

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

ALINE FERNANDES MARQUES

**A PRISÃO PROVISÓRIA NO BRASIL É REGRA OU EXCEÇÃO? UM ESTUDO
SOBRE OS ÍNDICES PRISIONAIS, ENTRE OS ANOS DE 2005 A 2014, SOB O
ENFOQUE DO MINIMALISMO PENAL COMO CRÍTICA AO EFICIENTISMO
PENAL.**

NOVEMBRO

2014

ALINE FERNANDES MARQUES

**A PRISÃO PROVISÓRIA NO BRASIL É REGRA OU EXCEÇÃO? UM ESTUDO
SOBRE OS ÍNDICES PRISIONAIS, ENTRE OS ANOS DE 2005 A 2014, SOB O
ENFOQUE DO MINIMALISMO PENAL COMO CRÍTICA AO EFICIENTISMO
PENAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof.^a . MSc. Monica Ovinski de Camargo Cortina

NOVEMBRO

2014

ALINE FERNANDES MARQUES

**A PRISÃO PROVISÓRIA NO BRASIL É REGRA OU EXCEÇÃO? UM ESTUDO
SOBRE OS ÍNDICES PRISIONAIS, ENTRE OS ANOS DE 2005 A 2014, SOB O
ENFOQUE DO MINIMALISMO PENAL COMO CRÍTICA AO EFICIENTISMO
PENAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Público.

Criciúma, 27 de novembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professora MSc. Monica Ovinski de Camargo Cortina – (UNESC) - Orientadora

Professor MSc. Jackson da Silva Leal - (UNESC)

Professor MSc. Valter Cimolin (UNESC)

**Dedico este trabalho ao meu eterno amor,
minha Avó Luiza Tasca Fernandes (*in
memoriam*), pois sei que foi meu anjo
protetor nestes cinco anos de luta.**

AGRADECIMENTOS

Agradecer é lembrar de quem em algum momento de minha jornada acadêmica, colaborou para que eu conquistasse esse grande sonho. Deus foi magnífico, resguardando que a cada passo que eu desse um anjo materializado em forma humana estendesse a mão e ajudasse em minha caminhada. Início o agradecimento a alguns deles, para que mesmo de forma singela, recebam minha carinhosa gratidão.

E quão abençoada fui, começando pelo meu pai, Azenir da Silva Marques, e minha Mãe, Marcia Zita Fernandes Marques, que em todos esses anos de faculdade não limitaram nenhum esforço para me impulsionar nessa jornada. Muitas vezes aguentaram luzes acesas na madrugada ou assistiram indiretamente vídeoaulas, e ainda assim continuavam a me incentivar. Obrigada meus amores!

Minha irmã, Alice Fernandes Marques, foi outro presente dado, me educou juntamente com os meus pais, mantendo pulso firme na minha formação. Além disso, é meu grande exemplo, minha inspiração. Obrigada Mana!

Meu namorado, Djalma Dias Junior, que desde o início da faculdade me acompanha e por muitas vezes renunciei a sua companhia para poder estudar. Desculpa Amor pela ausência e obrigada por todo o apoio!

Aos meus familiares que torcem por mim e, além disso, “socorrem” sempre que preciso. Obrigada família!

Agradeço também aqueles que repassaram os seus ensinamentos, me guiando e fomentando em mim a busca por novos desafios. Em especial ao Prof.^o Alfredo Engelmann Filho, Prof.^a Rosângela del Moro, Prof.^o Leandro Alfredo da Rosa, Prof.^o Valter Cimolin, Prof.^a Fernanda Martins e Prof.^a Raquel Fabiana Lopes SpareMBERGER. Professores vocês foram muito além da sala de aula, obrigada!.

Tendo particular carinho para minha orientadora Prof.^a Monica Ovinski de Camargo Cortina. Seu papel foi de orientadora, mestre, professora, conselheira, amiga... Por diversas vezes me provocou a fazer melhor. Professora, cada vitória minha é sua também. Obrigada!

As minhas amigas, companheiras de faculdade, meu carinho e agradecimento. Tornaram os dias letivos mais felizes.

A todos vocês, ainda que eu não tenha citado diretamente, mas que em algum momento me ajudaram, OBRIGADA!

"A sociedade descarta, e o crime abraça."

Milton Júlio de Carvalho Filho

RESUMO

O objetivo do trabalho foi discutir pelo viés das políticas criminais do minimalismo e do expansionismo penal, a situação dos presos provisórios no Brasil. Inicialmente o estudo expôs o expansionismo penal que tem sido aplicado de forma desordenada pelo sistema penal brasileiro. Em sequência conceitua-se a política criminal do minimalismo, que apresentou-se como uma perspectiva de restauração profunda do Sistema Penal, incluindo a questão prisional. Posteriormente, mencionou-se os tipos de prisões possíveis antes da condenação transitada em julgado, pois todas estão previstas legalmente e possuem um ponto em comum, devem ser aplicadas apenas em caráter de exceção. Em análise dos dados coletados para discutir a prática da aplicação das prisões provisórias, o cenário nacional demonstra que de fato o número de pessoas presas cautelarmente chega a um patamar que revela a falácia do posicionamento de excepcionalidade, justamente pelo uso sem medidas do expansionismo. Sendo que o trabalho se estrutura em uma metodologia qualitativa nos dois primeiros capítulos, com etapa quantitativa no terceiro capítulo. Dessa forma, o trabalho trouxe a discussão do quanto necessário é reverter à política criminal do expansionismo, assumindo de fato a sua prática sistêmica de violação de direitos e aplicando uma nova forma enfrentamento do crime. É injustificável tal quantidade de presos em situação cautelar, tornando-se a prisão sem julgamento meio de seletividade social e não de busca por segurança, culminando em no processo penal ser a prisão do acusado a regra.

Palavras-chave: políticas criminais; prisão provisória; minimalismo penal.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1 - Número de presos provisórios por estado.....	45
Figura 1 - Percentual dos estados a cada faixa de 10% em número de presos provisórios.....	46
Quadro 2 - Comparativo entre escolaridade,renda e número de presos provisórios	47
Figura 2 - Número de presos provisórios dos três estados do sul, dos estados com mais de 60% e o dado nacional, no lapso temporal de 2012 até 2014 (exceto 2013 que não possui dados divulgados)	48
Figura 3 - Número de defensores para cada 10.000 pessoas com até três salários-mínimos.....	49
Quadro 3 - Espécie de crimes com maior número de condenações	51
Quadro 4 - <i>Déficit</i> de vagas para presos provisórios.....	52

SUMÁRIO

SUMÁRIO	9
1 INTRODUÇÃO	9
2 DEFINIÇÕES E APONTAMENTOS ACERCA DAS POLÍTICAS CRIMINAIS	11
2.1 POLÍTICAS CRIMINAIS: FINALIDADES E FUNÇÕES DIANTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	11
2.2 O MINIMALISMO PENAL OU DIREITO PENAL MÍNIMO: A ORDEM CONSTITUCIONAL E O GARANTISMO JURÍDICO.....	15
2.3 O EXPANSIONISMO PENAL NO BRASIL: ASPECTOS DO MOVIMENTO DE LEI E DE ORDEM	19
2.4 O PENSAMENTO PUNITIVISTA E SUA INFLUÊNCIA NO COMPORTAMENTO DOS ATORES PENAIIS.....	24
3 PONDERAÇÕES ACERCA DOS TIPOS DE PRISÕES PROVISÓRIAS	28
3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE ORIENTAM A PRISÃO ANTES DA SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO	28
3.2 PRISÕES PROVISÓRIAS E MEDIDAS CAUTELARES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: A PRISÃO TEMPORÁRIA; A PRISÃO PREVENTIVA; A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO; E A PRISÃO PREVENTIVA PARA FINS DE EXTRADIÇÃO	33
4 SITUAÇÃO DOS PRESOS PROVISÓRIOS NO BRASIL DE 2005 ATÉ 2014: LEITURA SOB A ÓTICA DAS POLÍTICAS CRIMINAIS	44
4.1 INDICADORES DE DADOS OFICIAIS SOBRE OS PRESOS PROVISÓRIOS, ENTRE 2005 ATÉ 2014, NO CONTEXTO DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA ...	44
4.2 PRISÕES PROVISÓRIAS E A CULTURA PUNITIVISTA NO BRASIL	53
4.3. O MINIMALISMO PENAL COMO OBJETO DE AMPARO A SITUAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA	56
5 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

