentina); Marta Machado (FGV); Janaína Pascoal (USP), César Bitencourt; Luigi Ferrajoli; Raul Zaffaroni .

personificação, é possível revelarem-se críticas aos sistemas jurídicos para se perceberem as quantas andam as anomalias do Estado de Direito (GOMES, 2008).

Santiago Mir critica com o paralelismo feito sobre a militância de Hitler e sua raça aariana nos moldes encontrados de Jakobs⁸ e Gomes (2008) também diz não ser diferente quando nega como pessoa o inimigo sendo essa teoria impregnada de preconceitos raciais nos moldes nazistas. Bitencourt afirmou que nem na ditadura brasileira se pôde observar tanta transgressão aos direitos humanos, e enfatizou ainda que, no Brasil, há abuso excessivo nas prisões processuais fortalecendo o punitivismo em que novas leis são criadas a partir de conceitos velhos ou ‘mentes velhas’ como destacou Gomes (2008), portanto, fere o Estado de Direito em tutelar bens jurídicos igualmente.

Por fim, essa teoria não deve ser considerada em nenhum momento de decisão democrática pelos criminólogos por ferir princípios básicos e, aqui no Brasil, é totalmente divergente do que propõe os ditames da Constituição Brasileira na condição garantista e igualitária do Direito Penal e de sua tutela aos bens jurídicos. Importa, nesse momento finalizar com a ideia de Roxin, e destacado por Gomes (2008), que o Direito Penal não deve fomentar a violência e a segregação, muito pelo contrário, sua maior função é de tutelar e garantir, por meio do Estado, que a vítima ou a sociedade não sofra a violência do criminoso e que esse não venha a ter um tratamento diferenciado do que lhe garante ser tratado também na dosimetria de um direito justo.

1.2.3.2 O *eficientismo e punitivismo*

Em sucessão a essas, surge, na década de 80 e 90, o *eficientismo* baseado na Lei e Ordem ou o Direito Penal máximo, em que prevalece o controle total em criminalizar e penalizar mais e com mais rigor, fechando-se prisões e rasgando-se rotineiramente os princípios garantistas em linhas duras de controle institucional e penal, com base no capitalismo moderno, ou mais conhecido como *Tolerância Zero*, com base argumentativa de que se o sistema não funciona eficientemente é porque não combate a criminalidade, e se não a combate com eficácia é porque o poder repressivo não é suficientemente capaz (ANDRADE, 2006).

⁸ Para legitimar a tese do *inimigo* no Direito Penal, JAKOBS faz comparações entre pessoa de direito e de inimigo, quando a primeira seria o cidadão livre de problemas com a justiça e cumpridor dos deveres, enquanto que a segunda, em analogia a Hitler, nada mais justo do que providenciar sua morte por assassinato, legitimando e justificando-a. O que não se pode generalizar, pois qualquer crime e autores de crimes de sonegação fiscal, ou de crimes sexuais têm de ser analisados separadamente. José Cirino dos Santos, pesquisado no site www.cirino.com.br, acesso em 20 de maio de 2013. Sem informações de ano de publicação.

O Direito Penal Máximo, ou punitivismo, que defende esse mesmo direito extremamente fortalecido o qual abrange a sua tutela nos maiores limites possíveis em todos os conflitos e, com o avanço social, necessita-se refazer novas normas penais ou endurecer as já existentes, geralmente, no calor de discussões da sociedade que clama por mais justiça e enfatiza o discurso para maior poder punitivo, normalmente ressaltado pela mídia e por leigos, alheios ao conhecimento técnico-jurídico e, sendo essas leis mais severas, acredita-se que se verão livres da criminalidade (PALADINO, 2010).

1.2.4 Críticas às teorias punitivistas

Raúl Cervini criticou a forma emergente que surgem determinadas teorias no debate acalorado de urgência ao tentarem resolver os problemas do sistema penal e acabam instalando-se de forma perene em todos os segmentos e os riscos que essas podem causar em países semidesenvolvidos quando esses aceitam e incorporam um poder punitivo brutalizado num cenário vanguardista que não coaduna com suas realidades e é aí que essas se instalam e perduram (GOMES, 2008).

O exercício do poder punitivo como cita Zaffaroni (2011) em seu livro ‘O Inimigo do Direito Penal’, deixou marcas irreversíveis na história da sociedade, pois quando as idéias ideológicas para a manutenção do poder eram desobedecidas, surgia à figura do inimigo. Este poder está intimamente ligado a um Estado autoritário e demonstra isso através da evolução do inimigo na sociedade: a) a essência do termo inimigo tem origem do Direito Romano, que diferenciava *inimicus* de *hostis*, o primeiro significa inimigo pessoa e o segundo inimigo público; b) na Revolução Mercantil, o Estado confisca o lugar da vítima, passando a dizer que a vítima era ele mesmo; c) no Colonialismo trazia uma repressão penal plural que se dividia em: iguais ou inimigos. Os inimigos eram aqueles que iam contra os interesses da coroa e a pena de morte imposta era executada publicamente; d) na Revolução Inquisitorial, o Estado confisca o papel de Deus e aplica nos inimigos meios violentos e desumanos para suprir o apetite da verdade; e) na Revolução Industrial surge um aumento populacional nas cidades através da migração, o Estado observando o aumento da criminalidade legitima o poder punitivo, apelando ao valor meramente simbólico da pena; f) nas Ditaduras Militares nos países colonizados, o inimigo era considerado biologicamente inferior, logo era desestimulada a união de raças. Mesmo com a independência decreta continuavam limitados aos países colonizadores através de seus descendentes reais que exerciam um poder altamente seletivo e discricionário; g) Autoritarismo Nazista, com a derrota da 1ª Guerra Mundial, a Alemanha

entra numa ditadura comandada por Adolf Hitler, com o objetivo principal de aniquilação de todos que não fossem da raça ariana, para não ocorrer mistura de raças no país. Dessa forma milhares de judeus, negros, homossexuais, dentre outros grupos, raças e etnias, foram mortos, pelo simples fato que a sua existência contaminava a raça ariana (Direito Penal do autor); h) Atentado de 11 de setembro de 2001 em Nova York e Washington nos Estados Unidos da América.

1.2.5 As mudanças necessárias para um Código Moderno

Nesse contexto, vale destacar os entendimentos vistos em Ruiz Filho (2012) em que se posiciona sobre o ordenamento jurídico brasileiro dever possibilitar que o Código Penal brasileiro se equipare a essas mudanças que a modernidade traz, e que necessita sistematizarem regras e codificação difusa, engajando-se em leis especiais que incorporam princípios e tratados convencionados em diplomas internacionais.

São premissas necessárias, conforme visto no autor, para que se estabeleça um Código eficaz e apto a atender as demandas de uma sociedade ávida por resoluções para se evitar a todo custo a prisão indevida; argumentando-se tratar de cautela de prevenção social, ampliando-se os princípios que devem ser a base de garantia de medida eficaz como a presunção de inocência e o amplo direito de defesa como forma de se garantir definitivamente uma inserção importante de convivência em sociedade consubstanciada numa legislação processual penal digna dos melhores aparatos judiciais mais modernos (RUIZ FILHO, 2012).

A partir dessa concepção mais inovadora de se instalar procedimentos que visem descaracterizar a função punitiva da pena sob o aspecto de castigo, mas se revestir de sua função social primordial de reeducação e ressocialização é que se destacam as ideias de Ferrajoli (2006) como crítica construtiva, vistas em Ruiz Filho (2012, p. 45), com a elevação desses valores de uma tutela jurídica moderna em que se sobressaiam “[...] os valores fundamentais da vida e da liberdade pessoal, o nexó entre legalidade e liberdade, a tolerância, os limites da atividade do Estado e a função de tutela dos direitos dos cidadãos como fonte primária de legitimação”.

1.3 Os Princípios Norteadores da Pena

Como constitui-se por Estado e, de acordo ao que exare a Constituição Federal de 1988, quanto às garantias dos direitos fundamentais, em seu art. 1º, incisos II e III, os quais

preceituam a garantia da cidadania e a dignidade da pessoa humana, esse tem por obrigação proteger o cidadão encontrado em situação de não conformidade quando veem-se situações de conflito, mesmo que este cidadão esteja em desacordo com os ditames da Lei, não eximindo o Estado de garantir essa proteção, conforme pode ser visto no texto da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Palazzo (1990, apud SHECARIA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.72) diferencia princípio de direito penal constitucional, quando se põe como objeto central a pessoa humana no sistema penal, limitando sua ação punitiva e princípio, pertinente à matéria penal em que priorizam e são disciplinadas pelo legislador matérias constitucionalmente relevantes e diferentes de outras normas de natureza diversa. Para a garantia de seus direitos, há uma série de direitos e princípios que visam à sua proteção, expressos na Constituição Federal, a qual dispõe de dispositivos que assegurem sua legitimidade como cidadão.

Batista (2011) ainda reafirma que esses princípios estão explícitos a partir do que se encontra no art. 1º, do CP, como norma expressa que é, ramificando-se para todos os demais, o que considera como uma plataforma mínima em que se pauta o direito penal como estado de direito democrático.

Entre esses princípios, Batista (2011) revela os da legalidade, que diz respeito também à reserva legal ou da intervenção legalizada, o da intervenção mínima, da lesividade, o da humanidade e, por fim, o da culpabilidade e são considerados como postulados ou dogmas fundamentais.

No estudo apresentado, e pela natureza do Direito Penal, abordam-se os princípios da legalidade, da personalidade, da individualização e o da humanização que estão previstos no texto constitucional e que estão implícitos os princípios da proporcionalidade e da culpabilidade dentro do direito constitucional e esses são apresentados a seguir:

- (i) O princípio da legalidade - Encontra-se o seguinte fundamento constitucional:

O princípio da legalidade sujeita-se ao império da lei, [...] que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da equalização das condições dos socialmente desiguais; e está descrito na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso II que trata 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (SILVA, 2009, p. 45)

O princípio da legalidade está previsto tanto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXIX, quanto no Código Penal, em seu art.1º, que tratam não haver crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal e conclui que o princípio da legalidade proíbe qualquer utilização da lei para a prática de abusos, motivada por redações

imprecisas as quais podem levar a um juízo de valoração indevida o que poderia causar sentimento de insegurança e variadas interpretações ao qual traria certa instabilidade do direito (BATISTA, 2011).

Já em Shecaria e Corrêa Junior (2000) destacam que há três acepções que devem ser observadas dentro do princípio da legalidade, quais sejam, a reserva legal como exigência da lei para criminalizar condutas e/ou impor penas, a anterioridade da lei penal que trata da garantia de o acusado não ser condenado por lei posterior ao fato. E por fim, a taxatividade, cujas normas penais devem ser claras e objetivas, para não serem consideradas inconstitucionais por não atenderem aos requisitos de precisão e legalidade.

Depreende-se que há uma sorte de instrumentos legais (princípios) que possibilitam a fundamentação dos direitos legais inseridos na Constituição, respeitando-se os direitos do cidadão. E esses são apresentados abaixo:

- (ii) O princípio da personalidade, pessoalidade ou responsabilidade pessoal - insere-se na Constituição, art. 5º, inc. XLV, o qual preconiza que essa pena será aplicada somente a quem cometeu ou participou na consumação do ato, creditando-se o que lhe cabe como imputável não se estendendo à culpabilidade alheia, segundo Shecaria e Corrêa Junior, (2000).

- (iii) O princípio da individualização da pena estatui que se deva mensurar a pena de acordo com o caso concreto e, em resumo, nada mais é do que aplicar a penalidade de acordo com a culpabilidade do autor do delito. Deve-se verificar as particularidades desta circunstância, desprezando-se a atitude de qualquer outra pessoa ou ainda com outros fatos cometidos no passado, inicialmente, determinando a sanção correspondente a cada infração penal (BOSCHI, 2000, *apud* LIMA, 2008, p.27).

Segundo visto em Batista (2011) o princípio da individualização da pena encontra-se inserto no art.5º, inc. XLVI da Constituição Federal e destaca as categorias de imputação da pena: privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos.

Shecaria e Corrêa Junior (2000) exortam que o juiz atua de forma prevista legalmente para a fixação da pena privativa de liberdade, considerando-se sempre um mínimo do máximo no *quantum* da sanção penal E deve-se, em sua função, observar, dentro desses parâmetros para se impor a dosimetria da pena, analisar as circunstâncias e consequências do

crime, o grau de culpabilidade, se o acusado tem bons antecedentes ou é reincidente, observados todos os requisitos previstos no art. 59, *caput*, do estatuto penal.

Já Batista (2011) destaca que o princípio da individualização da pena ocorre na fase da cominação em que é ainda revestida de subjetividades dentro de um campo abstrato, porquanto, necessário um entendimento do juiz para a valoração dos bens e sua importância.

Quanto à fase de aplicação da pena, Batista (2011) continua explicando que à medida que o legislador vá utilizando-se da individualização, vai perquirindo todo o percurso enveredando e aprofundando a individualização das penas relativas a cada infração penal em que vai se desmembrando, como num efeito cascata, até a pena mínima possível para aplicação ao agente.

Importa salientar que, segundo comentários do autor, o legislador é quem cria as leis dentro de um Direito Penal e o juiz as aplica com critério e fundamento, já num momento concreto, e obedecendo aos critérios expostos no art. 68, *caput*, do CP, que diz (*in verbis*): “A pena-base será fixada, atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento” (BRASIL, 1987a). Eloneide Maria da Silva.

Utilizando-se desses critérios, Boschi (2000, apud LIMA, 2008) explica dizendo que a individualização da pena é uma atividade própria das fases processuais e da execução da pena, com base em regras legais específicas, própria de um direito penal democrático e moderno e permite o acompanhamento do procedimento pelo acusado e seu acusador em eventual impugnação pela via do recurso.

Vale destacar que para efeito dessa individualização, também encontram-se fundamentados desses critérios na LEP, art. 5º; na Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida mundialmente como Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 5º, inc. 3, e, por último, no art. 5º, inciso II, § 1º, letra “b”, primeira parte, do Código de Processo Penal. Por sorte, cabe ao juiz determinar, não criando juízo de valores, e sim, um rol de circunstâncias atenuantes ou agravantes, embora não evidentes, mas atribuídas e que se legitimam por meio do art. 66 do CP (SANTOS, 2011).

Sobre a atuação do juiz, viu-se em Reale Júnior (2011) dois momentos que são necessários para a promoção da licitude do processo o qual trata sobre a atuação do juiz no processo do sistema acusatório, em que, de um lado, há o juiz que busca alcançar a verdade materializada e o que a investiga por meio da produção de provas. E, diante desse confronto, o juiz deve se manter equidistante a fim de que sua intervenção não fira os direitos fundamentais e nem comprometa sua imparcialidade ao julgar a lide.

E na fase da individualização da pena considerada pelo juiz e por efeito se tratando da execução, Santos (2011) exorta os arts. 5º e 6º da LEP que determinam (*in verbis*):

Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal, sendo que a classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação, que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório (BRASIL, 1984b).

Shecaria e Corrêa Junior (2000, p. 84) destacam o art. 5º, inc. XLVIII, da CF, ao qual dispõe que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, portanto, dando um tratamento diferenciado para o preso, classificando-o e fazendo-se essa distribuição. Batista (2011) exorta que mesmo que a ressocialização seja o objetivo final em que o Estado procura, quando se busca individualizar a pena, essa não consegue ser alcançada.

E Shecaria e Corrêa Júnior (2000, p.84) também se posicionam quando dizem que o resultado dessa não seletividade de presos, implica mais forçosamente a escalada da criminalidade em que os menos experientes adquirem mais periculosidade e, dentro desse modelo existente, verifica-se que a pena não é um instrumento favorável capaz de ressocializar o delinquente, muito pelo contrário, vê-se que seu alijamento provoca mais delinquência e criminalidade.

No princípio da humanização, segundo visto em Shecaria e Corrêa Júnior (2000), há vários normativos legais que garantem a proteção do indivíduo frente ao Estado e que esse deve, a princípio, protegê-lo e garantir seus direitos fundamentais que não forem atingidos por sua condenação.

Estão na Constituição Federal (1988), no art. 5º, em vários incisos, na LEP, nos arts. 3º e 82, com a introdução de algumas leis como Lei nº 9.460/97 que garante aos maiores de 60 anos lugar adequado à sua condição pessoal, a Lei nº 8.653/93, que proíbe o transporte de presos em compartimentos inapropriados, pequenos, sem ventilação e luminosidade, além dos já consagrados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 5º, que trata sobre “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1984b).