As modalidades de prisões provisórias são um instrumento para resguardar as finalidades do processo penal, a fim de obter êxito na responsabilização do agente do crime. No entanto, só deve ser usada excepcionalmente, pois a prisão do(a) acusado(a) antes da sentença condenatória transitada em julgado não deve ser regra. As formas de prisões processuais estão presentes em leis esparsas e principalmente no Código de Processo Penal como uma das medidas cautelares, entre os artigos 282 até o 350. Sendo que em todas as modalidades há obrigatoriedade de haver motivação para a prisão provisória.

Dessa forma, para que seja sustentada uma prisão durante a fase policial ou processual, os motivos que a embasam devem estar claramente expostos na decisão. Contudo não basta a análise apenas no momento da prisão que justificam a prisão cautelar, os motivos devem continuar a existir ao longo do tempo para permitirem que o cerceamento de liberdade seja mantido. Isso possibilita que se evite prisões provisórias desnecessárias ou com motivos injustificados.

Com o intuito de verificar a aplicação prática da prisão antes do trânsito em julgado, esta pesquisa foi estruturada em três capítulos. O primeiro apresenta o estudo das políticas criminais do minimalismo e do expansionismo penal, para verificar quais estratégias elas adotam para o enfrentamento da questão criminal. No capítulo seguinte analisar-se-á os tipos de prisões provisórias existentes, após as modificações realizadas pela Lei nº 12.403/2011, identificando quais os requisitos exigidos para cada modalidade de prisão, além das demais medidas cautelares existentes. Sendo que no último capítulo pesquisará-se a situação dos presos provisórios do Brasil, no período de 2005 até 2014, com base nos dados do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça, sob o enfoque das políticas criminais para verificar se as prisões preventivas estão sendo utilizadas como regra e não como exceção.

Dessa forma a monografia visa expor a situação dos presos provisórios, com enfoque voltado para as políticas criminais do minimalismo e expansionismo penal, possibilitando fazer um paralelo de estudos, entre ambos. A relevância social da pesquisa está em mensurar até que ponto chega o emprego desmedido de tais prisões, para que existam números tão exorbitantes e as possíveis medidas a serem

tomadas a respeito. De fato existe uma massa carcerária muito maior do que o sistema comporta, podendo ser os presos provisórios um ponto peculiar a ser discutido em relação a tal questão.

Nesta monografia utilizar-se-á o método qualitativo majoritariamente, embora tenha uma etapa quantitativa de suma relevância. Nesta coletou-se dados dos presos provisórios no Brasil, além dos entes federados que o compõem, com ênfase aos estados do sul – Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina -, e aos estados com percentual superior a sessenta por cento de presos provisórios.

Neste sentido, a monografia será disposta a fim de instigar o questionamento acerca da generalidade com o qual se usa a prisão provisória, encarcerando-se imprudentemente e ignorando princípios constitucionais que objetivam garantir a máxima liberdade aos tutelados pela lei. Sendo que defender-se-á como meio para amparar situação do caos vivido pelo sistema prisional, à política criminal do minimalismo penal.

2 DEFINIÇÕES E APONTAMENTOS ACERCA DAS POLÍTICAS CRIMINAIS

Para delinear a crítica correlacionada aos números exacerbados de presos provisórios no sistema carcerário do Brasil, inicialmente é necessário buscar conceitos ligados às políticas criminais, pois justificam estas afirmações e as sustentam. Dessa forma, em primeiro momento, far-se-á o esclarecimento teórico dessas concepções, objetivando o melhor entendimento dos estudos apresentados em sequência.

Embora não exista uma definição coesa por parte dos estudiosos, no que tange as políticas criminais, alguns buscam defini-las, com o intuito de contribuir com a percepção de sua eficácia no meio jurídico. Sendo assim, o capítulo irá buscar compreender as políticas criminais e conceituar aquelas que serão fundamento para o trabalho, o minimalismo penal e o expansionismo penal.

2.1 POLÍTICAS CRIMINAIS: FINALIDADES E FUNÇÕES DIANTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em face à exposição das políticas criminais, torna-se interessante analisá-las em compasso com a Carta Magna, que sustenta todo o ordenamento jurídico do Estado brasileiro. Do ato de promulgação da vigente Constituição Federal novos traços de tratamento do Direito Penal foram delineados, embasados por um uso moderado do papel coercitivo do Estado, uma vez que passou o Brasil a optar por um Estado Democrático de Direito (CIT, 2014, p. 11). Sendo que:

[...] uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito. (ROXIN, 2000, p. 20)

Contudo, as expectativas de uma nova visão do Direito Penal trazidas pela Constituição Federal de 1988, não foram alcançadas, pois não se identificou mudanças na legislação infra constitucional suficiente e nem nos mecanismos de aplicação da norma penal que se harmonizassem com os novos preceitos constitucionais. Conforme mencionado no exposto a seguir:

Considerando a nova estrutura ideológica que teria sido formatadora da sociedade brasileira pela Constituição Federal de 1988, seria imperativo que um novo Direito Penal fosse refeito de pronto ou, pelo menos, que o atual passasse por uma releitura, mas, ao contrário, o mesmo Sistema Penal continua impondo sanções a uma nova proposta de sociedade, reforçando a idéia de que as mudanças Estatais não têm por objetivo uma efetivação, mas tão somente uma pequena válvula de escape e a continuação da manutenção de controle que se conhece há muito tempo. Assim a proposta inicial de um Direito Penal Mínimo, com base nos princípios constitucionais que o justificam, nasce de forma que sejam extirpados de seu corpo todas as previsões típicas que não se enquadrem em seu espírito e fundamentos técnicos jurídicos. (SILVA FILHO; 2014, p. 87).

Analisando os preceitos legais da lei maior, é interessante frisar que é assegurado em regra o direito a liberdade dentro do estado brasileiro. Como disposto no art. 5^a da Constituição da República Federativa do Brasil, atualmente vigente, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à *liberdade*, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”. (BRASIL, 2013a. Grifo nosso).

No que tange ao artigo recém-mencionado, o seu inciso XV ainda cita que: “XV: é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.” (BRASIL, 2013a). Trazendo em caráter preliminar que, salvo condição secundária, todas as pessoas devem possuir total liberdade para se locomoverem no território nacional.

Outro inciso importante no mesmo sentido, que está incluso no art. 5^o da Constituição da República Federativa do Brasil, é o LVII, que segue: “LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2013a). Este é o chamado Princípio da Presunção de Inocência, que só permite considerar culpado pelo crime, aquele que é inicialmente acusado, depois de esgotadas todas as instâncias recursais da sentença penal condenatória, devendo para tanto, ser buscadas todas as provas possíveis que possibilitem a máxima certeza e segurança quanto a sua real autoria e materialidade. Para total entendimento, cita-se Luigi Ferrajoli (2010, p. 505):

Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena.

Dessa forma, passa-se expor aportes para uma definição do termo "políticas criminais", dando ênfase ao Minimalismo Penal, que vislumbra o Direito Penal como *ultima ratio* (ANDRADE, 2013, p. 6), pois é o minimalismo que fundamenta a Constituição Federal de 1988. Inicialmente apresenta-se algumas reflexões sobre políticas criminais propostas por Alessandro Baratta (1997, p. 57), com as palavras a seguir transcritas:

Por muito tempo se considerou que sua finalidade era controlar a criminalidade, isto é, reduzir o número de infrações delitivas. Com o desenvolvimento de estudos da vitimologia, e em particular, através da preocupação com as necessidades da vítima, de ambiente social e da sociedade, o campo de ação da política criminal se estendeu (pelo menos potencialmente) também ao controle das consequências do crime.

Assim, traz-se como referência as palavras de Antonio Carlos Santoro Filho (2013, p. 4), que as descreve como a forma de se buscar modificações no âmbito do Direito Penal, embasada nos fundamentos jurídicos ou ideológicos, contribuindo assim para a evolução de tal ciência. E Baratta (1999, p. 201) elucida e diferencia de política penal e política criminal, de forma a conceituar aquela como a reação do Estado ao ato que afronta os limites normativos, pondo em prática sua função punitiva; e esta como o meio para proporcionar modificações nos meios sociais e institucionais.

Neste mesmo sentido, Miriam Guindani (2013, p. 6) faz um paralelo entre as políticas criminais, que fariam o papel de transmutar as visões do controle da criminalidade, analisados pela criminologia, buscando alternativas para a sua neutralização, e o Direito Penal que aplica tais preposições de enfrentamento da criminalidade. Salo de Carvalho (2013, p. 69) faz sua colocação a respeito do tema, com se seguintes assertivas:

Perceptível que a questão no campo criminal fica agudizada em face de fazer parte do modelo integrado de ciências a política criminal cuja função seria a de, a partir dos diagnósticos realizados pela dogmática penal e pela criminologia, produzir discurso de inserção no âmbito da política. A política criminal, portanto, seria a produção de convicção a partir dos julgamentos objetivos das ciências criminais.

Complementando tais preposições, Claus Roxin (2000, p. 20) defende a

perspectiva de que as políticas criminais e o Direito Penal devem trabalhar em conjunto, sendo aquelas absorvidas por esse. Logo, não se afastaria o positivismo, apenas usaria as políticas criminais para embasá-lo, objetivando a maior plenitude do Estado de Direito.

Sendo que a política criminal é uma teoria que não está fixada em apenas um sentido, pois tem por objetivo a efetivação das tutelas jurídicas penais, sem perder o enfoque crítico, com o intuito de nortear suas concepções conforme os princípios do Estado, de forma que seus ensinamentos sejam base para elaboração de leis (CIT; 2014, p. 235) assim como na aplicação das leis.

Ainda que não seja foco do trabalho o conceito de políticas públicas, por tal conceito estar aproximado ao contexto do trabalho – pois será criticado o uso do Direito Penal em substituto precário para as políticas públicas – mencionar-se-á sua definição doutrinária, enriquecendo o entendimento da proposta trazida pelo estudo. Assim, nas palavras de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (2000, p. 58):

O Estado Democrático de Direito é caracterizado, justamente, por afirmar, garantir e pretender promover direitos iguais para todos sem discriminação de qualquer espécie. [...] Entretanto, as condições de igualdade precisam ser produzidas. Assim, o conjunto de ações que o Poder Público realiza, visando o efetivo exercício de igualdade, base de toda a ordem social, constitui as políticas públicas.

Delineadas as concepções conceituais necessárias, passa-se a expor as políticas criminais que irão orientar os estudos aqui expostos, ou seja, a Política Criminal do Minimalismo Penal (Direito Penal Mínimo) e o Expansionismo Penal (Direito Penal Máximo), que são pontos inversos de atuação do Direito Penal. Sendo que será analisada a primeira como a alternativa a segunda, que tem sido aplicado em demasia no Brasil, contudo sem apresentar panorama de segurança que sustente a sua razão de existir.

Em relação à política criminal do Abolicionismo, reconhece-se, como Vera Andrade (2013, p. 3), de que não se possa falar do Minimalismo isoladamente, porque elas não existiriam em separado. No entanto, o recorte metodológico desta pesquisa está centrado no Minimalismo penal como marco teórico e em sua oposição direta ao Direito Penal Máximo, movimento de política criminal que permeia a visão punitivista envolvida nos inúmeros decretos de prisões preventivas. Portanto, nos limites desta pesquisa, não haverá o estudo apropriado a respeito do

Abolicionismo Penal.

Sendo que em primeiro momento, é necessário citar as orientações da Constituição Federal, que não menciona as políticas de criminais de forma positivada, mas implicitamente em seu texto traz as prerrogativas elencadas que irão delimitar a qual política criminal suas concepções estão ligadas, mais precisamente o Minimalismo Penal, pois na Carta Magna estão tipificados princípios que deverão reduzir a intensidade de atuação arbitrária do Estado com seu papel punitivo.

Dessa forma, como citado no início do trabalho, as políticas criminais visam contribuir para que o Direito Penal esteja adequado à realidade fática do sistema, de forma a então respeitar a sua matriz, ou seja, a Constituição da República Federativa do Brasil, que distribui ao longo de seu texto, a máxima defesa aos Direitos Humanos, sendo assim a efetivação do tratamento digno aqueles de que a ela sejam submetidos, seja na condição de vítima ou autor de delito.

2.2 O MINIMALISMO PENAL OU DIREITO PENAL MÍNIMO: A ORDEM CONSTITUCIONAL E O GARANTISMO JURÍDICO

Neste sentido, das políticas criminais umas das que apresenta-se como somatório a discussão em relação ao sistema carcerário, questionando a forma que tem sido usado, é o Minimalismo Penal. As questões que deslegitimam o Sistema Carcerário surgiram face as suas constantes negativas no que tange a eficácia (ANDRADE, 2013, p. 6). Os motivos que levam a tal conclusão são diversos e constituem uma gama de problemas ocasionados pelo uso do sistema penal sem limites (ANDRADE, 2013, p. 6). Vera Regina de Andrade (2013, p.8) elenca alguns desses, que a seguir passa-se a expor.

Embora já tenha-se abandonado o discurso do uso da pena privativa de liberdade como castigo, em prática a mesma continua possuindo tal função, iniciando aqui os problemas que acabam por desconstituir o sistema prisional (ANDRADE, 2013, p.8). Neste ponto, Baratta (2013, p. 5), faz uma definição relevante do que representa o cárcere:

A instituição serve antes de tudo, para diferenciar e administrar uma parte dos conflitos existentes na sociedade como “criminalidade”, isto é, como um problema ligado às características pessoais dos indivíduos particularmente perigosos, o qual requer uma resposta institucional de natureza técnica, isto

é, a pena ou o tratamento do desviado. Em segundo lugar o cárcere serve para a produção e reprodução dos “delinquentes”, ou seja, de uma pequena população recrutada, dentro daquela muito mais ampla do que os infratores, nas camadas mais débeis e marginais da sociedade. Por último, o cárcere serve para representar como normais as relações desiguais existentes na sociedade e para sua reprodução material e ideológica.

Outro ponto peculiar é que o cárcere não cumpre suas funções preceituadas (ANDRADE, 2013, p.8) como a questão da ressocialização - convém aqui mencionar as palavras de Claus Roxin (2000, p. 20) que “ressocialização não significa usar de penas indeterminadas ou colocar condenados à disposição do tratamento forçado estatal”. Logo, embora este seja o *slogan*, a eficácia prática é outra, desvirtuando-se assim os seus próprios preceitos e uma de suas razões de existir.