O processo penal fundamenta-se no princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade que vem expresso nos princípios constitucionais, que por muito tempo tem sido vilipendiado, e que há posicionamentos contrários sobre a liberalidade que o processo penal invoca, classificando-o, muitas vezes, por considerá-lo flexível demais e não propiciar atos

mais punitivos, lembrando que esses mesmos que se mostram contrários à flexibilidade da lei, um dia, poderão pensar diferentemente a partir da necessidade de se verem do outro lado da situação, ou seja, precisarem de um olhar mais cuidadoso da lei (RUIZ FILHO, 2011).

Depreende-se dos entendimentos vistos nos autores que não podem ser desconsiderados os direitos da dignidade, respeito ou outros que são inerentes da pessoa humana, mesmo que esta pessoa esteja em situação privativa de liberdade e, nessa condição, não implica perda de seus direitos, mesmo por que o motivo maior é que, após seu cumprimento de sentença, esse apenado retorne ao convívio social.

E é com base nesses fundamentos que serão apresentados no próximo capítulo os conceitos acerca do Estado de direito e as formas de se garantir a sujeição aos direitos da pessoa humana como elementos garantidores de um Direito moderno e eficaz.

2 ASPECTOS LEGAIS DA PRISÃO E OS EFEITOS DAS MEDIDAS CAUTELARES DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS – PMA's

Muitos acusados, geralmente os de crimes mais leves, não necessitam de uma imposição de prisão no decorrer do processo, pois o processo penal em si já é uma punição para a pessoa e sua família. As medidas cautelares já são suficientes para sanear o controle e a vigilância. As situações indicam como uma versão preliminar dos fatos pode mudar com o andamento das investigações, o risco de uma eventual prisão indevida e as complicações ao redor do tema. A prisão de um réu nessa situação, antes de ser submetido ao contraditório, é no mínimo polêmica.

A intenção é incluir cada vez mais medidas de política criminal que diminuam o acesso à prisão, mas sem diminuir o controle. É necessário o controle do Poder Judiciário e da Polícia.

É claro que em muitas vezes ocorre no Brasil uma falta de fiscalização do Poder Público, diminuindo a efetividade das normas. Alguns acusados de crimes pertinentes, como receptação e formação de quadrilha, não poderão ser, em princípio, presos cautelarmente, pois não há o requisito da pena máxima. A ideia de ineficácia perante a sociedade pode aumentar.

Mas, a introdução das Medidas Cautelares no nosso ordenamento jurídico foi positiva, pois abriu um leque ao juiz no sentido de impor uma medida mais gravosa ou menos gravosa, de acordo com o caso concreto, preenchendo mais uma vez os requisitos da necessidade e adequação das decisões.

2.1 O Processo Penal e a Prisão Irregular

Sobre este ponto, Gomes e Marques (2011, p.45) dizem ainda que no sistema carcerário brasileiro existe uma quantidade de acusados que aguardam, sob a custódia do Estado, mesmo ainda em situação de tramitação de processos e sem o transitado em julgado de suas responsabilidades criminais, ou não, os quais poderiam aguardar a instrução criminal em liberdade em detrimento do menor poder repressivo a partir de suas custódias.

E, de forma crítica, se posicionam que essa sistemática atual do sistema brasileiro é arcaica e antiquada em que se prioriza o encarceramento como forma de garantia da ordem pública; a econômica; a lisura no processo e que se deve manter o agente encarcerado para se assegurar que a pena será cumprida, sendo também essa uma opinião a que Zaffaroni (2011) também exorta a visão punitivista em que se prende primeiro preventivamente e depois se

investiga, o que acaba gerando fatos de total desrespeitos às normas legais como o apresentado abaixo (GOMES; MARQUES, 2011).

Como enlevo dessa situação, pode se destacar os atos em que se vê a ineficácia do Estado, por meio do Poder Judiciário, em suas ações de total desrespeito ao texto constitucional em que, segundo Darlan (2012), a Sétima Câmara Criminal, em dezembro de 2011, ao analisar pela terceira vez os *habeas corpus* de nove acusados de invasão no Hotel Intercontinental, percebeu-se o cometimento de excesso de prazo da prisão e constrangimento ilegal ao mantê-los presos há um ano e seis meses, quando o prazo máximo para conclusão do processo é de 81 dias, sendo esse número aplicado seis vezes mais do que o permitido por lei. Destacando-se que todos tinham bons antecedentes.

Segundo Darlan (2012) outro grande erro cometido foi, por parte da Secretaria de Segurança do Rio de Janeiro, por incapacidade de gerir suas demandas, transferir esses presos para presídio federal de Rondônia, o que dificultou mais ainda a análise do processo, além de onerar também os gastos com o dinheiro público.

Nesse enfoque, há os normativos constitucionais e internacionais, como a Emenda Constitucional nº 45/2004, art. 5º, inc. LXXVIII, da CF, art. 8º, referente ao Pacto de São José da Costa Rica, que legitimam o princípio da razoável duração do processo, o que garante um julgamento considerado com prazo razoável.

2.1.1 Do prazo razoável

Desse entendimento, encontra-se em Delmanto Junior (2011) o enfoque sobre a garantia do julgamento em prazo razoável previsto na Emenda Constitucional nº 45, a qual traz em seu art. 5º, inc. LXXVIII, que diz “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, em que se destaca ser o Direito revestido de necessidade prática, ou seja, qualquer controvérsia alheia ao estabelecimento da ordem deve sobrepujar a admissão e exigência de uma solução jurídica plena e certa.

Dessa feita, Delmanto Junior (2011, p.139) esclarece que, dada à praticidade esperada do Direito, revela-se necessária a justa medida para se instalar as relações jurídicas a partir do conhecimento dos fatos, tomar ciência sobre os conceitos que farão parte do contexto e, por fim, estabelecer os normativos legais ou a jurisdição competente para confrontar ou não a licitude aplicável do caso concreto apresentado a ele.

Darlan (2012) informa que a exacerbação do prazo para a prisão excepcional, que é a característica da prisão cautelar, fere os direitos constitucionais, o que fez com que o STF editasse a Súmula 697/03⁹ (BRASIL, 2003) em que são dadas as garantias para o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo mesmo nos casos de crime hediondo, independente do tipo de crime praticado e de sua torpeza, dando direito à liberdade provisória com ou sem fiança. O que não deve acontecer é extrapolar esse prazo rotineiramente, deixando de lados os princípios garantidores como da eficiência, celeridade e economia processual que acompanha todo e qualquer processo, mas que deve ser priorizados quando se tratar da liberdade individual e que prescinde da coletividade.

Com o entendimento visto nos autores supracitados quanto ao processo penal, da prisão irregular e do prazo considerado razoável para o andamento do processo, vê-se que, na realidade do sistema penal brasileiro, ainda encontra-se muito aquém do considerado modelo essencial, haja vista o grande número de acusados que se encontram em situação prisional não definida e, às vezes, já prescrita.

Com relação à celeridade, essa não pressupõe desordem do que vem a ser o julgamento sumário sem os requisitos formais e legais, os quais se destacam como casos mal analisados e sem os fundamentos previstos nos direitos fundamentais, o que também pode incorrer em pré-julgamento sob o efeito discricionário e punitivo (DELMANTO JUNIOR, 2011). São premissas básicas das quais devem fazer parte do conjunto em análise para prover a celeridade da instrução criminal e o devido encaminhamento do processo:

- o valor da dignidade humana;
- o direito a júízo competente, imparcial e independente;
- o direito à desconsideração prévia de culpabilidade/presunção de inocência;
- O direito à ampla defesa e contraditório;
- o reconhecimento da excepcionalidade da prisão cautelar;
- a inadmissibilidade das prisões ilegais;

Somado (não *versus*):

- ao direito de ser julgado em **prazo razoável** (DELMANTO JUNIOR, 2011, p.139).

E os meios legais para garantir a celeridade de tramitação da instrução penal se baseiam primordialmente na preclusão (consumativa; temporal; lógica), no qual o processo se encaminha para ser transitado em julgado; soltura do acusado preso cautelarmente, quando há a demora no julgado processual é necessária a celeridade para a sua soltura (DELMANTO JUNIOR, 2011).

⁹ Súmula 697/03 - a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo.

Há ainda a prescrição, em que impõe ao Estado um prazo máximo para perseguir os criminosos, o que equivale entender ser necessário esse prazo, justamente para não se incorrer em erros judiciais, devido o passar dos tempos, em que as provas ou argumentos se tornam arrefecidos ou frágeis. Na legislação brasileira são imprescritíveis os crimes de racismo e ações de grupos armados (incisos XLII e XLIV, do art. 5º, da CF). (DELMANTO JUNIOR, 2011).

Nessa linha de raciocínio, Gomes e Marques (2011) vão mais além, quando informam resultados encontrados sobre mutirões realizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que entre os anos de 2008 a 2010 esse órgão realizou mais de 80 mutirões em 24 estados da federação objetivando relatar a situação e funcionamento do sistema de justiça criminal, bem como identificar o quadro prisional e os tipos de prisões impostas justamente nesse índice de 44% de presos provisórios, além de se criar e implantar o Projeto Começar de Novo.

Nos resultados apontados, foram examinados 218.401 processos criminais, dentre os quais 27.791 presos foram libertados e concedidos 49.586 benefícios previstos na LEP. Chegou-se ao cálculo de que, por dia, 33 presos foram postos em liberdade por estarem em situação irregular de prisão (GOMES; MARQUES, 2011).

Pode também ser analisadas situações totalmente contrastantes em decisões dos tribunais as quais são averiguadas situações idênticas e resoluções dos magistrados divergentes, como é o caso da análise de dois julgados que serão apresentados.

O primeiro caso, julgado em 2012, pela 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, por meio do Acórdão: Nº 587.005, sobre pedido de *habeas corpus*, por tráfico de entorpecentes caracterizado como tráfico ‘Formiguinha’, sendo o réu preso em flagrante por infringir o art. 33, da Lei 11.343/06, considerado que esse foi visto por policiais civis vendendo na rua duas pedras de crack e apreendidos quarenta e dois reais e outra pedra de “crack” pesando cerca de um grama (BRASIL, 2012d).

Considerou-se a primariedade e a menoridade relativa do autor, pois tinha 18 anos à época, também já tinha uma autuação anterior por porte de droga para autoconsumo, e não evidenciavam periculosidade capaz de justificar a prisão cautelar durante o julgamento por ter residência fixa, era réu primário e tinha bons antecedentes e a ínfima quantidade da droga e do dinheiro apreendidos, que não indicam grave ameaça à paz social. (Brasil, 2012d)

Houve destaque para a defesa em que ao aplicar a Lei Antidrogas, esse seria mais um caso de tratamento como doença, mas que o sistema atual não permite esse tratamento, além

de haver correlação com outra situação de outro corréu que foi pego nas mesmas condições e houve a soltura por meio de *habeas corpus*.

Nesse outro julgado pertence ao Juízo da Vara Criminal da Comarca de Morrinhos, estado de Goiás no processo de *Habeas Corpus* nº 37336-61.2013.8.09.0000, em março de 2013, a situação apresentada diz respeito às mesmas similaridades apresentadas no julgado anterior, ou seja, não foi preso vendendo droga e possuía pouca droga, mas a apreensão se deu pela suposta prática de crime de tráfico de drogas na residência de outro corréu com a quantidade de cerca de 150 gramas de cocaína; a quantia de R\$ 31,00; uma balança de precisão a pilha; um narguilé para uso de drogas; 03 celulares e várias bitucas de cigarro, supostamente com restos de maconha.

Foi pedido pela defesa que o artigo 44, da Lei de Drogas, fosse afastado, possibilitando a liberdade provisória. E foi solicitado que fosse concedida ao paciente imediata liberdade por ser considerada ilegal sua segregação cautelar ou, alternativamente, a partir da concessão da liberdade provisória ou substituição por medidas alternativas.

O juiz da causa denegou o pedido justificando a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública do caso em tela e que se apresentaram todos os requisitos para a prisão preventiva pelo tipo de crime doloso de tráfico de drogas e que as medidas alternativas diversas foram também afastadas pelo magistrado por considerá-las insuficientes para a repreensão da conduta de paciente para acusado. (BRASIL 2012d)

Como visto, os dois julgados representam um anacronismo do que se deve considerar, na magistratura, os pesos e medidas, em que, pelo histórico dos participantes serem parecidos, um tendo o tratamento da dosimetria que visa o direito mínimo e do outro, o que visa o direito máximo punitivo. A análise, mesmo que subjetiva, deve percorrer toda a ambientação e circunstâncias necessárias para um processo justo e imparcial, respeitando-se sempre os direitos fundamentais e garantias individuais da dignidade humana.

2.1.2 Supremacia igualitária e o direito geral de igualdade

Em ambos os casos vistos acima, e sobre o direito positivo, deve-se esclarecer, nesse momento, que o alcance dado na Constituição atual sobre a supremacia igualitária vem, ao longo do tempo, se revestindo de maior proteção do constitucionalismo moderno, o que implica dizer, segundo Sarlet (2012, p.76), “[...] há que diferenciar, no que couber, uma cláusula geral de igualdade, no sentido de um direito geral de igualdade, de suas manifestações especiais, que dizem respeito a determinados grupos de pessoas, determinadas

circunstâncias”, sendo esse o direito objetivo do qual se investe o Estado Constitucional como o Estado Democrático e Social de Direito a fim de salvaguardar o dever de o Estado promover a proteção das pessoas no combate à discriminação e descaso na atenção que devem ser dados a qualquer ser humano.

Para serem totalmente respeitados esses direitos, há a abrangência do princípio de igualdade em três dimensões vistas em Sarlet (2012) *in verbis*:

- a) proibição do arbítrio de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificção razoável com base na pauta de valores constitucionais
- b) quanto proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais;
- c) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas;
- d) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdade de natureza social, econômica e cultural (SARLET, 2012, p.78).

Como visto, implica reconhecer que essa proteção é muito ampla, por isso, há a necessidade de categorização, mas, não de diferenciação, como é o caso da igualdade entre homens e mulheres, a proteção havida para os filhos nascidos na constância do casamento e fora deste, discriminação nas relações de trabalho, acessibilidade e permanência à educação como algumas das muitas formas de garantia igualitária do direito constitucional positivo, sendo esse, inclusive, passível de punição e reclusão (art. 5º, inc. XLI e XLII) e imprescritível o qual abrange o Direito Penal (SARLET, 2012).

No que se refere ao direito subjetivo é onde se operam as proteções em posições individuais e coletivas públicas, privadas e particulares para igual acesso a bens, serviços e subvenções e é também quando insurgem as medidas protetivas em forma de políticas públicas de igualdade e de ações afirmativas (SARLET, 2012).

Ao serem implantadas essas políticas públicas, Sarlet (2012, p.79) explica que “[...] a função positiva (prestacional) da igualdade, implica um dever de atuação estatal, seja na esfera normativa, seja na esfera fática, de modo que é possível falar na imposição constitucional de igualdade de oportunidades”, portanto, é o Estado que regula as ações e as entidades privadas, em associação, para a garantia ao princípio fundamental e direito igualitário.

Destarte, sem deixar de lado todas as formas discriminatórias que envolvem a pessoa humana, por sua abrangência, nesse momento, e é o que objetiva explanar no presente trabalho, é mister especificar de forma mais contextual e sistemática sobre a igualdade e a proibição da discriminação entre os homens.

O assunto é deveras polêmico, pois, hodiernamente, tem-se sucedido uma vasta compleição tanto no campo jurídico quanto no social no que concerne o tratamento dado aos infratores e é sabido que a classe de pessoas inserta nessa categoria sempre se manteve vulnerável em todos os tempos, conforme relatado na historicidade sobre o Direito Penal em práticas excludentes diretas ou indiretas em maior ou menor grau (SARLET, 2012).

Contudo, para se ajustar ao ordenamento jurídico brasileiro, vale destacar os tipos mais frequentes de regime prisional o qual rege o Código Penal e a Lei de Execução Penal brasileiros.

2.1.3 Atos e efeitos da Execução Penal

No ordenamento jurídico brasileiro existem os tipos de penas e regimes de penas, tais como prisões simples, que é o cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto somente para os casos que envolvem contravenção penal e têm poder menos coercitivo, as privativas de liberdade (arts. 33 e seguintes – CP) as quais são aplicadas diretamente em progressão ou regressão de regimes, e as restritivas de direitos (art. 43 – CP). À exceção da prisão simples, que não fará parte do estudo, as demais serão apresentadas mais adiante, as quais permitem a aplicação da lei processual penal (BRASIL, 1984a).

Segundo visto no estudo do artigo de Dela-Bianca (2011, p.1), há uma distinção sobre os conceitos de reclusão e detenção, conceitos estes comumente confundidos, e a autora exorta que há uma diferença entre os mesmos quase imperceptível, o que gera alguns maus entendimentos. A primeira é a privação literal da liberdade em todos os regimes, já a detenção mescla momentos de liberdade alternada com a prisão e é possível de ser cumprida apenas em regime aberto ou semiaberto, podendo ser cumprida por exceção no regime fechado.