A questão da seletividade também é alarmante, pois o sistema carcerário acaba por arrecadar a parcela da população menos favorecida economicamente, assim marginalizando e aumentando a desigualdades sociais (ANDRADE, 2013, p. 8). Resumindo este ponto nas palavras de Wacquant (2013, p. 1), pois usa-se “[...] da prisão como de um aspirador social para limpar a escória resultante das transformações econômicas em andamento e para eliminar do espaço público o refugio da sociedade de mercado [...]”. E não deveria tal situação ser aceita em meio ao contexto legislativo que o Brasil está inserido.

Surgindo entre as políticas criminais que contesta o sistema carcerário, o Minimalismo Penal, que se refere à máxima limitação do Estado e de seu arbitrário poder punitivo, estando o Direito Penal restrito a extrema necessidade de aplicação (FERRAJOLI, 2010, p. 102). Contextualizando o surgimento do minimalismo, por meio de Gabriel Ignacio Anitua (2008, p. 726), nas seguintes menções:

Diante da imensidão de um poder punitivo que ameaçava voltar ao tempo do Estado ilimitado do Antigo Regime, mas com a precisão de métodos e eficientismo da modernidade tardia, parecia uma necessidade do pensamento crítico fazer – como havia feito no Iluminismo – uma defesa das garantias e do Estado de Direito.

Para Baratta (1999, p. 202) o Direito Penal Mínimo serve para mitigar o papel negativo do sistema punitivo, em relação às camadas hipossuficientes e suas consequências *a posteriori*. Pois a punição acaba por segregar classes, lhes usurpando o convívio com indivíduos de camadas sociais diferentes, o que

impossibilita patamares mínimos de socialização. A estudiosa Vera Regina de Andrade (2013, p.6), a respeito do conceito de Direito Penal Mínimo, traz a seguinte definição;

Trata-se do movimento reformista em curso que, sob o signo despenalizador do princípio da intervenção mínima, do uso da prisão como última *ratio* e da busca de penas alternativas a ela (com base no binômio criminalidade grave/pena de prisão x criminalidade leve/penas alternativas), desenvolve-se desde a década 80 do século XX e no Brasil, a partir da reforma penal e penitenciária de 1984 [...].

A crítica a respeito do minimalismo como fim estaria construída no argumento de que a sua aplicação proporcionaria uma eficácia invertida em relação ao que se propõe na teoria, pois contribuiria para a ampliação do uso do sistema penal, o relegitimando. Este posicionamento está embasado no fato de que o minimalismo penal faz uso do sistema carcerário como meio de punição, mesmo que em menor grau (ANDRADE, 2013, p.6) e, em contrapartida, o foco do abolicionismo “não é o Direito Penal (que é a programação normativa e tecnológica do exercício de poder dos juristas), mas o sistema penal” (ANDRADE, 2013, p. 7). Contribuindo para a compreensão de Minimalismo Penal, afastando a crítica recém-mencionada, Luigi Ferrajoli (2010, p. 101), introduz suas definições:

Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor, e além disso, comprovando de forma empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.

O criminólogo Alessandro Baratta (2013, p.6) elenca princípios para poder sustentar a teoria que menciona os requisitos mínimos de direitos humanos a serem respeitados pelo Direito Penal, de forma a dividi-los em “intra” e “extra” sistemáticos. Os primeiros possuem o encargo de conter as problemáticas ligadas ao poder punitivo, sendo dividido em: Princípios de Limitação Formal; Princípios de Limitação Funcional; e Princípios de Limitação Pessoal (BARATTA, 2013, p. 6). Sendo que:

Assim, os princípios de direito penal mínimo, principalmente na categoria de limitação formal do sistema penal, baseiam-se na ideia de utilização das

garantias fundamentais do Estado de Direito, como um mandato real para o funcionamento do sistema penal e não como conceitos abstratos adormecidos nas letras das leis. (SANCHES, 2002, p. 18)

Gabriel Ignacio Anitua (2008, p. 728) também faz suas ponderações a respeito desta primeira classe de princípios:

Com isso, ele reatribuía um importante papel a dogmática penal, que é afetada pelos princípios de “resposta não contingente”, de “proporcionalidade”, de “identidade”, de “subsidiariedade” e de “implementabilidade administrativa da lei”. Todos eles representarão um limite para aplicação de leis punitivas e também a criação de novas figuras típicas.

Em se tratando dos Princípios “extra” sistemáticos, possuem relação com as decisões políticas, trazendo a consumação dos Direitos Humanos, por meios distintos do Direito Penal. Sendo ramificada este corrente em Princípios Extrassistemáticos de Descriminalização e Princípios Metodológicos da Construção Alternativa dos Conflitos e dos Problemas Sociais. (ANITUA, 2008, p. 728)

Para Baratta (2013, p. 1) o meio pelo qual se deve aplicar o Direito Penal Mínimo, é limitando o Direito Penal ao prisma dos Direitos Humanos. Este assumiria um papel dúplice neste contexto. O primeiro como aquele que impõe os limites, ou seja, um caráter negativo, sendo que “toda intervenção realizada pelo sistema penal, através de qualquer uma das suas agências, deve ser pautada no estrito respeito aos direitos humanos” (SANCHES, 2002, p. 18). Em segundo plano consagra o papel positivo, servindo como parâmetro para delinear ao que o Direito Penal pode responder logo somente o que desobedecer aos Direitos Humanos fica exposto a Direito Penal. Concluído tais preposições com as seguidas palavras:

Um conceito histórico social dos direitos humanos oferece, em ambas funções, o instrumento teórico mais adequado para a estratégia da máxima contenção da violência punitiva, que atualmente constitui o momento prioritário de uma política alternativa do controle social. (BARATTA, 2013, p. 2)

Sendo interessante complementar tal raciocínio com as concepções de Salo de Carvalho (2013, p. 203), ligando ao Estado Liberal tal discussão:

Não por outra razão, com a invenção (em sentido genealógico) dos direitos humanos pelo liberalismo político, o papel auferido ao direito penal, ao

processo penal e à política criminal foi o de construir barreiras ao poder de punir, limitando ao máximo sua intervenção.

Chegando-se ao pressuposto de que o Minimalismo Penal como fim aceita o uso do Direito Penal apenas em última alternativa, para resolver questões que violem Direitos Humanos, mas, além disso, que encontre apenas no cárcere a solução. Dessa forma, existiria uma redução do uso da pena de prisão, a fim de buscar outros meios que abarquem as necessidades das resoluções de conflitos entre autor e vítima, funcionando a pena não como uma retribuição, em forma de vingança, mas um meio para recompor aquilo que fora subtraído da vítima e uma em relação ao autor, um caminho de evitar uma nova conduta de mesma ou maior proporção.

Dessa forma, não há uma negativa total do uso da pena privativa de liberdade no minimalismo penal, mas preceitua-se o equilíbrio de sua aplicação com o contexto legal o qual é traçado pela Constituição Federal, ou seja, um Estado Democrático de Direito. E direito para todas as classes sociais, sem exclusões, dando limite ao poder punitivo para que não funcione como seletor social.

2.3 O EXPANSIONISMO PENAL NO BRASIL: ASPECTOS DO MOVIMENTO DE LEI E DE ORDEM

O Estado é o responsável por organizar a contenção de conflitos, dessa forma utiliza o Direito Penal para buscar fundamentos e positivar as formas os quais pode-se executar o controle do comportamento em sociedade. Salo de Carvalho (2013, p. 204) divide esta responsabilidade em o Estado evitar que exista a violência privada, que pode ser gerada quando o indivíduo exerce a violência em face da vontade de praticar crimes ou quando vítima de algum crime e retribui a violência recebida. A segunda hipótese está relacionada ao Estado impor seus próprios limites, já que trouxe para si a responsabilidade de ponderar as questões recém-mencionadas, pois se o Direito Penal for usado em demasia, passa perder o controle do fim o qual é usado e passa a atuar como uma pessoa faria, sem conter suas atitudes.

Sendo assim, para colocar em prática esta tutela do Estado nas normas e regular as atividades do indivíduo, pode-se fazer em maior ou menor grau a

intervenção. Em se tratando da política de Lei e ordem refere-se exatamente ao máximo de aplicação do Direito Penal – relevante frisar que por muitos estudiosos, o movimento lei e ordem não é considerado como política criminal, mas sim um movimento usado pelos setores conservadores (ANITUA, 2008, p. 787). Tal teoria tem raízes nos Estados Unidos, o qual politizou o conceito de extremo combate ao crime, por meio do encarceramento em massa, para produzir uma forma de limpeza das ruas, bem definido estes acontecimentos por Wacquant (2007, p. 40):

No interior dessa proposta de organização a prisão assume um papel maior, que se traduz, para os grupos que vivem nas regiões inferiores do espaço social, na imposição de uma tutela severa e minuciosa. Esta nova política da pobreza foi inventada nos Estados Unidos durante o período de 1973 a 1996, na trilha da reação social, racial e estatal aos movimentos progressistas da década anterior e que veio a ser o cadinho da revolução neoliberal.

Esta forma de aplicação penal era usada não só no campo do legislativo, mas em todas as demais esferas. Como na aplicação do judiciário, que mantinha posições extremamente severas em suas decisões. Além do poder da polícia, que poderia intervir em situações que nem mesmo constituíssem crime, porém aparentavam necessitar de tal intervenção. Transformando em motivo de atuação penal, a simples desocupação do indivíduo (ANITUA, 2008, p. 787).

Para tal movimento, existem três tipos de pessoas: as más; as inocentes; e as calculadoras. As primeiras já nasceram pretensas ao crime, logo a solução a elas é simplesmente afastá-las da sociedade. As segundas devem ser resguardadas, para não serem maculadas pelas atitudes más. E as terceiras devem ser suficientemente convencidas que é mais valoroso não delinquir, sendo usado como instrumento as leis (ANITUA, 2008, p. 781). “Nessa perspectiva, o Movimento da Lei e da Ordem compreende o crime como o lado patológico do convívio social, a criminalidade como uma doença infecciosa e o criminoso como um ser daninho.” (FRANCO, 2005, p. 88).

Assim, a política da Lei e Ordem entende que existe a necessidade de reprimir cada vez mais, endurecendo as Leis, pois sem a bravura dessas o sistema não funciona. Batendo-se de frente com a criminalidade, de forma severa. Uma proposta embasada em punir, fortalecendo a intervenção no Estado nas atitudes do indivíduo e sustentada por todos os exageros passíveis de sua aplicação. Assim traduzido nas definições de Vera Regina de Andrade (2013, p. 15):

É necessário, portanto, manda a “Lei e a Ordem”, em suas diversas materializações públicas e legislativas, criminalizar mais, penalizar mais, aumentar os aparatos policiais, judiciários, e penitenciários. É necessário incrementar mais e mais a engenharia e a cultura punitiva, fechar cada vez mais a prisão, e suprimir cada vez mais as garantias penais e processuais básicas, rasgando, cotidianamente, a Constituição e o ideal republicano.

Outro meio de lidar com o crime adotado e semelhante a esta que está sendo conceituada é a de Tolerância Zero, que teve como berço a cidade de Nova York e como genitor Rudolph Guiliani, com o discurso de que o mínimo delito era o máximo. Assim a tolerância era literalmente nula, não fazendo-se ponderação alguma no que tange a aplicação da norma e a devolução aqueles que cometessem crimes, inclusive ignorando o potencial lesivo de tal delito (ANITUA, 2008, p. 785). Este expansionismo penal é sustentado pela teoria do medo, o qual proporciona na população em geral um apego ao sistema Penal. Em relação à teoria do medo, Salo de Carvalho (2010, p.11) cita:

A ausência de instrumentos eficazes para demonstrabilidade empírica de indicadores como sentimento de impunidade e sensação de insegurança, amplamente utilizados como argumentos de ampliação do punitivismo pelos empreendedores morais, torna volátil a associação entre medo e demanda sancionatória.

Contudo, complementando tal ideia, o mesmo autor faz uma menção muito relevante e instigante, que convém ser mencionada. Segundo o estudioso retrocitado, por meio de estudos dentro da criminologia, percebe-se que existe uma larga distância entre o medo e o delito em si, pois se diferenciam, aquele supera os fatos reais desse (CARVALHO, 2010, p. 12).

Seguindo a explanação da política de Lei e Ordem, esta foi se solidificando, sendo discurso coeso nos séculos XX e no começo do século XXI, não mais restrito apenas aos Estados Unidos, sendo disseminado a outros países (ANITUA, 2008, p. 787). Levando então a reformas legislativas, para que fosse possível abarcar as necessidades do atual clamor, Carvalho menciona:

O sintoma contemporâneo vontade de punir, que atinge os países ocidentais e que desestabiliza o sentido substancial de democracia, propicia a emergência das macro políticas punitivistas (populismo punitivo), dos movimentos político criminais encarceradores (lei e ordem e tolerância zero)

e das teorias criminológicas neoconservadoras (atuarismo, gerencialismo e funcionalismo-sistêmico) (2010, p. 9).

Um exemplo prático ocorrido no Brasil foi à implantação da lei dos Crimes Hediondos, que embora não apresente em lei uma definição teórica para tais delitos, são conceituados pelos estudiosos como:

[...] o crime que causa profunda repugnância por ofender, de forma acentuadamente grave, os valores morais de indiscutíveis legitimidade, como o sentimento comum de piedade, de fraternidade, de solidariedade e de respeito à dignidade da pessoa humana. (LEAL, 2003, p. 36)

A inserção de tal categoria vislumbrou agravar a situação de pena de determinados ilícitos, com o propósito de punir mais. Neste sentido, Alberto Silva Franco (2005, p. 204) descreve:

A Lei 8.072/90, na linha dos pressupostos ideológicos e dos valores consagrados pelo Movimento da Lei e Ordem, deu suporte à ideia de que leis de extrema severidade e penas privativas de alto calibre são suficientes para pôr cabo à criminalidade violenta.

Surgiu devido ao clamor público, visto os correntes crimes com pessoas públicas, que possibilitou a disseminação da necessidade de encarcerar com maior severidade certos delitos (FRANCO, 2005, p. 94), de forma que foi promulgada a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Ao longo da mesma percebe-se o expansionismo penal, pois passa a impor limitação à atenuação da pena, além de aumentar a pena de alguns crimes. Toma-se como exemplo o art. 2º “Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II – fiança.” (BRASIL, 2013e)

Outro exemplo recente de aplicação da política expansionista é o Projeto de Lei 7/2012, existente no Brasil, que já foi aprovado pelo Senado Federal e que na data de 16 de outubro de 2013 foi remetida para aprovação da Câmara de Deputados e em 28 de outubro de 2014 continua aguardando votação. Tem o projeto de lei o objetivo de retirar o benefício de saída temporária aos reincidentes e limitar para apenas uma vez por ano a saída temporária aos primários (ÁLVAREZ, 2013). Ou seja, regride na questão de proporcionar à pessoa em situação de cárcere a reinserção paliativa na sociedade e permitir que estas não percam vínculos

familiares e de amizade, o que é o objetivo de benéfcies como esta (BITENCOURT, 2007, p.452).