Dessa feita, demonstra não haver óbices em alguma das hipóteses do art. 118, da LEP, que diz tratar sobre, em havendo agravo da pena por reincidência ou novo delito, esse condenado na condição de detenção regrida ao regime fechado, conforme pode ser visto no artigo supracitado (BRASIL, 1984b).

Dela-Bianca (2011) ainda destaca o art. 96, do CP, o qual elenca a possibilidade de sujeição a tratamento ambulatorial, ao invés de internação, nos casos de crimes puníveis com detenção como medida de segurança e direito do preso.

Continua em seus comentários esclarecendo que também estarão restritos os direitos do condenado para exercer o pátrio poder, tutela ou curatela quando incorrer nos crimes dolosos,

sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado, como efeito da condenação (art. 92, II), dentre outros (BRASIL,1984a).

Quanto aos tipos de regimes, no ordenamento jurídico brasileiro, existem quatro espécies: fechado, semiaberto, aberto e especial. Conforme se encontra por definição sobre o regime fechado no art. 33, caput e §1º, alínea “a”, do Código Penal (BRASIL, 1984a) cujo esclarecimento dado o define ser quando o condenado à pena de reclusão é recolhido a estabelecimento de segurança máxima ou média. O preso será encaminhado a uma penitenciária (art. 87, da LEP) e alojado em cela individual.

De acordo com as regras desse tipo de regime, em seu art. 34 (do CP), trata que o apenado, logo de início do cumprimento da pena, deverá se sujeitar em realizar exame criminológico de classificação para individualização da execução, esse procedimento se faz necessário haja vista ser premente averiguar e buscar conhecer as características da personalidade do apenado como forma de buscar medidas condizentes para aplicá-las num momento em que se for tentar a sua ressocialização (BRASIL,1984a).

Pelo disposto no art. 31, da LEP em conjunto com os arts. 33 e 34, §2º, do CP, o apenado, neste regime é obrigado a trabalhar no período diurno internamente, observadas as suas aptidões e capacidade, numa jornada não inferior a seis, nem superior a oito horas, com direito a descanso nos domingos e feriados (BRASIL,1984a); (BRASIL,1984b).

Quando o preso for trabalhar externamente existem algumas obrigações a serem observadas tais como (art. 37, do CP) ter cumprido, no mínimo, 1/6 da pena; se adequar às normas e exigências expressas no CP e LEP, tais como a observância de disciplina e responsabilidade, além de dar seu consentimento. Esse trabalho externo poderá se exercido em serviços ou obras públicas, realizados por órgãos da administração direta ou indireta, ou ainda entidades privadas, cujas características do trabalho exercido contemplem especificações para sua formação profissional, sendo essas responsáveis pela remuneração do preso (BRASIL,1984a); (BRASIL,1984b).

No concernente ao regime semiaberto, na pena de detenção e de reclusão, o cumprimento desse regime se dará aos não reincidentes condenados à pena superior a quatro anos e inferior a oito anos (art. 33, §2º, do CP). Quando reincidente, mesmo que seja inferior a quatro anos, o regime passará a ser fechado, conforme entendimento jurisprudencial. Ao contrário do regime fechado, a pena privativa de liberdade se dará em estabelecimentos como colônias agrícolas, industriais ou similares para atender a essa categoria de regime (art. 35, §1º- CP) (BRASIL,1984a). Esses estabelecimentos não carecem de tanta vigilância como no regime fechado, posto ser dado um limite de confiança ao apenado, diferente do regime

aberto, cuja liberdade é acompanhada não tão de perto, mas que se impõem ainda algumas restrições.

Segundo visto no art. 35, §2º, do CP, admite-se o trabalho externo, a frequência a cursos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior na Comarca do Juízo da Execução. Esses mesmos direitos estão garantidos no art. 122, da LEP, além de ser concedido o benefício da saída temporária para visita à família; e para participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social (BRASIL,1984a); (BRASIL,1984b).

Foi incluso na LEP, pela Lei 12.258/10, o parágrafo único do art. 122, o qual especifica sobre o monitoramento eletrônico por meio de equipamento, quando não há uma vigilância direta, mas seguindo algumas regras específicas, o juiz poderá determinar esse tipo de vigilância monitorada. Houve também a inclusão do art. 124, o qual especifica algumas obrigações às quais o apenado estará sujeito para garantir a concessão às saídas temporárias (LIMA, 2011). Esse artigo traz, especificamente:

Art. 124. A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano.

§ 1º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado:

I - fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício;

II - recolhimento à residência visitada, no período noturno;

III - proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres.

§ 2º Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes.

§ 3º Nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra (BRASIL, 1984b).

No caso do regime aberto, estarão aptos aqueles condenados não reincidentes a pena igual ou inferior a quatro anos de reclusão ou detenção, conforme se depreendem do art. 33, § 1º, alínea “c” do CP, e os que já passaram por regime(s) mais severo(s) e progrediram para o regime aberto, de acordo com os arts. 33, § 2º, alínea “c” do CP e 112, da LEP (BRASIL,1984b).

Nessa situação, são averiguadas as condições de responsabilidade do preso, compromisso, se possui alguma atividade ocupacional, se tem autodisciplina, quando então é permitida sua saída para trabalhar, frequentar cursos ou exercer outra atividade autorizada durante o período diurno sem vigilância, observando-se o que determina o art. 59, inc. IV, do

CP, bem como os arts. 113, 114 e 115, da LEP, devendo retornar à noite e nos dias de folga à Casa do Albergado (BRASIL,1984a); (BRASIL,1984b).

Segundo visto em Lima (2011), há a progressão da pena quando o apenado, em cumprimento de um regime mais severo, for constatado e demonstrado por seus atos que se fez merecedor diante de suas atitudes de ter realmente se ressocializado e se reeducado comprovando-se que estará apto a retornar ao convívio social em que poderá estar inserido num novo contexto, assumindo suas responsabilidades frente aos seus direitos e obrigações.

Essa mudança de regime e progressão está expressa no art. 112 da LEP, bem como há também a mudança contrária do regime, (art.118 – CP), caso o apenado transgrida as normas e deveres.

Lima (2011) destaca que deverá ser observado também o que preceitua a lei sobre crimes hediondos (artigo 2º, §2º da Lei n. 8.072 de 1990, com redação dada pela Lei n. 11.464 de 2007) para a concessão de progressão da pena quando o agente for primário e já ter cumprido ao menos dois quintos da pena e, se for reincidente, só será concedida a partir do cumprimento de três quintos.

Não se pode olvidar que toda e qualquer prisão e, conseqüentemente, a privação da liberdade, fere violentamente a dignidade da pessoa, porquanto, devem prevalecer dois requisitos básicos: *fumus commisi delicti*¹⁰ e o *periculum libertatis*¹¹ e, com base nesses pressupostos, as prisões processuais deverão ser a última consequência a ser atribuída quando for imprescindível a aplicação da pena (RAHAL, 2011).

Nesse contexto, surgem as medidas alternativas como propostas mais modernas de substituição às penas privativas de liberdade para as restritivas de direitos as quais serão tratadas a seguir.

Abordar-se-á a evolução das medidas alternativas e as alterações realizadas sobre as Penas e Medidas Alternativas – PMA's e, por fim, serão demonstrados alguns critérios positivos e negativos acerca dessas medidas cautelares e como essas podem auxiliar na busca de soluções paliativas e paralelas a fim de não se comprometer mais o sistema penal.

2.2 Penas e Medidas Alternativas no Sistema Penal Brasileiro

¹⁰ (exigência da prova da materialidade e indícios de autoria).

¹¹ (a liberdade de alguém põe em risco o próprio processo, tanto em relação à sua produção quanto ao seu resultado).

Antes de adentrar-se especificamente sobre as penas e medidas alternativas no Brasil, cabe destacar o entendimento sobre as tais na visão de Zaffaroni (2011), quando expõe o fundamento do modelo utilizado na América Latina.

Esse autor informa que há $\frac{3}{4}$ da população carcerária aprisionada por medidas de contenção ou cautelar, que sintetiza como processados, mas não condenados. Compreende ainda que há uma inversão do sistema penal quando há uma privação de liberdade como função preventiva e tem mera presunção de periculosidade e que se tornou prática corriqueira, e não exceção (ZAFFARONI, 2011).

Por isso, sendo prática, os processos se arrastam anos a fio, numa morosidade sem fim, justamente para se averiguar se essa não se constitui ou se transforma em pena formal. O desencarceramento quase significa o mesmo que absolvição, porque se reveste de quase todos os seus efeitos (ZAFFARONI, 2011).

Com essa breve característica e crítica apontada pelo autor passar-se-á à explanação sobre o que vige no ordenamento jurídico brasileiro sobre as medidas cautelares.

2.2.1 Fatos históricos

A história da desencarceração tem base na década de 40, quando o discurso da criminologia crítica e todas as linhas teórico-filosóficas e da medicina, principalmente na área da psicanálise, se voltava a questionamentos dos fundamentos e reais objetivos da prisão no tratamento social de pessoas consideradas desestruturadas emocionalmente, bem como o discurso jurídico-penal que já se via a ineficácia de preservarem-se direitos no encarceramento de instituições totais (cárceres e manicômios). Passaram a desenvolver-se projetos alternativos para eliminar os danos causados pelo controle social burocratizado culminando com a extinção de asilos e manicômios¹² denominados de movimentos anticarcerário e antimanicomial (CARVALHO, 2010).

Contudo, no final do século XX, houve uma nora reinvenção da prisão com base nos movimentos citados sobre a superação do modelo tradicional punitivo por encontrar nova dinâmica em sociedades neoliberais tardias com sentidos civilizados e constitucionais de se

¹² Erving Goffman, coadunando com as ideias de Rusche e Kirchheimer, publicou a obra *Asylums: essays on the social situation of mental patients and other inmates* (1961), seguindo as linhas sociológica e psicológica da criminologia tradicional sobre o cárcere e o asilo manicomial e retrata o funcionamento deteriorante dessas instituições mostrando “[...] o discurso normalizador e moralizador que atinge não apenas os internados como todos os demais membros do corpo de atores que habitam o local de internação (*staff*)” (CARVALHO, 2010, p.148).

manter populações problemáticas encarceradas, sendo indispensável à ordem social contemporânea (CARVALHO, 2010).

Esse modelo que se apresenta, a que Carvalho (2010) se refere como medidas descarcerizadoras, de certa forma, é considerado mecanismo de desinstitucionalização da prisão e que se mostra muito mais vantajoso do que o encarceramento, baseando-se no tratamento digno que se deve dar a qualquer cidadão. No Brasil, essas medidas se tratam das cautelares e alternativas, as quais serão tratadas a seguir.

2.2.2 O que são as medidas cautelares

Há as medidas cautelares tanto no Código Civil quanto no Código Penal, porquanto, essa alteração na lei que será abordada a seguir, somente diz respeito às ações penais e Bottini (2011) diferencia as cautelares reais, quando envolve bens para reparação do dano material quando há arrestos e sequestros, das cautelares pessoais, que dizem respeito ao agente em relação à ordem processual. O autor informa ainda que antes de se sancionar essa lei, não havia opção para o juiz a não ser aplicar a prisão preventiva, ou era essa ou nada.

Santos (2011) também esclarece que a função da medida cautelar penal não é ser autônoma em relação ao processo, como se dá no processo cautelar civil, mesmo essa sendo, por assim dizer, inicial ou preparatória para a fase do processo penal condenatório em si, e que essas são impostas justamente objetivando essa fase preparatória para se analisar os requisitos, as suas legitimidades, e as possibilidades de o juiz decretá-las, por isso trata-se de uma tutela jurisdicional cautelar. Agem, sobretudo, pela provisoriedade, e essas medidas restritivas ou privativas surgem durante a investigação, na fase preparatória ou inquérito policial, ou no curso do processo.

Coaduanam ainda como principais exigências nem sempre presentes na justiça, tais como a celeridade e a ponderação, o que equivale entender que é preferível fazer, mesmo que seja malfeito, do que fazer bem feito muito posteriormente, levando-se em consideração como se dão os passos da justiça na atualidade e que essa terá o tempo determinável necessário para se analisar o processo e o caso concreto (LIMA, 2011).

Essas medidas cautelares visam, sobretudo, proteger de forma mais efetiva o processo para que seja resguardada a ordem desse e; no caso, o acusado, quando imposta a prisão cautelar, e que essa seja a última opção do cárcere *ad custodian*, e resguardar também a sociedade, pois significa o desencarceramento do preso sem condenação específica, sanando,

em parte, o problema de superlotação penitenciária e também não permitindo que esse preso esteja à mercê do submundo penitenciário (BOTTINI, 2011).

Desde 1984, foram instituídas no ordenamento jurídico brasileiro as Penas Restritivas de Direitos, ou como são mais conhecidas, as Penas e Medidas Alternativas – PMA's, previstas na Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal, que, embora constassem na supracitada lei, eram pouco utilizadas, quando a privação de liberdade fosse de até um ano, tornando-se ineficiente e gerando desconfiança sobre o controle da sua aplicabilidade e fiscalização pelo Poder Judiciário e do Ministério Público, aumentando a sensação de impunidade (SILVA; SANTOS, 2011).

Ainda de acordo com Silva e Santos (2011), a partir da instituição das Regras de Tóquio¹³, em 1990, lançadas pela Organização das Nações Unidas – ONU, essas tinham por finalidade instituir-se meios mais eficazes para a melhoria não só na prevenção da criminalidade, mas desenvolver melhor tratamento a quem infringia a lei.

Segundo os autores, as Leis nºs 9.099/95 e 10.259/01 foram criadas para se implantarem os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a Lei nº 9.714/98, que ampliou o uso das PMA's para até quatro anos; e as Leis nºs 10.826/03 (desarmamento) e 11.343/03 (Nova Lei de Drogas), foram importantes ao propiciarem a redução dos presos encarcerados, aumentando assim o número de PMA's e, a partir da ampliação dessas, houve novamente a necessidade de alteração na referida lei, visando modernizar mais ainda a etapa da persecução penal.

2.2.3 Mudanças das medidas cautelares provocadas pela Lei nº 12.403/11

Não sem tempo, houve uma significativa mudança no Código de Processo Penal (CPP) por meio da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, a qual trouxe novo lume ao sistema jurídico brasileiro, orquestrada por grandes juristas brasileiros tais como Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Sidney Beneti e Rui Stoco (GOMES; MARQUES, 2011, p.16).

Essa mudança objetivou alterar dispositivos do CPP, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares¹⁴, conforme visto em Bottini (2011).

¹³ Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade.

¹⁴ Houve alteração especificamente nos arts. 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439 (BRASIL, 2011).

Essas medidas cautelares de natureza pessoal dividem-se em prisões cautelares de maior grau de privação de liberdade como prisão em flagrante delito; preventiva ou temporária, das medidas cautelares diversas da prisão, incluídas no art. 319, do CPP, e há, além dessas, as chamadas contracautelares, que é a liberdade provisória, com ou sem fiança (LIMA, 2011). O artigo supracitado traz:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

[...]

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares (NR) (BRASIL, 2011f).

Nucci (2012) ainda destaca que o projeto dessa lei tramitou durante dez anos no Congresso Nacional e não foi palco de reivindicações geradas pela mídia, o qual esclarece que muitas das vezes, são editadas leis no calor de debates provocados pela massificação da mídia, e que, depois, caem no esquecimento, tornando-se ineficazes e improdutivas, criticando que não se legisla com emoção e, sim, com racionalidade, e é por isso que acredita que essa lei surge como um grande benefício, pois possui mais pontos positivos do que negativos.

E a maior característica é a sanção penal reduzida, ou até quatro anos de condenação para crimes considerados de menor relevância ou praticados sem violência e grave ameaça tais como: uso de drogas, acidente de trânsito, abuso de autoridade, desacato à autoridade, lesão corporal leve, furto simples, estelionato, ameaça, injúria, calúnia, difamação, dentre outros previstos na legislação brasileira atual (SILVA; SANTOS, 2011).

A justificativa para a execução das medidas cautelares como medida restritiva dos direitos fundamentais, segundo Gomes e Marques (2011), refere-se ao reconhecimento dos fins legítimos e, ao ressaltarem essa finalidade, definem como fins legítimos serem os meios legalmente reconhecidos no ordenamento jurídico e aplicável pelo juiz em sua forma concreta.

Ao se instituírem essas mudanças, as medidas cautelares passam a ser um método eficaz e uma ferramenta importante para se ter o controle do Estado diante do cumprimento de suas decisões judiciais e, o mais importante ainda, tem o condão de evitar encarceramento desnecessário de seres humanos, mesmo sendo limitada às alternativas definidas em lei como a prisão domiciliar, medida cautelar processual e permissão de saída do regime semiaberto, substituindo a tão arcaica prisão tradicional, trazendo um novo lume à utilização dos meios tecnológicos para a justiça penal (NUCCI, 2012).