O movimento Lei e Ordem, embora exaltado por alguns, principalmente no que tange a níveis governamentais, recebe inúmeras críticas por parte daqueles que estudam a criminologia, como Wacquant (2007, p.11), que traduz seu desconforto:

No final, a nova gestão da lei-e-ordem transforma a luta contra o crime em um titilante teatro burocrático midiático que, simultaneamente, sacia e alimenta os fantasmas da ordem do eleitorado, reafirma a autoridade do Estado através de sua linguagem e sua mímica viris, e erige a prisão como o último baluarte contra as desordens, que, irrompendo de seus porões, são vistas como capazes de ameaçar os próprios fundamentos da sociedade.

Outro autor a fazer ponderações negativas a respeito de tal política, é Alberto Silva Franco (2005, p. 89-90), que preceitua:

O Movimento da Lei e Ordem apoia-se contudo, em premissas falsas. Não é mais possível concordar com a afirmação de que o comportamento delitivo constitui um “mal” a sociedade, “o bem”, de modo que a sociedade para sua sobrevivência, teria de por fim ao crime.[...] A ordem social [...] não é, portando, um todo harmônico, unitário, em que as áreas de significado convencional e do desviado estejam perfeitamente demarcadas e só sejam desprezadas por um grupo hostil e rebelde de pessoas.

Resta então mencionar que esta teoria está construída sob o argumento que o Direito Penal ser a solução para todos os problemas de desvios de normas das pessoas, afastando análise além do ato que levou a sua consumação. Logo para aqueles que a defendem, todo o aparato penal deve estar equipado do maior poder lesivo possível, com um sistema Legislativo pronto para punir, um cárcere de máxima reclusão e um Judiciário de mãos firmes.

Por meio dos exemplos, é possível perceber ainda, no que trata-se do Brasil, este método é aplicado, motivado pelos incentivos de popularização do medo que são disseminados nos meios sociais. Logo, de forma a responder imediatamente e aparentemente eficaz, promulgam-se leis e retiram-se benefícios das pessoas reclusas, esquecendo-se, no entanto de elementos essenciais como produção de políticas públicas e assistências eficazes as pessoas em condições vulneráveis.

2.4 O PENSAMENTO PUNITIVISTA E SUA INFLUÊNCIA NO COMPORTAMENTO DOS ATORES PENAIIS

Feitas tais análises, as políticas criminais serão delimitadas pelo uso do aparato daqueles que compõe do Sistema Penal, que possui uma gama relevante de profissionais. Merecendo ênfase neste estudo aqueles que terão sua função diretamente correlacionada ao papel fortalecedor de alguma destas políticas criminais, justificando-se objetivamente que “[...] são os atores que diariamente presentificam as agências de punição e tornam concreta a atuação desta abstração denominada sistema penal.” (CARVALHO, 2010, p. 59). Sendo assim, passa-se a análise crítica da atuação de alguns atores penais.

Inicia-se pelo Poder Judiciário como um todo, pois quando se fala em Direito, em geral, é o primeiro a ser vislumbrado, por possuir como função a de julgar casos concretos e para isso, deverá buscar na legislação vigente, em princípios, jurisprudência e em todos os meios que compõe o ordenamento jurídico, o aparato necessário para tomar suas concepções. Conforme palavras de José Afonso da Silva (2011, p. 553-554):

Os conflitos de interesse são compostos, solucionados, pelos órgãos do Poder Judiciário com fundamento em ordens gerais e abstratas, que são ordens legais, constantes ora de corpos escritos que são as leis, ora de costumes, ou de simples normas gerais, que devem ser aplicadas por eles, pois está praticamente abandonado o sistema de composição de lides com base em ordem singular erigida especialmente para determinado conflito.

Sendo limitadas as decisões dos magistrados em não alcançarem suas opiniões pessoais, como descreve o recém-mencionado autor “[...] devem, evidentemente, decidir atuando o direito objetivo, não podendo estabelecer critérios particulares, privados ou próprios, para de acordo com eles, compor conflitos de interesse, ao distribuírem a justiça.” (SILVA, 2011, p. 554). Relevante lembrar, no entanto, que não é possível vislumbrar a aplicação do Direito Penal embasada apenas no Poder Judiciário, pois existe uma gama de fatos que transcendem a este poder e que se liga para a consolidação daquele. Podendo-se ter tal percepção nas bem aplicadas palavras que são transcritas em sequência:

O ato judicial, mormente a sentença penal, apenas consolida a série de inúmeras decisões político-criminais que são tomadas pelos operadores jurídicos ao longo da persecução penal (fase administrativa de investigação, processo de instrução e, posteriormente, no processo de execução penal). (CARVALHO, 2010, p. 60).

O Juiz Tourinho Neto, fala da influência midiática nas decisões dos juízes, pois o poder da mídia não pode induzir sentenças judiciais (2013, p. 3). Contudo, sem desmerecer o papel de disseminador de informações que possui a mídia, respeitando assim os preceitos de transparência, fidelidade e verdade, não transcendendo a podridão do desrespeito com as pessoas que a acompanham (TORINHO NETO, 2013, p. 2). Assim, faz a citação a seguir:

Esta liberdade da imprensa não pode, no entanto, destruir o homem, sua honra, sua família, nem causar-lhe danos pela exploração da violência, pela violação da presunção de inocência. Mesmo as pessoas públicas têm direito à privacidade. Não pode a imprensa destruir as instituições, sob pena de vermos destruída a democracia. A liberdade de imprensa, conseqüentemente, direito de toda a sociedade, direito do povo livre, não pode ser absoluta. (TOURINHO NETO, 2013, p. 3).

Em que pese o papel do Legislador, torna-se igualmente relevante citá-lo, pois edita as Leis que irão orientar todas as decisões que serão impostas aqueles que estiverem regidas por elas (SILVA, 2011, p. 524). A seu respeito Salo de Carvalho (2010, p. 60) menciona que está “[...] o Poder Legislativo limitado à seletividade das condutas e às formas abstratas de punição (criminalização primária)”, ou seja, é um patamar inicial, no que tange a formação da seletividade criminal.

A polícia então entra como uma daquelas responsáveis por garantir a execução do que é elaborado pelo Poder Legislativo, interferindo em primeiro momento, caso não exista o respeito necessário às leis. Como bem definido por Salo de Carvalho (2010, p. 61) “No Brasil, assim como na maioria dos países ocidentais, o primeiro filtro estabelecido à criminalização secundária se encontra nas agências policiais, responsáveis pela investigação preliminar (inquérito policial).”.

Alguns problemas correlacionados a atuação dos atores estão vinculados ao fato de em maioria viverem realidades diferentes das quais irão atuar, resultando em reações desproporcionais aos casos concretos. Defende esta ideia Salo de Carvalho (2010, p. 74):

Desta forma, possível verificar que além da configuração de sistemas de gestão pública a partir de modelos idealizados – modelos de justiça e de sociedade distintos da brasileira, fato que reflete haver grande incompatibilidade entre a realidade social e a programação das instituições – a justiça criminal atual é o reflexo natural do *pensamento inquisitório* institucionalizado desde a colonização que se consolidou ao longo do processo de formação do Estado nacional.

Diante dessa situação e com mentalidade inquisitória, consubstanciada das repressões penais, o punitivismo encontra seu lugar e seus tutores, pois a política de encarceramento é por eles vista como uma solução, talvez a única e principalmente a mais fácil de ser encontrada (CARVALHO, 2010, p. 98). Complementa-se ainda que “Assim, são estabelecidas condições ótimas de incorporação da ideia de serem legítimas as demandas populistas de necessidade de encarceramento em grande escala.” (CARVALHO, 2010, p. 98). E seguindo este raciocínio “[...] se os atores da rede político-criminal incorporam o papel inquisitivo, instrumentalizarão formas punitivista de protagonizar a cena processual e potencializarão o populismo transposto em Lei.” (CARVALHO, 2010, p. 233).