Bottini (2011) destaca que, nesse sentido, espera-se que realmente as medidas cautelares possam ser utilizadas, não compulsoriamente pelo Judiciário, mas, sim, por sua característica intrínseca, qual seja a de medidas cautelares preparatórias ou incidentais à antecipação da ação penal condenatória para que esse mesmo Judiciário tenha a oportunidade de se preparar analisando caso a caso, conforme a gravidade, aplicando-se os princípios legais, mudando-se aí alguns pontos críticos como foi visto em Zaffaroni, citado logo no início sobre os aspectos gerais do funcionamento das medidas cautelares atualmente visto na América Latina.

2.2.4 Alguns benefícios das medidas cautelares

As mais destacadas se configuram na ampliação dessas medidas cautelares em detrimento ao que era anteriormente postulado, ou seja, a prisão preventiva e a liberdade provisória somente, atentando ainda para o ensejo dado sobre a proporcionalidade em que a prisão preventiva passou a ter caráter de excepcionalidade quando não resta mais opção dentre o rol de medidas, considerando-se essa *extrema ratio da ultima ratio* (§ 6º, do art. 282) (GOMES; MARQUES, 2011).

E é o que pondera também Santos (2011) sobre o artigo supracitado, quando diz que essa lei teve o condão de alinhar nove medidas cautelares a fim de se utilizar o mínimo possível (*extrema ratio da ultima ratio*) e quando não houver mais nenhuma possibilidade de substituição dessa por outra qualquer medida cautelar mais drástica, isolada ou cumulativamente.

E é dessa forma que se inserem os conceitos de dois critérios básicos das medidas cautelares a serem observados: a necessidade - em que se deve verificar a indispensabilidade para a aplicação da lei penal, a investigação e instrução criminal e impedir as infrações penais (NUCCI, 2012).

Já a adequabilidade, diz respeito à análise mais complexa sobre os elementos que envolvem a compleição do delito tais como a gravidade; circunstâncias envolvidas e aspectos e condições pessoais do indiciado ou acusado, e são, sobretudo, possíveis de serem aplicadas cumulativamente ou em separado como forma de se evitar a prisão cautelar (NUCCI, 2012).

Além disso, autoriza ao assistente de acusação, nesse caso, podendo ser a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (art 312, parágrafo único, do CPP), a possibilidade de requerer qualquer medida cautelar, substituí-la, ou ainda haver cumulação, inclusive a prisão (SANTOS, 2011).

Segundo Bottini (2011), deverá haver clareza nas possibilidades de prisão de qualquer pessoa na lei processual penal e constitucional, quais sejam flagrante delito ou ordem escrita fundamentada por autoridade judiciária competente mesmo quando transitada em julgado, cabendo a prisão temporária ou preventiva, conforme o caso.

Gomes e Marques (2011) complementam o entendimento de Bottini (2011) ao afirmarem que deverá haver compatibilização quando da prisão do agente aplicando-se o remédio constitucional oriundo do art. 5º, LVI, da CF, o qual diz que ninguém será preso em flagrante ou por ordem escrita judiciária, à exceção de crimes cometidos por militares, que têm legislação específica.

Possibilidades outorgadas ao juiz ao receber o auto de prisão em flagrante com bases fundamentadas em relaxar a prisão ilegal; convertê-la em preventiva ou conceder a liberdade provisória, imputando fiança ou não, que era antes relegada (SANTOS, 2011).

Sob esse aspecto da fiança, Lima (2011) esclarece que antes, quando o agente era preso em flagrante, ou se convertia em prisão preventiva ou se dava a liberdade provisória sem fiança. Com a nova redação dada, art. 334, passa a ser obrigatória durante toda a persecução penal enquanto a sentença não tiver sido arbitrada e transitada em julgado independente de ter sido a prisão em flagrante. A função da fiança é uma espécie de caução real para garantir o cumprimento das obrigações processuais do agente enquanto aguarda a decisão judicial, podendo ser por depósito ou por hipoteca, definidos no Código Civil, art. 1.473.

A fiança (art. 325) como medida cautelar tem aspecto autônomo e de contracautela, justamente por, pelo menos em tese, garantir que o agente cumpra com determinadas

obrigações para a manutenção de sua liberdade provisória e tenha o interesse de se apresentar, mesmo condenado, para pedir o ressarcimento. Se houver, por parte das autoridades competentes, a negação do recebimento da fiança pelo acusado ou terceiros, poderá ser impetrado *habeas corpus*, configurando-se um abuso de autoridade (LIMA, 2011).

Outra importante mudança vista no art. 300, trata-se da obrigatoriedade da segregação de presos provisórios dos definitivamente condenados, e Gomes e Marques (2011) reforçam o *status* da garantia de estando o agente preso esse ter o direito a encarceramento sem contato com presos perigosos e, caso não haja essa separação, a autoridade responsável poderá ser acionada por caracterizar-se constrangimento ilegal.

Desse modo, estarão garantidos os direitos do preso, como visto em Santos (2011), o qual demonstrou o que preceitua os arts. 5º e 6º, da LEP, sobre a obrigatoriedade de haver segregação de presos provisórios dos já condenados, evitando-se a má influência que esses podem exercer sobre aqueles.

O cumprimento de mandados de prisão poderá ser remetido por quaisquer meios de comunicação a outras localidades desde que se comprovem a autenticidade da ordem originalmente, alçando a informação e execução a patamares mais modernos e evoluídos nos trâmites dessas ações (NUCCI, 2012).

Nucci (2012) destaca ainda que, a partir de sua aplicação, o Ministério Público também será informado, além da família do acusado e da pessoa a quem ele indicar para defesa e acompanhamento. Não tendo esse, receberá a assistência da Defensoria Pública.

Restringe-se o âmbito da prisão preventiva (art. 312, do CPP), mas mantêm-se seus requisitos nos casos de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade acima de quatro anos; reincidência em crime doloso; violência doméstica e familiar não somente às mulheres, mas a qualquer pessoa vulnerável tal como idosos, criança e adolescente, incapazes e enfermos (LIMA, 2011).

Sob este enfoque da violência doméstica e familiar, Gomes e Marques (2011) destacam sobre o cabimento da prisão preventiva aplicada a esses casos de violência de gênero quando do descumprimento de outras medidas cautelares ou medidas protetivas de urgência oriundas de outros normativos infraconstitucionais¹⁵.

Já Lima (2011) reforça ser cabível a prisão preventiva somente quando estiver configurado o que preceitua os arts. 312 e 313, do CPP, e principalmente quando houver a prerrogativa de crime, agindo isoladamente apenas por uma conduta de hipóteses não penais

¹⁵ Lei Maria da Penha, ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso.

de desobediência pela qual poder-se-á caracterizar como medida inconstitucional, arguindo que não se deve criar uma nova prisão civil.

Há a prisão preventiva utilitária quando houver dificuldades em se identificar civilmente o indiciado ou réu por dúvidas ou falta de elementos concretos, e essa cessa a partir da identificação correta. Não há a prisão preventiva nos casos excludentes de ilicitude conforme o art. 23, do CP, quando aplicável, nos casos de estado de necessidade; legítima defesa e cumprimento do dever, respeitando-se o parágrafo único que trata sobre o agente responder pelo excesso doloso ou culposo (NUCCI, 2012).

A prisão domiciliar atenderá a pessoas com mais de 80 anos, desde que se comprove haver doenças graves ou estarem extremamente debilitados; cuidados especiais a menores de 6 anos ou com deficiência; e gestantes a partir do sétimo mês ou com gravidez de risco (NUCCI, 2012).

Lima (2011) destaca haver diferença entre o que se preceitua os arts. 317 e 318, do CPP, ao que se encontra no art. 117, da LEP, em que se configura que não havendo Casa do Albergado, esse agente poderá cumprir a pena em domicílio, nunca podendo passar para um regime mais punitivo.

Santos (2011) considera adequado, nesse caso da prisão domiciliar-albergue, o uso do monitoramento eletrônico como medida cumulativa, haja vista o juiz poder arbitrá-la de acordo ao que preceitua a LEP, Art. 146-B, inc. IV, a qual determina que o juiz poderá manter a fiscalização sobre o acusado.

Rossini (2012) enfoca que a monitoração eletrônica é uma possibilidade a mais tanto na fase da execução penal bem como em sua esfera processual, de ser uma opção favorável ao réu ou acusado dando-lhe a possibilidade de não estar encarcerado, o que lhe beneficia o retorno ou a não retirada do convívio social.

Berdet e Silva (2011) destacam que nesse novo paradigma em que se transforma a pena mais humanizada possibilitada pela inclusão das PMA's de condutas tipificadas como mais leves ou de menor poder ofensivo, extrapolam os muros, grades e celas. Ao sair do sistema prisional, o acompanhamento produz maior demanda desse novo modelo de monitoramento penal sobre a comunidade como um campo de execução, de responsabilização e de reparação penal em que possibilita maior ação do conjunto da equipe técnica¹⁶ deixando de agir somente no acompanhamento/regulação intramuros e na transição de regimes comuns da detenção.

¹⁶ Profissionais da área de Serviço Social e de Psicologia (e, com menor regularidade dos profissionais da Psiquiatria, Direito, Pedagogia).

A atuação da equipe técnica se reveste de grande importância e é por meio dela que se destacam sua abrangência tais como: vincula-se formalmente a diferentes instâncias do sistema de justiça como Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública; e de execução penal como secretarias municipais e estaduais. Atua como gestores e/ou técnicos dos serviços; tem como clientela os cumpridores de PMA's e rede social; produz um conjunto de procedimentos técnicos como avaliação, captação/cadastramento/capacitação de entidades, encaminhamento, acompanhamento que vão constituir a ação institucional centrais nos serviços de PMA's (BERDET, SILVA, 2011).

Agindo mais diretamente quando assume o protagonismo social nas ações interagindo com a rede social, quanto ao atendimento desses apenados, este corpo técnico efetivamente participará da produção do monitoramento psicossocial como um novo modelo de uma regulação social e penal (soberania, disciplina, controle) contrária ao atual sistema, o qual se aproxima o sistema punitivo às ações de exclusão social, a fim de evitar os prejuízos sociais e penais (BERDET, SILVA, 2011).

Essas PMA's como novo modelo de monitoramento psicossocial são concebidas como ações penais disciplinadoras, numa perspectiva sociopsicológica, fortalecendo o indivíduo em sua autorregulação, revestindo-se de intervenções para a correção ou conformação sobre as condutas desse com metas e medidas de efetividade que visam prover-lhe a cura ou reforma de seus atos, por meio dessa tecnologia do atendimento psicossocial, utilizando-se como o controle exercido sobre o indivíduo reforçando-lhe códigos de conduta e de motivações (BERDET, SILVA, 2011).

Como exemplo sobre a efetividade desse novo modelo, num estudo de caso, Junqueira (2011) destaca a prestação de serviços comunitários como umas das medidas alternativas voltadas para o assistencialismo social e que permite a reintegração do indivíduo, a partir de sua conscientização, e também é parte integrante das recomendações das Regras de Tóquio, e prevista na LEP.

Esse estudo foi realizado em Porto Alegre/RS, sob a perspectiva de aferir se há visibilidade social desses sujeitos prestadores de serviços à comunidade por meio de uma entidade e que se encontram afetos a esse modelo de monitoramento psicossocial visto em Berdet e Silva (2011).

Além disso, utilizou recursos metodológicos a fim de descobrir a observação participava da equipe técnica da VEPEMA¹⁷ e entidades conveniadas ao Poder Judiciário,

¹⁷ Vara de Execução das Penas e Medidas Alternativas

além do estudo de documentos institucionais. A instituição escolhida atua na área de esporte, assistência social, atendimento a idosos e deficientes visuais e foram entrevistados individualmente cinco participantes e, após, em um grupo de oito participantes em que o objetivo primordial foi dar voz a esses indivíduos sobre suas visões e realidade do mundo que os cercava momentaneamente ao cumprirem suas respectivas penalidades (JUNQUEIRA, 2011).

Uma das dificuldades visualizadas trata-se da disposição de esses prestadores participarem, haja vista perceber a conexão com a marca e etiquetagem (*labelling*) que muitos apontam como uma estigmatização. Foi feito um mapeamento do perfil do indivíduo, observando suas atividades e seu relacionamento com os funcionários e público atendido pela entidade, mas, antes, teve-se que se construir um importante laço para que a pesquisa fosse satisfatória, ou seja, estabelecer a confiança entre a entrevistadora e o participante (JUNQUEIRA, 2011).

A observação permitiu delinear alguns traços necessários sobre a reinserção desse indivíduo no plano social, como os de caráter mais reivindicatório como a oferta de passagem de ônibus gratuita ou subsidiada pelo Governo, haja vista que muitos cumprem a pena alternativa distante dos seus endereços e nem têm como ter outra atividade laboral. Demanda de trabalho, pois muitas vezes, o motivo do crime é justamente a falta de dinheiro. Suspensão dos direitos civis e do registro na folha corrida. Oferta de escolarização e de atividades de profissionalização enquanto cumprem a sentença (JUNQUEIRA, 2011).

Apontou-se no estudo que os fatores acolhimento, integração e não discriminação, por parte da entidade, favoreceram eficazmente sobre a receptividade desse apenado em sua nova visão, inclusive, havendo entrevistados que, mesmo após o cumprimento da pena, passaram a fazer parte do voluntariado da instituição e alguns contratados como funcionários, esses valorizando o sentimento de pertencimento e valoração como pessoa e os laços criados pela amizade e respeito que sentiram ao longo de sua permanência na entidade (JUNQUEIRA, 2011).

Passaram a valorizar mais o pertencimento da família ao vivenciarem situações de abandono dos idosos, levando-os a obter uma fonte de aprendizado ao refletirem sobre as questões de suas próprias vidas e que a experiência socializadora em que se evidencia e vivencia os valores como a alteridade e solidariedade promoveram mudanças significativas em suas vidas. Outros puderam adquirir experiência profissional ou melhorar o que já sabiam e um, por já atuar na profissão, não considerou que agregou conhecimento (JUNQUEIRA, 2011).

Quanto ao sentimento sobre suas condutas, alguns se sentiam injustiçados e que, por falhas na justiça, estavam pagando por erros dos outros atribuídos a eles, consideraram que a medida alternativa é um castigo, revelando-se descrença às instituições judiciárias. Nem sempre é possível encontrar uma entidade que os recepcionem bem por falta de estrutura e de pessoal capacitado, pois alguns outros eram reincidentes e muitos até se organizavam para cometerem outros delitos, mas, segundo Junqueira (2011), uma sugestão dada por um prestador refere-se à necessidade de os órgãos e o juiz promover uma informação mais detalhada sobre o que esse indivíduo encontrará pela frente, o que se espera dele em termos de conscientização e entendimento do porquê lhes é cobrado determinadas ações.

Por fim, o estudo revelou que apesar de haver muitos problemas estruturais, mas ainda assim pode-se afirmar a dimensão que o sujeito alcança por meio de uma pluralidade de comportamentos e formas de pertencimento e percepção desse com o todo, desde que essa prestação de serviço seja levada a cabo com os seus efeitos esperados, ou seja, promover a reinserção e ressocialização do indivíduo numa nova perspectiva vida, fatalmente alcançará a mudança de comportamento e aceitação, promovendo o que de fato se faz premente numa visão moderna e diferenciada de um sistema de intervenção mínima e função ressocializadora e transformadora da pena.

Nucci (2012) se refere a pontos falhos vistos nas medidas cautelares, porém, diz que esses poderão ser resolvidos a partir da intervenção da doutrina e jurisprudência e destaca:

a) possibilidade – ou – não de reconhecimento da detração, em face da aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão; b) viabilidade de decretação da prisão preventiva, quando o indiciado ou réu descumprir medidas cautelares alternativas, nos casos de crimes com penas máximas não superiores a quatro anos, visto que, em tese, seria vedado pelo disposto no art. 313, do CPP (NUCCI, 2012, p.11).

Como visto, os pontos negativos ora destacados pelo autor, não são irrelevantes, mas em relação aos benefícios, se tornam mínimos e podem ser corrigidos ou alterados a partir do entendimento da jurisprudência.

Sob esse aspecto, Lima (2011) salienta que não é possível prever todas as medidas cautelares necessárias tidas como típicas ou nominadas possíveis para resolverem uma gama de situações fáticas, por isso, é necessário quando em situação conflitante ou de perigo em que nenhuma dessas possam conter o remédio constitucional adequado, lançar-se mão do poder geral de cautela contido no processo civil pelo juiz, configuradas como atípicas ou inominadas e essas devem ser utilizadas de forma complementar.

Já no processo penal, existem controvérsias na doutrina sobre a adoção dessas medidas complementares, posto que o juiz criminal não tem competência para um poder geral de cautela. Exorta-se, nesse caso, o princípio da legalidade e a indexação da taxatividade com desempenho duplo pela manutenção da função protetora dos quais emanam os direitos constitucionais e liberdade pública, não podendo conceder tão ampla atuação e poder a fim de se evitar as arbitrariedades que possam cometer esse mesmo Poder (LIMA, 2011).

Para tanto há o processo penal e não há previsão legal no Código Penal para abrangência ou entendimentos diversos, contudo, há a contra-argumentação vista tanto em Lima (2011) quanto em Santos (2011), cujos autores invocam que o próprio princípio da legalidade prevê a alternatividade e redutibilidade como forma de garantir direitos ao se aplicar medidas cautelares menos gravosas. E já há provimento favorável na jurisprudência (art. 319, I, do CPP), do qual se tem a complementaridade já positivada.

Ao finalizar esse capítulo, faz-se oportuno citar o entendimento de Santos (2011, p. 21) ao qual aduz: “contemplar outras medidas cautelares além das atuais não mais encerrará uma exegese ontológica (compreensiva) daquelas já existentes e, sim, inovadora (legiferante)”.

2.3 Comentários Conclusivos

E assim, sob vários aspectos acerca do Direito é que sua evolução vai se adequando, buscando efetividade da prestação jurisdicional e a pacificação com justiça, consolidando a exigência que a sociedade contemporânea tanto almeja; não se tornando o Direito estático e, sim, flexibilizado.

Buscando jamais esquecer-se de que é, exatamente, por meio de sua interpretação sistematizada, levando-se em conta tudo o que vige em seu ordenamento jurídico, que se fará justiça aplicando-se o direito do caso concreto em detrimento de interesses ou fins não colimados pelo Direito.

Ainda contextualizando as descobertas por meio da pesquisa, o CP e a LEP, como legítimos aportes jurídicos investidos da responsabilidade de guarda e proteção do direito fundamental e garantias do apenado, tem o sentido de ruptura da apatia do Estado e da sociedade. Com essas práticas, traz à baila novas proposituras dos regimes de penas e prisão, subsidiados por leis que dão proteção a todo cidadão que se encontra em situação prisional.

E há uma necessidade premente de, em novas versões, uma possibilidade de construção, no século XXI, de uma cidadania enriquecida para exercer nesse cidadão em

regime de reclusão ou restrição de liberdade os direitos à sua reinserção na sociedade permeada pela reeducação e ressocialização após o cumprimento da pena.

Evidencia-se ainda, como ponto crítico favorável que, havendo articulação entre os poderes e a racionalidade, haverá benefícios em se produzirem normas eficazes, um processo penal revestido de lisura o que o torna mais humano, e civilizado e, sobretudo, e contribuirá para a manutenção da ordem e da segurança pública, além de se fazer mais justo quando ficar evidente o respeito à dignidade humana, elemento esse mais importante de todo o ordenamento jurídico.

No próximo capítulo, serão abordados os temas acerca da metodologia empregada na pesquisa, análise de resultados sobre a população carcerária entre os anos de 2006 a 2012 dos estados do Distrito Federal e de Goiás, e o funcionamento do sistema carcerário desses estados. Por fim, serão apresentadas as entrevistas dos diretores do sistema prisional e suas acepções acerca de suas experiências.

3 ANÁLISE DO PANORAMA CARCERÁRIO

O último capítulo decorrente dessa pesquisa foi construído a fim de demonstrar dados da população carcerária para analisar o quantitativo de condenados dentro das medidas cautelares restritivas de direito no Distrito Federal e no estado de Goiás entre os anos de 2006 e 2012.

3.1 Resultados e Discussão dos Dados

Considerando-se saber se os números recrudesceram, estagnaram ou depreciaram-se a partir da criação da Lei 12.403/11 se essa lei foi efetiva, a partir da proposta da pesquisa serão apresentados a seguir os resultados e discussão, conforme proposta metodológica, do panorama carcerário de presos reclusos e provisórios em comparativo ao crescimento da população em geral, a análise das entrevistas feitas aos diretores das unidades prisionais e a análise jurídica acerca dos julgados correspondentes ao estudo proposto.

3.2.1 Aspectos do Sistema Carcerário para presos provisórios do Distrito Federal

No Distrito Federal, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) contém a Vara de Execuções das Penas e Medidas Alternativas – VEPEMA, que é vinculada à Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal, por meio da Subsecretaria do Sistema Penitenciário SESIPE, os quais atuam sobre o sistema prisional do DF.

No Sistema Carcerário, segundo retirado do Relatório do Mutirão Carcerário do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2011g), que acolhe os presos na condição de temporários são:

Carceragem da Divisão de Controle e Custódia de Presos do Departamento de Polícia Especializada – DCCP – esse estabelecimento prisional acolhe presos em situação de flagrante delito recolhidos pelas diversas delegacias do DF, presos com prisão temporária decretada (Lei 7.960/89) e presos por dívida civil (pensão alimentícia), e que são encaminhados às terças e sextas-feiras para o Centro de Detenção Provisória – CDP, o qual recebe apenas os presos provisórios, já que, no Distrito Federal, há a separação desses com os

outros tipos de internos. O Distrito Federal não possui presos em delegacias circunscricionais e/ou especializadas.

Centro de Detenção Provisória – CDP – esse estabelecimento prisional destina-se, fundamentalmente, ao recebimento dos presos provisórios e pode ser considerado ainda como a porta de entrada para o sistema prisional, pois é o que faz a classificação, seletividade e distribuição dos vários tipos de presos para os demais estabelecimentos do sistema penitenciário.

Centro de Internamento e Reeducação – CIR - além de ser um estabelecimento prisional dotado de oficinas de trabalho para apenados em regime semiaberto abriga também internos com trabalho agrícola, cujas sentenças permitam que o apenado tenha o direito de prestar serviço visando alcançar benefícios de redução de pena possuindo, por isso mesmo, características assemelhadas às de colônia agrícola e industrial. Possui Ala Especial para custódia de ex-policiais e detentos com direito à prisão especial, nos termos da lei, e é onde encontram-se os extraditados, os que tem nível superior completo, presos cautelarmente custodiados à disposição do STF.

Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PFDF – considerada como penitenciária de segurança média, é o local destinado a receber mulheres em situação de conflito com a justiça e que estão aguardando decisões do Poder Judiciário. Recebe os vários tipos de regimes tais como fechado, semiaberto e provisório, além de acolher as presas da região, também recebe presas provisórias de outras unidades federais a critério da Vara de Execuções Penais. Recebe, também, os homens que foram sentenciados a cumprir medida de segurança, ou seja, aqueles que tem problema mental.

Com relação ao panorama populacional do Distrito Federal, em 2006, a população era de 2.277.279 habitantes e, em 2012, houve o crescimento na ordem de 12,5%, representado pelo total de 2.562.963 habitantes, conforme visto nos dados do InfoPen (BRASIL, 2012c) e demonstrado no gráfico 1, abaixo:

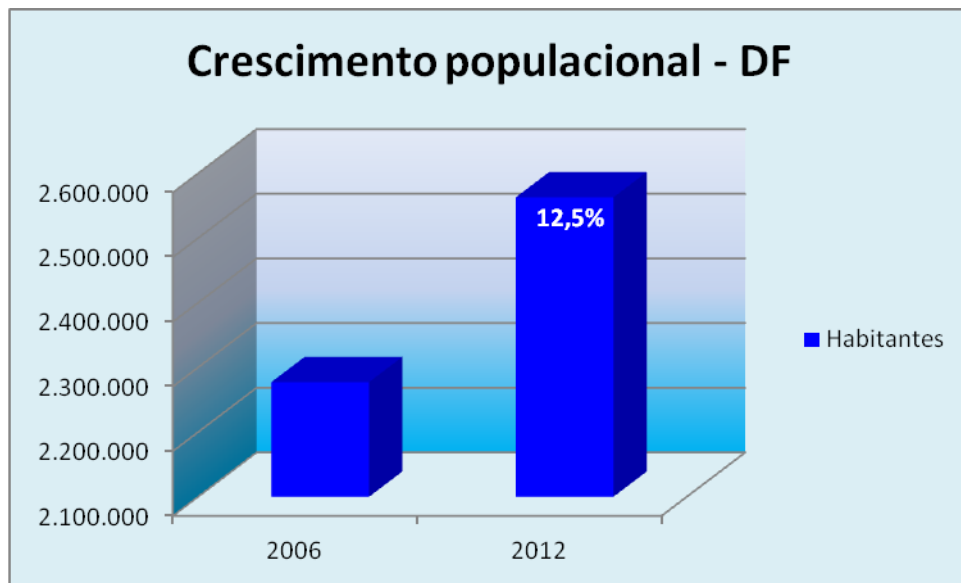


Gráfico 1 – Crescimento populacional do DF 2006/2012

Fonte: InfoPen (BRASIL, 2012c)

Contudo, quando são analisados os dados sobre a população carcerária, conforme gráfico 2, abaixo, fica claro o grande diferencial existente. Nesse caso, a população carcerária cresceu 63,5% no período. Quanto os presos provisórios, entre o ano de 2006, cuja população representava 10,2% em relação ao crescimento anual nos anos seguintes, em 2012, esse percentual atingiu um crescimento de 20%, praticamente o dobro após seis anos. O ritmo de crescimento manteve-se estável, e houve até quedas, até 2010, com percentual de 14,6%, porém, em 2011, houve um salto para 17,2%, e, em 2012, chegou-se a 20%, havendo uma diferença no crescimento da população dos presos provisórios em torno de 2,8%.

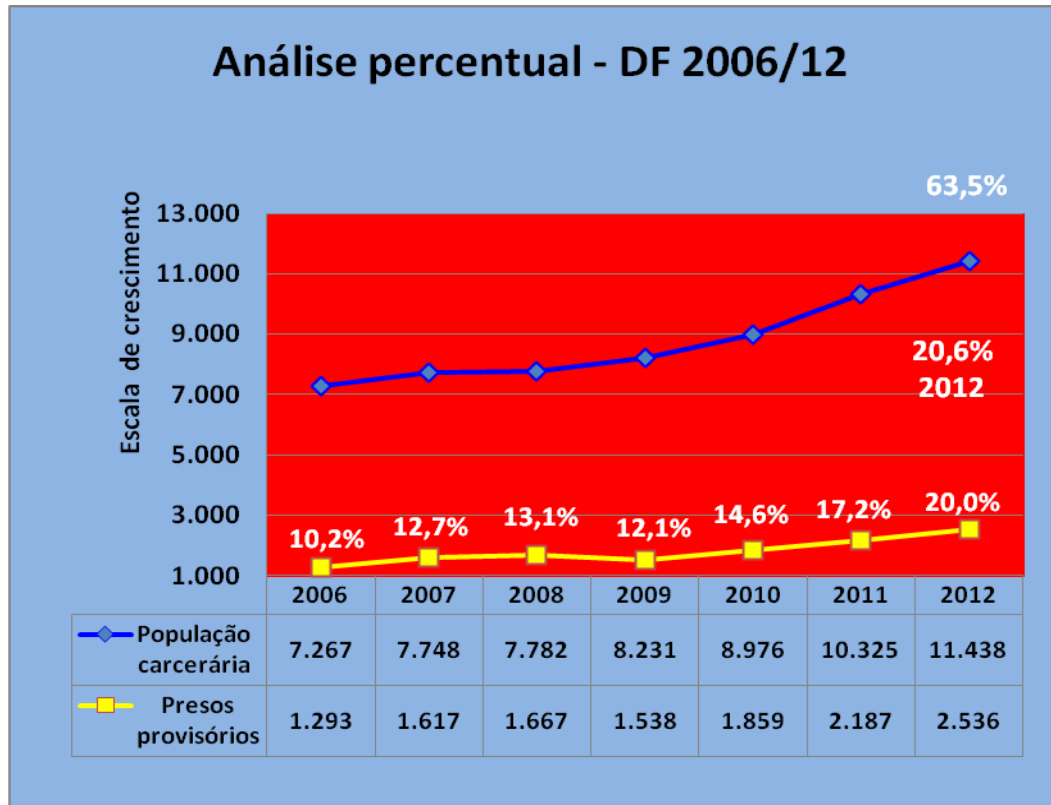


Gráfico 2 – População carcerária e Presos provisórios do DF

Fonte: InfoPen (BRASIL, 2012c)

Em relação às vagas destinadas para atender essa população, em 2012, existiam 1.120 para o total de 2.536 presos provisórios, o que representa um déficit de 1.416 vagas ou 55,8%.

Em relação à diferença entre os outros tipos de presos e de presos provisórios, no ano de 2012, havia uma população representando 20,6% entre esses do universo da população carcerária.

Essa diferença entre os anos de 2011 e 2012, e o grande salto de crescimento em relação ao da população em geral e da carcerária, demonstra que o índice de violência aumentou e, ao considerar a implantação da Lei nº 12.403, a partir de maio de 2011, e pelo número mostrado em dezembro de 2012, demonstra que não houve efeitos dessa lei para estagnar ou depreciar os números de presos provisórios.

Ao analisarem-se também os números da população carcerária e de presos provisórios do Estado de Goiás, é pertinente concluir que nesse estado também não houve eficácia da Lei das Medidas Cautelares para diminuir-se os números nem da população carcerária nos vários tipos de regimes, bem como o dos presos provisórios.

3.2.2 Aspectos do Sistema Carcerário para presos provisórios de Goiás

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO) tem a Central de Penas e Medidas Alternativas – CEPEMA, que é vinculada à 4ª Vara de Execuções Penais de Goiânia. Os presos do estado de Goiás estão localizados na capital e nas unidades penais do interior e não estão separados estatisticamente no InfoPen (BRASIL, 2012C). O Relatório do Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Estado de Goiás, finalizado em 12 de março de 2008, trata sobre as medidas alternativas. Nesse relatório foram disponibilizadas informações acerca das metas implantadas ou que aguardam ratificação. Diferente do Distrito Federal, nesses documentos encontrados entre os anos de 2008 e 2010, ou anteriores, não há muitas informações sobre como são dispostas as unidades prisionais.

Por essa dificuldade, foi necessário fazer contato via telefone com uma dessas unidades, especificamente na Cadeia Pública de Cristalina, e foi informado pelo Supervisor de Segurança que nos municípios menores, a cadeia pública abriga os diversos tipos de presos, ou seja, todos misturados, provisórios, condenados e prisão civil. Já nas cidades maiores, existem essas separações, contudo, segundo o coordenador, não é regra e deu como exemplo a cidade de Águas Lindas, da região do entorno do DF, que tem a população maior do que a da cidade de Luziânia, também do entorno, mas que não possui cadeias distintas como esta.

Essa contradição vista pode ser em virtude de, segundo pesquisado no Plano Diretor do Sistema Penitenciário de Goiás, no ano de 2008, houve, entre o Poder Judiciário e o Depen, projeto para a criação dos Núcleos de Penas e Medidas Alternativas nas cidades de Anápolis, Luziânia, Formosa, Trindade e Aparecida de Goiânia e pode ser uma evidência que não existem em outras cidades e apenas nessas até hoje.

Conforme o relatório do Plano Diretor (2010) e, de acordo com informações prestadas pela Central de Penas e Medidas Alternativas do Tribunal de Justiça de Goiás, apenas a comarca de Goiás faz uso de penas e medidas alternativas no Estado, abrangendo os municípios de Trindade, Aparecida de Goiânia e Senador Canêdo.

E, especificamente para o acolhimento de presos temporários, na capital e região metropolitana, há a Casa de Prisão Provisória (CPP); que funciona no Complexo Penitenciário de Goiás, na cidade metropolitana de Aparecida de Goiás.

Existem, segundo visto no InfoPen (2012) 65 cadeias públicas e essas são divididas pelas Regional Noroeste; Regional do Entorno de Brasília; Regional Sudeste; Regional Centro-Oeste; Regional Sudoeste; Regional Norte; Regional Nordeste.

Ao todo, o estado de Goiás tem:

- Nº total de municípios no estado: 246
- Nº total de comarcas: 120
- Nº de municípios abrangidos: 04
- Percentual de Municípios abrangidos: 1,63 %

Por não haver distinção entre presos de vários regimes e os provisórios nos dados do InfoPen, em 2012, o estado de Goiás possuía 80 estabelecimentos penitenciários, conforme quadro 1, abaixo:

Estabelecimentos Penitenciários do Estado de GO			
	masculino	feminino	Total
Penitenciárias	5	2	7
Colônias Agrícolas, Indústrias	5	0	5
Casas de Albergados	2	0	2
Cadeias Públicas	65	0	65
Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico	0	0	0
Patronato	1	0	1

Quadro 2 – Estabelecimentos prisionais

Fonte: InfoPen (BRASIL, 2012c)

Segundo informações vistas na página institucional do CNJ, está em andamento, com finalização prevista em agosto de 2013, o Mutirão Carcerário no estado, portanto, poderá existir alterações dos dados apresentados quando da realização dessa pesquisa.