Ou seja, funcionam os operadores do Direito como os expansionistas do Direito Penal, com uma visão conservadora, limitada a não desafiar o Direito Penal por meio de ideias dadas pelas políticas criminais, passando a deixar requalificar os controles de encarceramento (CARVALHO, 2010, p. 98). Assim usando-se as palavras do autor retromencionado, resume-se:

A mentalidade inquisitória que percebe como legítima a demanda punitiva cria, nos principais momentos processuais – v.g. pedido de prisão cautelar, indiciamento do investigado, oferecimento e recebimento da denúncia, sentença e aplicação da pena, incidentes de execução –, importantes espaços de abertura/ vazão ao punitivismo. Nestes momentos centrais da atuação dos operadores jurídicos, a opção entre ampliar ou minimizar o poder punitivo é colocada de forma explícita. Ocorre que a formação cultural autoritária dos atores transforma espaços de fechamento em canais de abertura, cujo efeito, sobretudo no momento de aplicação judicial da pena, será significativo para o aumento quantitativo do encarceramento (CARVALHO, 2010, p. 98).

Com os substratos fornecidos, torna-se então possível uma análise acerca dos atores penais e em qual das políticas criminais eles tem se sustentado. Conforme analisado, no ordenamento jurídico brasileiro os operadores do Direito tem sido tendenciosos ao expansionismo penal, visto não só os exemplos dados na conceituação do mesmo, mas também na forma que atuam – como crítica Salo de

Carvalho. O Minimalismo pode ser visto com certo receio, pois afasta de sobremaneira a atuação do Direito Penal e este ainda é sentido pelos conservadores como sendo a solução para a segurança pública. Assim, irá se analisar no decorrer do trabalho se o Sistema Penal brasileiro usa como regra o Expansionismo Penal, ficando o Minimalismo como exceção.

3 PONDERAÇÕES ACERCA DOS TIPOS DE PRISÕES PROVISÓRIAS

O Direito Processual Penal brasileiro está construído de forma a buscar a maior eficácia na aplicabilidade dos seus dispositivos legais, possibilitando a adequação fática dos mesmos (FERRAJOLI, 2010, p. 711). Neste sentido surgem as Prisões Provisórias, que tem por mérito resguardar uma resposta coercitiva do Estado, em face de ação ilícita de um indivíduo (FULLER, JUNQUEIRA E MACHADO, 2011, p. 172). Porém, merecem peculiar cuidado quanto a sua aplicação, visto que antecedem ao regular processo de julgamento daquele que é acusado. De forma que não faltam críticas a tais modalidades de prisão, consubstanciadas de seu lugar aproximado ao da discricionariedade. Tourinho Filho resume nas seguintes palavras tal especialidade de prisão provisória:

Embora seja necessária, não é menor a necessidade de ser ela restringida, limitando-se aos casos indispensáveis, pelo mal irreparável, que causa aqueles declarados inocentes no final da instrução. [...] somente poderá ser decretada dentro naquele mínimo indispensável, por ser de incontestável necessidade e, assim mesmo, sujeitando-a pressupostos e condições evitando-se ao máximo o comprometimento do direito de liberdade que o próprio ordenamento jurídico ampara (2011, p. 677).

Nestes termos, pretende-se no presente capítulo examinar os princípios constitucionais existentes que resguardam o direito das pessoas sujeitas à prisão provisória e, posteriormente, apontar os tipos de prisões possíveis antes da sentença transitada em julgado. O breve estudo será feito a partir dos dispositivos legais que sustentam os tipos de prisão provisórias possíveis, com os seus requisitos, além de contemplar o debate em torno dos prazos ou a ausência destes.

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE ORIENTAM A PRISÃO ANTES DA SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO

Baseado no contexto de que “O direito penal mínimo, é ao mesmo tempo, o direito penal da Constituição” (BARATTA, 1997, p. 69), torna-se concebível a explanação quanto à representatividade dos princípios por ela sustentados. Tendo em vista que os princípios são colocados como base das demais produções legislativas, constituindo-se como o ponto norteador de todo o sistema positivado (CRISTÓVAM, 2005, p. 14). Definindo-se princípios, nas palavras de Alexy, como:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (2008, p.90).

Tratando de princípios, cumpre inicialmente fazer referência ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois os direitos fundamentais resguardados estão cobertos pelo manto do princípio em análise, sendo a dignidade da pessoa humana que orienta o Estado Democrático de Direito (BORATO, 2014, p. 4). Define-se o princípio como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60).

Nesse prisma, é pertinente mencionar que o princípio é resguardado a todas as pessoas, sem fazer distinção. O mandamento principiológico está afastado, portanto, de relação com classe social ou culpa por algum crime. Ele existe e deve ser aplicado a todos os seres humanos, principalmente aqueles que sofreram algum tipo intervenção estatal punitiva em suas vidas.

Ao analisar a Constituição Federal, no que tange a situação de prisão provisória especificamente, o princípio de contraponto mais relevante é o da presunção de inocência, positivado no art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, nos seguintes termos “LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2013a). Sua redação levou a discussão inicial de que o princípio estava escrito no sentido de neutralidade quanto aquele que era julgado no processo, ou seja, não sendo considerado culpado, tampouco inocente (MOREIRA; FRÓES, 2013, p. 230). Nesses termos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, já esclarecia que o entendimento supracitado era equivocado, nos termo do artigo XI, que menciona:

Artigo XI: Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (ONU, 2014).

Tal dispositivo era entendido unicamente como uma recomendação, não encerrando a discussão. Apenas com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e de seu protocolo facultativo, que submete o Estado à Corte Interamericana, houve de fato a interpretação para o princípio, qual seja da inocência daquela que é acusado, até se prove o contrário, por meio do uso devido do processo, superados todos os meios de prova da acusação e defesa (MOREIRA; FRÓES, 2013, p. 230). Sendo formado o conceito de tal princípio, nos seguintes termos:

Obviamente, não significa, como alguns argumentam, que a inocência é presumida, e não cabe prova em contrário, ou seja, que a presunção é absoluta. A idéia é que o sujeito tem o direito de ser considerado inocente até que se prove o contrário, com trânsito em julgado. (FULLER, JUNQUEIRA E MACHADO, 2011, p. 22).

Com o propósito de proteger os tutelados pela lei dos exageros passíveis de sua aplicação, é que fundamenta-se a existência do princípio da presunção de inocência (FERRAJOLI, 2010, p. 506). Assim, garante-se a liberdade e a busca pela autenticidade dos fatos, consubstanciado de segurança jurídica ao cidadão, em relação ao Estado (LOPES JUNIOR, 2006, p. 186), acarretando em o ônus da prova pertencer à acusação e em havendo medida cautelar que restrinja a liberdade, o cuidado em sua aplicação deve ser de total rigor (NUCCI, 2013, p.20). Sendo assim, no prisma daqueles que aplicarão o princípio na situação fática e sua ponderação, conforme cita Aury Lopes Junior (2006, p. 186), devem-se seguir as seguintes diretrizes:

Sob a perspectiva do julgado, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).

O enquadramento de tal princípio, que é “um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal” (MORAES, 2011, p. 125) tem

consequências fáticas de se buscar os maiores e verídicos meios de provas existentes, aliados a obrigatoriedade do processo legal cabível ao caso, resultando em uma sentença devidamente fundamentada (LOPES JUNIOR, 2006, p. 188). Assim, “somente a declaração judicial da culpa transitada em julgado, pode retirar do indivíduo o véu da inocência, permitindo que sobre ele recaia a pena adequada e em justa medida, conforme a prescrição legal” (CAMARGO, 2005, p. 240).