Quanto aos habitantes do estado de Goiás, em 2006, havia 5.067.506 e, em 2012, havia 6.004.045, representando um crescimento da população de 18,4%, conforme demonstrado no gráfico 3, abaixo:

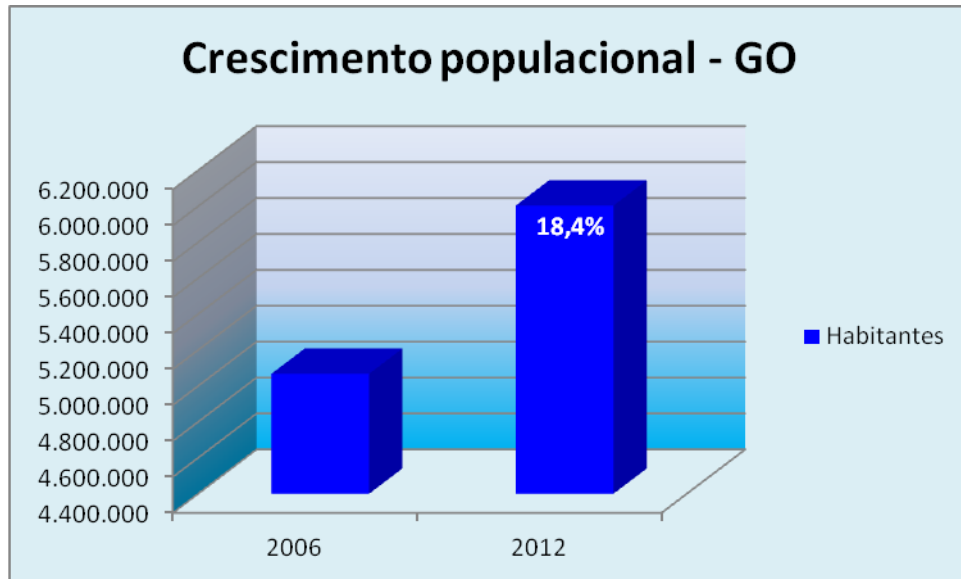


Gráfico 3 – Crescimento populacional do GO 2006/2012

Fonte: InfoPen (Brasil, 2012c)

Quanto à população carcerária, entre os anos de 2006 e 2012, essa cresceu na proporção de 52,2%, o que é uma grande diferença em relação à população em geral (18,4%), o que significa também um grande índice no aumento da violência, se comparado ao índice de crescimento da população. Quanto aos presos provisórios, houve uma média de crescimento entre 13,1% (2006), mantendo-se estável até 2009, no ano seguinte aumentou para 15,7% e fechando, em 2012, com um crescimento médio de 16,2%. Em relação à população carcerária, representou o universo de 37,7% de presos provisórios aguardando sentenças (GRÁFICO 4).

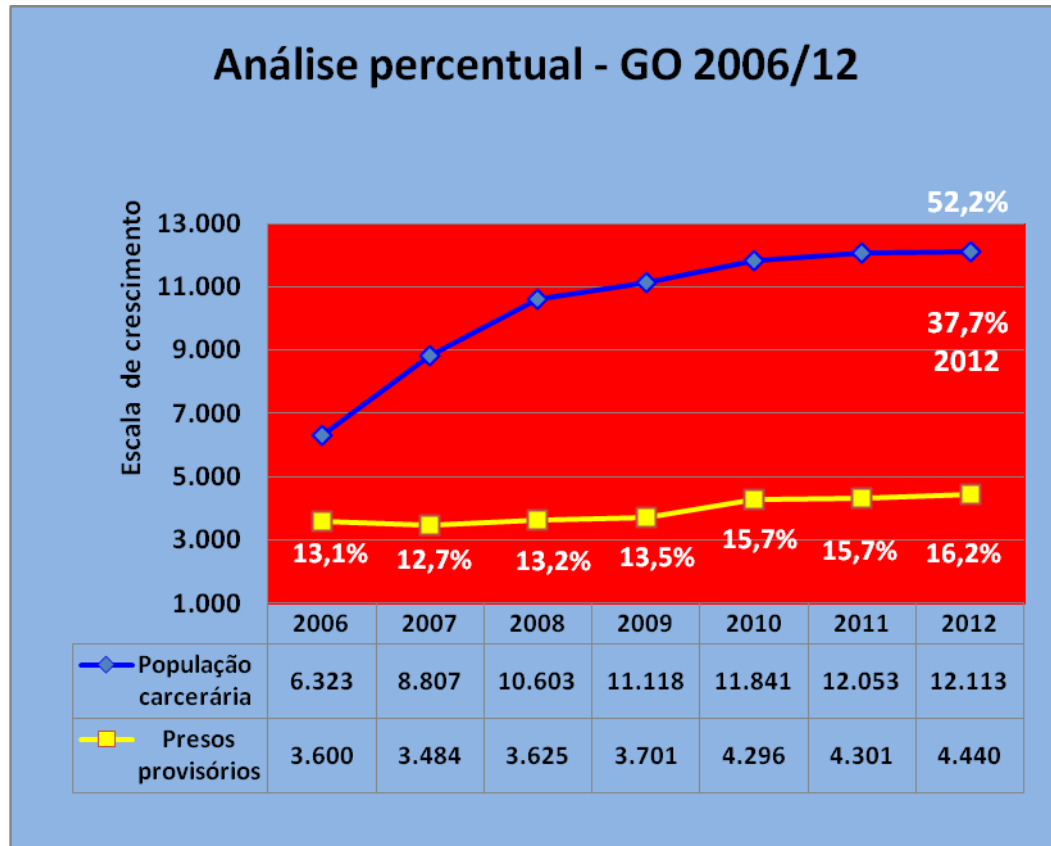


Gráfico 4 – População carcerária e Presos provisórios do GO

Fonte: InfoPen (Brasil, 2012c)

Sobre a análise se houve recrudescimento da população dos presos provisórios no período de implantação das medidas cautelares, pode-se considerar, conforme mostrado no gráfico, que houve um aumento não muito expressivo (16,2%) em relação ao ano anterior (15,7%), numa diferença de 0,5% entre o ano de 2011 e 2012.

Quanto ao número de vagas, em 2012, o estado de Goiás possuía 2.083 destinadas aos presos provisórios, sendo que esses somavam 4.440, havendo um déficit de 2.357 vagas, representando 53,1%.

Ao analisarem-se os resultados obtidos sobre a população carcerária do Distrito Federal e de Goiás, ficaram evidentes que tanto num como no outro, houve o aumento significativo dos índices da população carcerária em relação ao número de habitantes no período. Quanto ao aumento da população tanto carcerária quanto ao de presos provisórios, o Distrito Federal apresentou um maior índice em relação ao estado de Goiás, apesar de o crescimento de habitantes ter sido menor em relação a esse.

O déficit de vagas para abrigar os presos provisórios foi maior também no Distrito Federal e, apesar de os números mostrarem um *score* não favorável, parece evidente que o Distrito Federal possui melhor estrutura carcerária em relação à de Goiás. Outro fator positivo

em detrimento a Goiás é que no Distrito Federal o índice de 20,3% de presos provisórios contra 37,7% significa que há a possibilidade de haver mais ações para a aplicação favorável da Lei das Medidas Cautelares, promovendo benefícios decorrentes da sua efetivação.

O que pode ter contribuído para a diminuição desses índices é a possibilidade de estudos sobre os processos permitidos pelos mutirões carcerários, cuja efetividade tem sido comprovada ao longo dos anos de sua aplicação, por isso, essas ações emergentes devem ser propostas e aplicadas na prática a fim de reduzir o índice de presos provisórios que aguardam a justiça, que se sabe ser lenta, apoiada pela Lei nº 12.403/11.

A seguir, serão mostrados os dados referentes às entrevistas feitas com os diretores de duas unidades prisionais, em que se buscaram informações e impressões *in loco* para haurir deprender, na prática e no dia a dia, a realidade dessas unidades e compreender o universo em que se inserem os gestores dessas.

3.2 Discussão e Análise das Entrevistas

As entrevistas realizadas, como já informado, seguiram um roteiro e compreenderam perquirir o diretor designado como DDF (Diretor do DF, Centro de Detenção Provisória - CDP) (APÊNDICE 1) ou DGO (Diretor de Goiás – Unidade Prisional de Cristalina-GO) (APÊNDICE 2). Após, buscou-se saber qual a carreira percorrida de cada um dentro da administração pública e o tempo de exercício, sendo que o DDF é delegado da Polícia Civil do DF e está na direção desde novembro de 2011, e o DGO é agente penitenciário da carreira do Sistema de execução penal goiano e, neste caso, em Goiás, somente este cargo pode ocupar funções de chefia em toda a estrutura do sistema de execução penal e ocupa, atualmente, o cargo há mais de três anos, mas já havia atuado em outras unidades do Estado.

Foi perguntado a ambos se existia superlotação na unidade gerenciada e estes confirmaram que sim e não souberam precisar exatamente quantos, mas o DDF declarou que havia cerca de 840 internos aguardo sentença há mais de quatro meses o que comprova a existência do excesso de prazo visto em Delmanto Junior (2011) sobre a EC nº 45, art. 5º, e já pacificado pela Súmula 697/03 (BRASIL, 2003).

Foi perguntado sobre a opinião dos entrevistados se era falha da justiça haver a prisão preventiva com excesso de prazo e ambos afirmaram que sim, sendo que o DDF alegou que essa situação fere tanto os princípios da legislação processual penal, da inocência bem como o da dignidade humana. O DGO complementou que as falhas estão em diversos setores e

destacou ser decorrente também da falta de estrutura do Estado, pois em Goiás não existe defensoria pública.

Procurou-se saber, destacando-se o aumento da população carcerária, se o problema de superlotação estava correlacionado à ineficácia da Lei de Medidas Cautelares ou existiam outros fatores e pediu-se que, caso afirmativo, justificassem e o DDF destacou que os fatores estavam relacionados ao aumento da população, levando ao aumento da criminalidade e pelo trabalho efetivo da polícia, justificou, ainda, que a não efetividade dessa lei não é o fator determinante, mas, sim, a expectativa criada em torno dela como solução para desafogar o sistema, o que não seria válido. Quanto ao DGO, esse explicou que a possibilidade de essa lei não estar sendo benéfica demanda sobre a pressão exercida pela sociedade em manter o preso encarcerado, mesmo os que têm direito de serem alcançados por ela.

Também investigou-se a opinião dos entrevistados em relação à existência de outros meios, além das medidas cautelares, para reprimir os abusos ou irregularidades das prisões provisórias e o DDF respondeu de forma assertiva e ponderadamente que são os mecanismos que visem dar mais celeridade ao julgamento e prover maior controle sobre os processos a serem analisados é que farão a diferença, fazendo uma triagem das situações e utilizar-se os recursos tecnológicos que, comprovadamente, aceleram os processos de alimentação do banco de dados, dando maior fidedignidade e cruzamento de informações em tempo real, além de apropriar-se de melhor aparelhamento da máquina do governo ao investir em maior organização de Defensorias Públicas, Ministério Público e Judiciário, mutirão carcerário, recursos para gerir os presídios. Na fala do DGO, as mesmas necessidades, de forma resumida, foram também destacadas, ou seja, reestruturação e infraestrutura como prioridades, principalmente no que diz respeito à demanda de trabalho imposta aos juízes, o que é um dificultador.

Depreende-se dessas falas que o grande problema, e talvez o maior, encontra-se na infraestrutura do Estado e dos seus mecanismos de ação, pois havendo os instrumentos legais, no caso, as leis, não bastam, isoladamente, para resolverem os problemas da superpopulação carcerária, nesse caso, o aparelhamento do Estado.

Quando perquiridos sobre os fundamentos dos quais os juízes têm utilizado para decretar a prisão preventiva ambos coadunaram com os que garantem a ordem pública, mas reconhecem que, por ser muito abrangente, alguns juízes utilizam-se de outros determinantes tais como o princípio da dosimetria da pena e relata ainda que, por buscar soluções e haver a incredibilidade nos atos de investigação e fiscalização por parte do Estado, esses juízes ainda se mantêm incrédulos à nova Lei de Medidas Cautelares. O DGO declara a importância das

inovações no que diz respeito à prisão preventiva, pois é essa que controla a manutenção ou não da prisão em flagrante servindo como parâmetro às demais prisões, excluindo-se a temporária.

Numa análise em relação aos estudos vistos sobre o argumento teórico com as falas e percepções dos entrevistados e numa imersão na realidade intramuros de um sistema carcerário confirmam-se os posicionamentos de Zaffaroni (2011) ao afirmar que a desordem é encontrada no próprio Estado, e esse é o verdadeiro inimigo do direito penal, haja vista que ao adotar-se um abolustismo em suas entranhas, torna-se ineficaz em resolver os próprios problemas e, de forma punitiva, convém-lhe manter-se assim.

3.3 Discussão e Análise dos Precedentes e a Jurisprudência

Foram feitas análises de dois precedentes já citados no capítulo II, do trabalho em tela, sendo um julgado no DF, o qual o Tribunal de Justiça concedeu a aplicação de medida cautelar para o acusado responder o processo em sede de liberdade provisória combinado com a aplicação de medida cautelar (BRASIL, 2012d). E o outro, julgado no estado de GO, no qual o Desembargador relator, seguido dos demais, entendeu pela inaplicabilidade da medida cautelar, mesmo estando diante de um caso em que o réu cumpria os requisitos exigidos, ou seja, era cabível a aplicação (BRASIL, 2013).

Os locais dos julgados foram escolhidos devido à proximidade da territorialidade de ambos, por estar também dentro do contexto da realidade profissional do elaborador do trabalho e pela grande diferença que há entre o percentual de presos provisórios excedentes nas penitenciárias e cadeias, ou seja, como mostrado no início desse capítulo sobre o levantamento de informações para saber o porquê dessa disparidade tão significativa estratificada em números percentuais, haja vista a Lei 12.403/2011 ter sido promulgada com o intuito de esvaziar os presídios, principalmente os provisórios, e, em casos excepcionais, deixar ou manter preso somente aqueles que não preencherem os requisitos para concessão das medidas cautelares.

3.3.1 Precedente do Distrito Federal

Julgado em maio de 2012, pela 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, composta pelos Ilustríssimos Desembargadores George Lopes Leite – Relator, Sandra de Santis – Vogal e Romão C. Oliveira – Vogal, em que Thiago Rodrigues

Fernandes foi preso em flagrante por infringir o artigo da Lei 11.343/2006, pelo fato de ter sido visto por policiais vendendo duas pedras de *crack* em via pública. Em sua posse foram apreendidos quarenta e dois reais e outra pedra de *crack* (BRASIL, 2012d).

Analisados os requisitos, quantidade mínima de droga, primariedade e menoridade relativa do paciente, nada obstante autuação anterior por porte de droga para autoconsumo, e não comprovada periculosidade capaz de justificar a prisão cautelar durante o julgamento, “[...] devido os ventos liberalizantes soprados dos tribunais superiores” (BRASIL, 2012d, p.1).

A votação foi unânime a favor da substituição da prisão preventiva em liberdade provisória combinada com a aplicação de medidas cautelares, tais como não se ausentar de Brasília, recolher-se à residência da mãe até 22h00min, não se envolver em arruaças, conviver em paz com a comunidade, não mudar de endereço sem comunicar ao Juízo processante e comparecer aos atos processuais para os quais seja intimado.

Referindo-se à prisão cautelar, esta pode fazer um mal incurável e irreparável ao indivíduo que nela permanece sabendo de sua inocência ou da possibilidade de aplicação de pena mais branda. Por isso, na hora da aplicação de prisão cautelar, além de outros princípios deve-se observar o princípio da proporcionalidade, conforme Roxin:

[...] o princípio constitucional da proporcionalidade demanda a restrição da medida e dos limites da prisão preventiva ao estritamente necessário, revelando a verdadeira existência de um Estado de Direito, devendo todos os profissionais do Direito, notadamente os que representam o Estado na persecução penal, estarem cientes dos males que qualquer encarceramento, e em especial o provisório, produzem no sujeito passivo da medida (ROXIM, 2000, apud LIMA, 2011, p. 27).

Diante desse precedente, percebe-se que a Lei de Medidas cautelares já está tendo seu real uso nos casos práticos. Observa-se que, acertadamente, o Desembargador relator George Lopes Leite aplicou as medidas cautelares de forma cumulativa, o que é possível. Assim também entende Lima (2011):

[...] o art. 282, §1, do CPP estabelece que as medidas cautelares podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Significa dizer que, a depender da adequação da medida e da necessidade do caso concreto, é possível que o juiz adote uma ou mais das medidas acautelatórias, devendo logicamente, verificar a compatibilidade entre elas (LIMA, 2011, p. 44).

Importante ressaltar, como visto em Lima (2011), que as medidas cautelares nunca vão poder ter sua aplicação de forma automática ante a prática de qualquer infração penal. Sua aplicação está vinculada aos requisitos do *periculum libertatis* e do *fumus comissi delicti*.

De acordo com Delmanto (2008, apud LIMA, 2011), não obstante possa afirmar que os requisitos exigidos para as medidas cautelares diversas da prisão possam ser mais brandos dos quais feitos para a prisão preventiva, a lei deve exigir a presença do *fumus commissi delicti*, da mesma forma que se exige para as prisões preventivas, caso contrário, configura-se no plano da materialidade, a ilegalidade na aplicação dessas medidas cautelares.

O *periculum in mora*, por sua vez, é explicado da seguinte forma por Calamendrei:

[...] a função dos provimentos cautelares nasce, pois, da relação que se passa entre esses dois termos, a necessidade de que o provimento seja eficaz e a inaptidão do processo ordinário a criar, sem demora, o provimento definitivo. Os provimentos cautelares representam uma conciliação entre as duas exigências geralmente contrastantes na Justiça, ou seja: a da celeridade e a da ponderação. Entre fazer logo, porém mal, e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde com a necessária ponderação, nas necessárias formas do processo ordinário (CALAMENDREI, 1965, apud LIMA, 2011, p. 39).

Depreende-se desse excerto que a celeridade do processo como sendo uma das premissas essenciais relativa à razoabilidade da execução da sentença significa que, preferencialmente, dê a ela as condições impostas para que o Direito posicione-se de forma fática, na justa medida da situação ao qual imponham-se as proporções devidas entre essa celeridade e o julgamento posterior às ações de reconhecimento do caso concreto, ou seja, evitar, na ordem, primeiro a prisão, e depois o julgamento, posto que esse pode ser devido ou não, mas somente verificável a partir de ações confirmativas.

Percebendo a situação de vulnerabilidade do acusado, a Colenda Turma:

Em casos como este o encarceramento serviria muito mais para demonstrar na prática o direito penal simbólico, implacável na sua ação repressiva, marginalizando ainda mais o viciado, do que para proteger a ordem pública, em flagrante ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humano. Seria tratar o paciente como rebotalho, tomando-o como exemplo para obter o fim preventivo da sanção penal, e não como ser humano, digno de compreensão e tratamento, como propõe a Lei de Tóxicos (BRASIL, 2012d, p.5).

E esse julgado, felizmente atendeu aos preceitos dos normativos legais frente à propositura de proteção das garantias e direitos fundamentais em que se basearam resguardar a dignidade do acusado, levando a termo todas as circunstâncias adjacentes ao caso em tela, haja vista não terem aplicado a literalidade da lei, mas houve o reconhecimento muito maior da necessidade de encaminhamento ao tratamento adequado, que é sabido não ser regra, mas

exceção, por isso esse termo “felizmente” não deveria ser usado e sim ser a prática corriqueira justa e adequada como normalidade.

3.3.2 Precedente de Goiás

Julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás de março de 2013, Segunda Câmara Criminal Habeas Corpus nº 37336-61.2013.8.09.0000 – Protocolo nº 201390373363, da Comarca de Morrinhos, Relator Desembargador Leandro Crispim que teve seu voto acompanhado pelos demais Desembargadores(as), Luis Cláudio Veiga Braga, Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira, Edison Miguel da Silva Junior e, ainda, a Juíza de Direito Substituta em 2º Grau, Dra. Lília Mônica C. B. Escher (respondente pelo cargo vago do Desembargador Paulo Teles) (BRASIL, 2013).

Trata-se de HC impetrado em favor de Jailton Antônio do Vale Júnior que, junto com Maicon Cordeiro Martins e Vinícius Delfino dos Santos, foi preso na residência do último, por suposta prática do crime de tráfico de drogas. Foram apreendidos no flagrante apenas 150 gramas de cocaína, R\$ 31,00, uma balança de precisão a pilha, um narguilé, 03 celulares.

Enfatiza o advogado que “[...] não há argumentos nos autos nenhuma evidência de que o Paciente é traficante ou mesmo é perigoso ou que sua liberdade possa comprometer o curso processual” e que “[...] não estão presentes os requisitos da prisão preventiva” (BRASIL, 2013, p.2). A defesa pleiteou pela possibilidade da concessão de liberdade provisória ou, caso a Câmara assim não entendesse, que fosse concedida a imediata liberdade por tratar-se de ação ilegal em mantê-lo preso cautelarmente ou, como alternativa viável, permitir pô-lo em liberdade provisória ou substituição por medidas alternativas. A Procuradoria de Justiça se manifestou pela negação da concessão do pleito. O Relator fundamentou sua decisão, explicando que os crimes de tráfico de drogas causam muitos prejuízos e instabilidade na sociedade, sendo delitos propagadores da criminalidade e destruidores de famílias.

É mister frisar que as leis que versam sobre penas são infraconstitucionais, ou sejam, antes delas serem observadas deve haver uma averiguação dos comandos constitucionais, tais como dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), presunção de inocência e que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal (art. 5º, LVII e LIV), todos da Constituição Federa. Ademais, não há como comprovar o comportamento reiterado do paciente na prática do crime nem a sua periculosidade, para que possa justificar a prisão cautelar durante o processo, veja que é mínima a quantidade da droga e dinheiro apreendido, ou seja, não indicam prejuízos e instabilidade na sociedade. (BRASIL, 2012e)

O Relator teve toda razão em usar esses argumentos, mas ele não pode esquivar-se de olhar para o outro lado da moeda. Será que é a melhor alternativa colocar um “aviãozinho” ou “formiguinha” (como são conhecidos os pequenos traficantes) em uma Unidade Prisional que já está superlotada? Com relação ao assunto, assim dispôs o Ilustríssimo Desembargador George Lopes Leite, processo nº 20120020070676, acórdão nº 587.005, do precedente do DF:

Em casos como este o encarceramento serviria muito mais para demonstrar na prática o direito penal simbólico, implacável na sua ação repressiva, marginalizando ainda mais o viciado, do que para proteger a ordem pública, em flagrante ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Seria tratar o paciente como rebotalho, tomando-o como exemplo para obter o fim preventivo da sanção penal, e não como ser humano, digno de compreensão e tratamento, como propõe a Lei de Tóxico (BRASIL, 2012d, p.5).

Ademais, relata que a pena é superior a quatro anos e, dessa forma, preenche o requisito objetivo no artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, exigido para a decretação da custódia cautelar. Para que haja uma real aplicação da Lei de Medidas Cautelares, o judiciário deve-se flexibilizar quanto à aplicação das normas penais no caso concreto. No caso do GO, se o acusado for condenado, poderá ser agraciado com a redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e com a substituição da pena por restritivas de direitos.

Completa a fundamentação afirmando que a tipificação correta é mesmo o art. 33 da Lei 11.343/06, que está presente a garantia da ordem pública, de acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal e reafirma a vedação da liberdade provisória contida no art. 44 da Lei de Drogas (BRASIL, 2006). Mister expor a trecho da obra de Santos (2011), acerca da inconstitucionalidade do art. 44, da Lei de Drogas:

[...] a restrição liminar a liberdade provisória para estes injustos torna-se ainda mais incoerente, pois permite que uma medida estritamente cautelar seja mais drástica do que a resposta penal reservada pelo Estado-juiz ao infrator, caso sobrevenha uma condenação. Clara é a ofensa, portanto, ao princípio da razoabilidade sob os ângulos da necessidade e da proporcionalidade (princípio da homogeneidade das prisões cautelares) – a proibição à liberdade provisória apriorística, impondo ao réu a prisão em flagrante até a sentença, tornaria tal custódia excessiva e desproporcional se o caso concreto apontar para a provável substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos (SANTOS, 2011, p. 257).

Conforme depreendeu-se de Santos (2011) acima, apesar de existirem precedentes isolados da 1ª Turma do STF e da 5ª Turma do STJ acerca da inafiançabilidade inerente ao tráfico, fixada no art. 5º, XLIII, da CF/88, o qual não permitiria a concessão de liberdade provisória, o STF já se posicionou favoravelmente sobre haver a possibilidade de substituição

da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, declarando inconstitucional o art. 44 da Lei nº 11.343/06. A partir de todos os entendimentos vistos, passar-se-á às considerações finais de todo esse trabalho realizado.

CONCLUSÃO

Sob um novo olhar da doutrina jurídica acerca do Direito Penal, forçosamente transformada pela mudança de paradigmas na sociedade atual, vê-se em seu entendimento o ensejo do que determina como necessária uma nova interpretação sobre a implementação da Lei 12.403/11, art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal sobre as medidas cautelares que visam, sobretudo, a possibilidade de um acusado, na fase preliminar de execução penal, ter o direito de aguardá-la em prazo razoável legal, quer seja em liberdade privativa ou em regime provisório, no que cabe a ação legal e os fatos, mas, hodiernamente, não é o que acontece, principalmente em relação aos crimes de menor potencial ofensivo e foi sobre esse tema que se apresentou esse trabalho de pesquisa.

Restou comprovado, ao analisar-se o estudo feito para fortalecimento deste trabalho, por meio das ações proferidas pelo ordenamento jurídico, jurisprudência e julgados, deparou-se com situações que envolviam a utilização do instrumento legal supracitado e também o caracterizando, não como uma forma diferenciada de cumprimento das prisões já existentes decretadas na fase investigativa e na processual, mas como medida paliativa, já que é uma forma de esvaziamento do sistema carcerário, mas que, na prática, carece de uma maior conformidade para tornar-se efetiva.

Como o direito adquirido no tocante ao ter uma penalização que respeite os direitos humanos relativos à integridade física e moral, bem como à sua privacidade, tanto fere o direito de quem se encontra nessa situação em discordância com a lei bem como com a própria, por essa não estar sendo efetiva e capaz de ressocializar, profissionalizar ou reeducar esse acusado e, como cerne da pesquisa, para saber se a Lei das Medidas Cautelares teria surtido efeito em depreciar os números e manter-se menos presos provisórios ou temporários mostrou-se que esse instrumento legal não teve seu alcance imediato após implantação há mais de dois anos. Muito pelo contrário, evidenciou-se que os números, em alguns momentos, duplicaram-se.

Essa lei vem mostrando que não é a tábua de salvação para prover mudanças no sistema prisional, mas ela é mais um instrumento favorável e, pelo o que foi visto no referencial teórico e o posicionamento dos vários doutrinadores que buscam elucidar esse fenômeno do crescimento da criminalidade e todas as especificidades vistas nessa lei, confirma-se que essa poderá ser eficaz a partir de mudanças conceituais e estruturais dos legisladores, bem como dos magistrados, mas, mais ainda nas mudanças da gestão estatal,

pois o Estado carece de aparelhamento para fiscalização e observância dessa, sendo ineficaz de prover os recursos administrativos, estruturais e humanos para tal.

Sobre isso, a mudança maior e mais profunda necessita acontecer na estrutura e no aparelhamento do Estado concernente ao sistema carcerário, pois essa lei confere fortalecimento aos poderes judiciais para que haja a garantia fundamental e necessária que permite a efetividade processual, e como foi visto em Nucci (2012), ela promove mais vantagens do que pontos negativos, portanto, se bem alinhada aos preceitos legais e constitucionais, poderá mudar profundamente a estrutura prisional estatal.

Se bem analisada, essa lei não é nova e nem foi criada no clamor da sociedade, como comumente acontece, e ela já vinha sendo aplicada pelos juízes criminais quando analisavam os processos criteriosamente em relação aos autos de prisões em flagrante delito, já considerando as garantias processuais e os direitos adquiridos pelos princípios da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório, e da presunção de inocência, posto que, no devido processo penal, essas garantias são o norte até que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado, finalizando todo o processo e é o que valida a ação coercitiva do Estado num enfoque mais moderno perscrutando todas as vias possíveis que emanam da Constituição Federal e por uma democracia moderna e soberana.

Nesse contexto, as descobertas aferidas por meio da pesquisa, tanto o Código Processual Penal e a Lei de Execução Penal, como legítimos aportes jurídicos investidos da responsabilidade de guarda e proteção do direito fundamental e garantias do acusado, tem o sentido de ruptura da apatia do Estado e da sociedade quando, com essas práticas, traz à baila novas proposituras dos regimes de penas e prisão, subsidiados por leis que dão proteção a todo cidadão que se encontra em situação prisional e há uma necessidade premente de, em novas versões, uma possibilidade de construção, no século XXI, de uma cidadania enriquecida para exercer nesse cidadão em regime de reclusão ou restrição de liberdade os direitos à sua reinserção na sociedade permeada pela reeducação e ressocialização após o cumprimento da pena.

Vários entendimentos foram vistos em relação às teorias reducionistas e punitivas, e como não poderia ser diferente, há interpretações divergentes, porém, são nestas que se inferem serem necessárias essas mudanças no cenário jurídico nacional, exigindo dos legisladores um pensamento voltado para a interação do Direito como um todo, centrado na pessoa e na individualidade, nas circunstâncias que envolvem o caso concreto, nos aspectos sociais, nas relações subjetivas, na proteção do indivíduo, quando em conflito com o outro e

em suas desigualdades, aplicando-se a lei, os princípios e garantias, conforme os comandos emanados da Lei Fundamental.

E essa lei oferece ao juiz os substratos necessários para que, além da prisão provisória, tenha outras nove medidas cautelares intercaladas e intrínsecas que podem dar maior efetividade ao processo penal, aplicando-a nos vários processos cabíveis e utilizando-a como conceito de necessidade x aplicabilidade conjugando os aspectos da fiel adequação ao caso concreto, assegurando a aplicação da lei, havendo a conveniência da investigação e instrução criminal e, sobretudo, evitar novas infrações penais, analisando-se a gravidade do crime, as circunstâncias desse e a vida pregressa do indivíduo.

E assim, sob vários aspectos acerca do Direito é que sua evolução vai adequando-se, buscando efetividade da prestação jurisdicional e a pacificação com justiça, consolidando a exigência que a sociedade contemporânea tanto almeja; não se tornando o Direito estático e, sim, flexibilizado. Buscando jamais esquecer-se de que é exatamente por meio de sua interpretação sistematizada, levando-se em conta tudo o que vige em seu ordenamento jurídico, que se fará justiça aplicando-se o direito do caso concreto em detrimento de interesses ou fins não colimados pelo Direito.

Essa relação é tão intrínseca que vale destacar o envolvimento das três premissas básicas para que o legislador possa valer-se e robustecer o seu entendimento, quais sejam a Constituição Federal, o Código Penal Brasileiro e a Lei de Execução Penal, com o valor agregado que dispõem essas doutrinas postas a serviço da garantia da defesa dos direitos fundamentais da pessoa, da personalidade, da integridade e da privacidade.

A pesquisa atendeu aos objetivos propostos quando buscou em diversos doutrinadores a fundamentação sobre o assunto abordado, porém, como limitação, e ainda acreditando tratar-se de assunto novo, percebeu-se na análise dos julgados divergências de entendimento entre os juízes criminais do Distrito Federal e de Goiás sentenciando para o mesmo crime e históricos dos acusados muito semelhantes penas divergentes. Os Mutirões Carcerários confirmaram ser eficazes para reduzir a morosidade da justiça e solucionar divergências legais em manutenção de preso por excesso de prazo, devendo ser mais sistematizado e realizado, no mínimo, uma vez por ano, o que não aconteceu em ambas as unidades carcerárias pesquisadas.

Finalizando, e exortando Lhering logo na epígrafe desse trabalho, mais vale deixar a impressão no pensamento do homem para reflexão do que lhe marcar a alma e o corpo com castigos físicos, e esse não é o objetivo da penalização. E essa ainda deve ter o equilíbrio, na medida justaposta entre o verdadeiro estado de direito e a justiça que o defende.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e expansão. Palestra proferida no painel “Crime, Castigo e Direito”, em 28 de setembro de 2005, em Florianópolis, SC, na XIX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, **Revista da ESMESC**, v.13, n. 19, 2006, pp. 459-488.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. (Trad.) Juarez Cirino dos Santos, 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002, 256p.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 136 p.

BERDET, Marcelo; SILVA, Patrícia Regina da Matta. O monitoramento psicossocial nas Penas e Medidas Alternativas (PMAs): uma tecnologia disciplinar. **Rev. Bras. de Ciências Criminais**. IBCCRIM, ano 19, vol. 91, jul-ago, 2011, pp.313-342.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (Lei nº 12.403/2011): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. **Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo - AASP**, ano XXXI, setembro de 2011, n. 113, pp.112-134.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Outorgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 jan. 2013.

_____(f). **Lei nº 12.403**, de 04 maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 12 abr. 2013.

_____(c). Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. **Execução penal, Sistema prisional, Informações InfoPen, Estatística**. Disponível em:
<<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&Team=¶ms=itemID={C37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

_____(a). **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/1980-988/L7209.htm#art21>>. Acesso em: 04 jan. 2013.

_____(b). **Lei nº 7.210 - de 11 de julho de 1984 - DOU de 13/7/84 - Lei da Execução Penal – Alterada**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em:
<<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1984/7210.htm>>. Acesso em: 29 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 697**, de 24 de setembro de 2003. A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=697.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

_____(d). 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **HABEAS CORPUS n. 20120020070676HBC**. Defensoria Pública do Distrito Federal. Paciente: Thiago Rodrigues Fernandes. Relator Desembargador: GEORGE LOPES LEITE. Acórdão: Nº 587.005. Ementa: *Habeas Corpus*. Tráfico “formiguinha”. Prisão em flagrante. Venda de pedras pequenas de crack. Negativa de liberdade provisória. Inexpressividade da apreensão. Ausência de periculosidade real da conduta apurada na prova inquisitória. Ordem parcialmente concedida. Julgado em 10 de maio de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **HABEAS CORPUS Nº 37336-61.2013.8.09.0000**. Protocolo: Nº 201390373363 Comarca de Morrinhos. Impetrante: Maurício de Melo Cardoso. Paciente: Jailton Antônio do Vale Júnior. Relator: Desembargador Leandro Crispim. Ementa: *Habeas Corpus*. Tráfico de drogas. Negativa de autoria. Incomportabilidade. Via eleita inadequada. Conversão do flagrante em prisão preventiva. Indeferimento do pedido de liberdade provisória. Prisão respaldada na Lei. Julgado em 7 de março de 2013.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Mutirão Carcerário – DF, 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/portal/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/df.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2013.

_____(g). Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Nacional do Mutirão Carcerário CNJ 2010-2011: Raio-X do Sistema Penitenciário Nacional, 2010-2011** promovido pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2013.

_____(e). Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 665**. Brasília, 07 a 11 de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo665.htm>>. Acesso em: 09 set. 2013.

_____. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 13 set. 2013.

CARVALHO, Salo de. **Substitutivos penais na era do grande encarceramento**. In: *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II* [recurso eletrônico] Ruth Maria Chittó Gauer (ORG.); Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010. pp. 146-171. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>>. Acesso em: 15 maio 2013.

DARLAN, Siro. **A soltura dos réus do Hotel Intercontinental**. Caderno Direito e Justiça, Correio Braziliense, outubro de 2012, p.1.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. A garantia da razoável duração do processo penal e a reforma do CPP. **Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo - AASP**, ano XXXI, setembro de 2011, n. 113, pp.135-147

DELA-BIANCA, Naiara Antunes. **Monitoramento eletrônico de presos. Pena alternativa ou medida auxiliar da execução penal?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2748, 9 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18126>>. Acesso em: 9 maio 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1997, 557 p.

FELDENS, Luciano. **Aproximações teóricas sobre o garantismo jurídico**. In: Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II [recurso eletrônico] Ruth Maria Chittó Gauer (ORG.); Porto Alegre: Edipucrs, 2010. pp. 258-272. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>>. Acesso em: 15 maio 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Histórica mesa redonda sobre o “Direito Penal” do inimigo**. 1º Congresso Internacional da Rede LFG (Rede Luiz Flávio Gomes de Ensino Telepresencial) e Ipan dia 02.09.07. Disponível em: <<http://rodrigobello.wikidot.com/historica-mesa-redonda-sobre-o-direito-penal-do-inimigo-zaff>>. Acesso em:30 maio 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 285p.

JUNQUEIRA, Maíz Ramos. Diálogo com os prestadores de serviços: um estudo de caso. **Rev. Bras. de Ciências Criminais**. IBCCRIM, ano 19, vol. 91, jul-ago, 2011, pp. 273-310.

LIMA, Amaury Altino de. **A efetivação dos direitos do preso em face da situação prisional no ordenamento jurídico brasileiro**. Monografia aprovada do Curso de Graduação de Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, SC. nov. 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011. 492p.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais**. Luiz Flávio Gomes (Trad.) 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 683 p.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. SAVEDRA, Mônica Maria Guimarães. **Metodologia da pesquisa jurídica: manual para elaboração e apresentação de monografias**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: de acordo com a Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 137 p.

OSP. Observatório de Segurança Pública. Boas práticas no estado de São Paulo. Principal. **'O inferno é o presídio', afirma ex-detento**. Sistema Penitenciário, postado em: G1 18/11/2012.

Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/taxonomy/term/6/all?page=4>>. Acesso: 17 abr. 2013.

PALADINO, Carolina de Freitas. Minimalismo, abolicionismo ou garantismo: qual a solução para os problemas no âmbito penal? **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, n. 13, vol.1, p. 405-27, 2010.

RAHAL, Flávia. Questões gerais da Reforma do Código de Processo Penal. **Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo - AASP**, ano XXXI, setembro de 2011, n. 113, pp. 62-70.

REALE JÚNIOR, Miguel. **O juiz das garantias**. In: Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II [recurso eletrônico] Ruth Maria Chittó Gauer (ORG.); Porto Alegre: EdIPUCRS, 2010. pp. 146-171. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>>. Acesso em: 15 maio 2013.

RODRIGUES, Luzia Celeste. **Abordagem etnográfica**: possibilidades e desafios na pesquisa de mercado. Escola de Comunicações e Artes. Departamento de Relações Públicas, Propaganda e Turismo. Especialização em Pesquisa de Mercado em Comunicações. Universidade de São Paulo, USP. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.demanda.com.br/sitenovo/Monografia_completa_Luzia.pdf >. Acesso em: 29 ago. 2013.

RUIZ FILHO, Antonio. Observações sobre o novo processo penal. In: A reforma do Processo Penal. **Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo - AASP**, ano XXXI, setembro de 2011, n. 113, pp.43-70.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Criminologia do Reconhecimento**: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico. In: Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II [recurso eletrônico] Ruth Maria Chittó Gauer (Org.); Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. pp.91-106. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>>. Acesso em: 15 maio 2013.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O novo Processo Penal Cautelar**: à luz da lei 12.403/11. Salvador: JusPodivm. 304p.

SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Resumo do Curso de Direito Constitucional Positivo**. BDJUR Biblioteca Digital Jurídica – STJ, 2009. Disponível em: <http://intervox.nce.ufrj.br/~diniz/d/direito/cons-Curso_Direito_Constitucional_Afonso.doc>. Acesso em: 02 abr. 2013.

SILVA, Leonardo Rabelo de Matos. A criminologia e a criminalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4137>>. Acesso em: 30 maio 2013.

SILVA, Amaury; SANTOS, Felipe Miranda dos. Liberdade provisória e outras medidas cautelares. Leme: J.H. Mizuno, 2011.

VERGARA, Sylvia Constant. **Métodos de pesquisa em administração**. São Paulo: Atlas, 2005. 287p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. 1927. **O inimigo no direito penal**. (Trad.) Sérgio Lamarão, 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 224p.

APÊNDICES

Apêndice 1 – Entrevista na íntegra do Diretor do CDP - DF

PERGUNTAS:

Perguntas para o Diretor do CDP (Centro de Detenção Provisória) e o Diretor da Unidade Prisional da Cidade de Cristalina – GO, sobre a nova Lei de Medidas Cautelares (Lei 12.403/2011).

- 1) Qual seu nome?
- 2) Qual carreira o Sr. pertence junto a Administração pública?
- 3) Quando o Sr. assumiu a Direção do CDP?
- 4) Existe superlotação na unidade que o Sr. dirige?
- 5) O Sr. sabe informar se há uma grande quantidade de presos com excesso de prazo na prisão preventiva?
- 6) O Sr. considera uma falha da justiça a prisão preventiva com excesso de prazo?
- 7) Nos últimos anos no DF teve um aumento da população carcerária, inclusive no Centro de Detenção Provisória, o Sr. acredita que seja por conta da ineficácia da nova Lei de Medidas Cautelares ou há outros fatores além da não aplicabilidade da lei? Se sim, quais?
- 8) Além das medidas cautelares o Sr. acredita que existe outros meios para reprimir o abuso ou irregularidades das prisões provisórias?
- 9) Na sua opinião, quais são os fundamentos que os juízes têm utilizado para decretar a prisão preventiva?
- 10) O Distrito Federal está entre os primeiros com relação ao baixo percentual de presos provisórios. O Sr. acredita que ainda pode melhorar? Se sim, o que está faltando?
- 11) Você saberia dizer porque há grande distinção no percentual de presos provisórios entre DF e o estado do GO? Qual seria a solução na sua opinião para sanar esta diferença?
- 12) Mesmo sendo uma lei nova deveria estar sendo cumprida. Você consegue apresentar motivos para estados ainda terem 40% de presos provisórios?

13) No caso concreto, o DF está aplicando da maneira correta a Lei de Medidas Cautelares ou muito ainda tem que ser feito?

14) Uma pessoa que é presa indevidamente ao invés de se aplicar uma medida provisória, sofrerá consequências por conta de ter conhecido este “mundo paralelo” que é penitenciária?

Obs: caso queira fazer ponderações, fique a vontade.

1) R: Nivaldo Oliveira da Silva.

2) R: Delegado de Polícia da PCDF.

3) R: Em 28/11/2011.

4) R: Sim. O CDP possui capacidade para alocar 1063 internos e conta, hoje (23/04/2013), com uma população carcerária de cerca de 2650.

5) R: Não disponho de dados precisos relativos aos excessos de prazo. Todavia, posso informar que atualmente cerca de 840 internos deste Estabelecimento estão recolhidos a mais de 04(quatro) meses sem que tenham recebido sentença penal condenatória.

6) R: Sim, pois a permanência no cárcere do preso provisório por mais tempo que o legalmente previsto fere de morte a legislação processual penal e desrespeita os princípios da inocência e da dignidade da pessoa humana.

7) R: O aumento da população carcerária do DF deve-se, a meu ver, ao crescimento populacional, ao aumento da criminalidade e ao trabalho mais efetivo das polícias. A não efetividade na aplicação da referida norma não é o motivo determinante do aumento da população carcerária, todavia, criou-se uma expectativa de que sua aplicação efetiva teria o condão de dasafogar o sistema prisional.

8) R: Sim, por meio de mecanismos visando dar mais celeridade ao julgamento dos processos e mantendo constante controle da situação processual dos presos provisórios por parte órgãos de controle do Judiciário, MP e Defensorias, como a criação de mais varas criminais e de execução penal, modernização da tramitação eletrônica dos processos, aplicação efetiva do sistema de audiências por meio das videoconferências, organização do Judiciário, do Ministério Público e das Defensorias Públicas, inspeções periódicas e mutirões carcerários, modernização da legislação penal e processual penal e investimento nas Defensorias Públicas. Ainda, faz-se necessária a adoção de um planejamento científico e moderno das demandas do sistema prisional, bem como dos recursos necessários para bem gerir os presídios.

9) R: Segundo o artigo 312 do CPP, os fundamentos para a decretação da prisão preventiva são: a) garantia da ordem pública, b) garantia da ordem econômica, c) aplicação da lei penal e d) conveniência da instrução.

Temos observado que a garantia da ordem pública é o fundamento mais utilizado pelos juízes para a decretação da prisão preventiva. Como não há uma definição exata do que significa ordem pública, os juízes se utilizam de vários argumentos para a utilização desse fundamento, como a reiteração da prática criminosa, a periculosidade do agente, a gravidade do delito, o caráter hediondo do crime, a repercussão social do fato, a credibilidade da justiça e o clamor social, público ou popular.

Por isso e sob os argumentos de que a coletividade não pode ter seu direito à segurança suprimido e de que o Estado não possui um aparato capaz de fiscalizar o cumprimento das medidas cautelares, os juízes ainda continuam reticentes na aplicação das medidas cautelares diversas da prisão previstas na Lei 12.403/2011.

10) R: Sim. É preciso a ampliação e investimento nas Defensorias Públicas e no Judiciário, de modo que seja fornecida aos mais necessitados uma assistência jurídica gratuita de qualidade e se crie mecanismos eficazes para tornar a tramitação dos processos de réus presos mais célere.

A simples criação de normas bem intencionadas não resolve o problema. É preciso que o Estado disponibilize os meios necessários e adequados para a eficácia das medidas, como investimento nos mecanismos de fiscalização das medidas cautelares previstas na Lei 12.403/2011.

Já para reduzir a população carcerária como um todo, faz-se necessária a adoção de políticas públicas visando recuperar o indivíduo preso, criando mecanismos de acesso ao trabalho e ao estudo no cárcere à totalidade dos presos. Com a recuperação (ressocialização) do criminoso, reduz-se a criminalidade e, via de consequência, a população carcerária.

11) R:

12) R: Sabemos que no Brasil ainda há um número excessivo de prisões ilegais ou desnecessárias. Aliados a esse problema, é sabido que o Judiciário é moroso no julgamento dos processos de réus presos e que o Estado não fornece aos necessitados uma Assistência Jurídica Gratuita de qualidade. Ademais, falta o desenvolvimento de políticas públicas efetivas para que Estado possa disponibilizar os meios necessários e adequados para a eficácia das medidas adotadas para o desafogamento das prisões. É preciso investir, o que não acontece a contento.

13) A lei 12.403/2011 ainda não está sendo aplicada com efetividade, vez que ainda falta a adoção de outras medidas para dar eficácia à norma, como a criação de mecanismos eficientes de fiscalização do cumprimento das medidas cautelares.

14) Sim, pois o ambiente carcerário põe em risco a integridade física e mental do preso. Aquele que é preso indevidamente sofre enorme constrangimento, com prejuízos morais incalculáveis pela lesão à sua dignidade e liberdade. O indivíduo sofre na pele todas as mazelas do cárcere: superlotação, ociosidade, convivência com criminosos perigosos, sucateamento dos estabelecimentos prisionais, etc.

Apêndice 2 – Resposta do Diretor da Unidade Prisional de Cristalina-GO

Questionário de respostas :

1 - Gelson Rosa

2- Sou agente penitenciário da carreira do Sistema de execução penal goiano e neste caso em Goiás, somente este cargo pode ocupar funções de chefia em toda a estrutura do sistema de execução penal.

3- Atualmente sou diretor da unidade prisional de Cristalina- GO, mas fui diretor de diversas unidades no estado e estou há cerca de 38 meses nesta unidade prisional.

4- No tocante a superlotação existe nesta unidade em cerca de 500 por cento acima da capacidade original.

5- Este problema é recorrente de excesso de prazo mas, temos informado o poder judiciário de tais problemas constantemente.

6- As falhas estão em diversos setores uma vez que não temos sequer defensoria publica em Goiás fato este que contribui significativamente para ocorrência de tais problemas.

7 – Acredito que esta lei não esta tendo sua aplicabilidade devido a diversos fatores e muitas vezes certa pressão da sociedade para que criminosos fiquem reclusos mesmo quem tem condições de ser alcançado pela referida lei.

8 – Fiscalização ao cumprimento da lei, aumento de juízes uma vez que alguns atuam em comarcas sozinhos atuando em todos os setores da justiça causando demora em audiências e verificação de processos.

9 - A Lei nº 12.403/2011 trouxe algumas inovações no tocante às prisões cautelares, principalmente quanto à possibilidade de medidas alternativas. A prisão preventiva é talvez a

mais importante prisão cautelar existente, até porque, como visto no art. 310, seus requisitos é que controlam a manutenção ou não da prisão em flagrante, servindo como parâmetro, à exceção da prisão temporária, às prisões cautelares em geral. Requisitos ou circunstâncias que autorizam a medida: 312 do CPP: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica (lei n. 8.884/94); c) conveniência da instrução criminal e d) assecuração de eventual pena a ser imposta. Observe-se que a Lei nº. 12.403/2011, repetiu praticamente o texto da lei anterior que regulava a matéria e os juízes tem alegado garantia da ordem como principal fator.

10- Acredito que Goiás irá melhorar muito com novas ações que estão sendo implantadas no sistema de execução penal goiano como acompanhamento por corpo jurídico em todas as unidades prisionais e informatização dos prontuários dos internos.

11- Desconheço os dados do DF mas, o sistema tem melhorado como um todo e acredito que o DF melhorara a passos largos com assunção aos cargos de chefia por funcionários da execução penal.

12 – Os motivos são diversos e vão desde a falta de defensoria, MP, juízes e fiscalização de um modo geral nos processos e prazos em todas as esferas. Falta de advocacia dentro do sistema penal.