Em consonância com tais preceitos, o princípio do devido processo legal, “[...] que [...], relaciona-se com uma série de direitos e garantias constitucionais” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 70), foi incluído na Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5º, inciso LIV, com os seguintes dizeres “LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”(BRASIL, 2013a). De forma que o mesmo possui uma dupla ação, dividindo-se nos seguintes termos “a) material: é a tutela da vida, da liberdade e da propriedade e a edição de normas razoáveis”; b) formal: o processo deve se desenvolver conforme a lei, com publicidade, justiça e imparcialidade do órgão julgador” (MESSA, 2014, p. 114), de forma que o princípio deve seguir os preceitos delineados a seguir:

Assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito de defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal) (MORAES, 2011, p. 113).

Os princípios da ampla defesa e do contraditório, que são ligados entre si, estão preceituados no mesmo inciso da Constituição da República Federativa, que diz “LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 2013a), também possuem relação direta nas prisões provisórias, visto que no momento cautelar há mitigação de tais princípios. O princípio da ampla defesa trata de garantir ao réu a possibilidade de empregar todos os meios de defesa admitidos, inclusive a técnica (NUCCI, 2013, p. 20); e o princípio do contraditório refere-se a garantir que: “[...] todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente (MORAES, 2011, p.113)”. Completando tal conceito, com as palavras de Aury Lopes Junior, que menciona;

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre o juízo protestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo, do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionais). (2006, p. 229)

As previsões legais que condicionam a prisão a uma decisão fundamentada, principalmente se de forma cautelar, estão embasadas também por outro princípio Constitucional, o chamado princípio da Jurisdicionalidade. Tipificado no Art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal com a seguinte redação “LXI: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 2013a). Exige-se para a prisão ser considerada legal que os motivos que a provocam sejam claramente expostos, em paridade com os preceitos legais e que a ordem emane de autoridade judiciária competente, como consideram os estudiosos da matéria:

No Brasil a jurisdicionalidade está consagrada no art. 5ª, LXI, da CF, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de crime militar. Assim, ninguém poderá ser preso por ordem de delegado de polícia, promotor ou qualquer outra autoridade que não a judiciária (juiz ou tribunal), com competência para tanto. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 32).

Outro princípio a ser destacado no contexto de prisão provisória é o da Provisionalidade, o qual exige que a justificativa ensejadora da cautelar permaneça ao longo do tempo para que se permita manter a prisão (LOPES JUNIOR, 2013, p. 36). Isso porque a prisão provisória “Tem caráter estritamente situacional, ou seja, logo que superado seu motivo é direito do investigado/denunciado ter a constrição da sua liberdade revogada.” (CAZABONNET, 2014, p. 6).

O princípio da Excepcionalidade, previsto no artigo 282, parágrafo sexto, do Código de Processo Penal, “[...] consagra a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análise sobre a adequação e suficiência das demais medidas cautelares” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 42). Coloca-se então, para a prisão cautelar, a exigência de necessidade em sua decretação, para que apenas em último caso seja ela aplicada, devendo buscar o uso de outra medida cautelar, que não a prisão, pois esta será medida excepcional.

Para atender ao princípio da proporcionalidade, o magistrado que decidir pela decretação da prisão cautelar deverá ter uma visão para o futuro, ou seja, a análise de qual medida provavelmente será imposta ao acusado. Auferindo se o uso da prisão será proporcional à decisão final, em caso de condenação com trânsito em julgado (CAZABONNET, 2014, p. 7).

Diante de tais princípios parece impossível a decretação de qualquer medida privativa de liberdade, na forma cautelar, no entanto “Em face do primado da presunção de inocência, todas as ações restritivas de direitos individuais devem obedecer ao império da excepcionalidade, ficando-se como exceção [...]” (CAMARGO, 2005, p. 258). Considera-se, portanto, que a prisão provisória pode ser decretada, contudo, conforme demonstrado pelos princípios citados, fica esta cautelar reservada ao maior grau de excepcionalidade.

Sendo dessa forma construído o panorama constitucional em face da possibilidade de culpar um indivíduo, nos seguintes traços: em primeiro lugar o acusado será inocente; para afirmação em contrário deve haver um processo devidamente instruído, com todos os meios de defesa admitidos e o confronto entre as alegações de acusação e defesa. Cumprida esta etapa, o próximo passo será conceituar o rol de prisões cautelares e as outras medidas menos gravosas, presentes na legislação, demonstrando como o equilíbrio a tais princípios e a aplicação das prisões provisórias está disposto na forma legislativa.

3.2 PRISÕES PROVISÓRIAS E MEDIDAS CAUTELARES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: A PRISÃO TEMPORÁRIA; A PRISÃO PREVENTIVA; A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO; E A PRISÃO PREVENTIVA PARA FINS DE EXTRADIÇÃO

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil assegura em seu art. 5º, inciso XV - o qual já foi citado no trabalho -, a liberdade de locomoção a todas as pessoas. Conforme Silva (2011, p. 237), este é o ponto principal da liberdade, pois assim, todos podem executar suas atividades e direcionar-se para onde quiserem, de forma livre, com o seu próprio arbítrio. Entretanto, existe uma limitação jurídica para tal, pois deve ser respeitado o direito de outrem, prescrito no ordenamento jurídico.

Dessa forma, passa a existir o papel da prisão, pois a lei dispõe quem irá ser tutor desta liberdade, ou quem dela será privado (BECCARIA, 2010, p. 106), para assegurar a todas as pessoas, os mesmos patamares de direitos (TAVARES, 2002, p. 161), possibilitando um convívio adequado. Diante dos inúmeros problemas do Poder Judiciário, torna-se inviável uma resposta imediata para o delito praticado, assim, buscam-se medidas cautelares, para possibilitar que o lapso temporal entre a prática do ato criminal e a sentença, não frustre a justiça, no caso concreto (VIEIRA, 2005, p.09).

Como já adiantado no início do capítulo, as medidas tomadas antes do julgamento com trânsito em julgado que objetivam viabilizar resposta coercitiva ao suposto autor de um crime, são enrustidas de máxima restrição quanto a sua aplicação, de forma que passaram por recente reforma em sua previsão legal, culminando na Lei 12.403/11. Tendo o escopo de amparar o livre desenvolvimento do processo, evitando frustrações ocasionadas por comportamentos irregulares do suspeito (como fuga, ameaça a testemunhas), resumindo-se nas palavras de Aury Lopes Junior (2006, p. 199), as medidas cautelares objetivam “[...] a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo”. Neste sentido, colhe-se o seguinte ensinamento da doutrina:

A prisão cautelar constitui-se em instrumento destinado a proteger o desenvolvimento do processo e eventual futura aplicação do preceito secundário da norma penal incriminadora, almejando, ao final, garantir a eventual execução de uma sentença penal condenatória. Trata-se de uma medida assegurativa, que prospectiva, na proteção atual que realiza, seja possível à aplicação, em sentido amplo, do direito penal, não podendo ser aplicada com qualquer finalidade sancionatória. (SILVA, 2007, p. 66-67).

Tais hipóteses de antecipação da segregação estão elencadas nos artigos 282 a 350, do Código de Processo Penal, o qual é possível tanto na fase processual, como na fase investigatória. Porém, deve haver os requisitos básicos, previstos no art. 282, que expressa:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - *necessidade* para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - *adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado*. (BRASIL, 2013b. Grifos nosso).

Vale ressaltar que como afirma Martins (2013, p. 06), a manutenção das prisões cautelares, deve passar pelo crivo do Poder Judiciário, e este deve expor a necessidade. Cabe ainda citar que cessando o requisito que ensejou a prisão, pode a mesma ser revogada, pois não haveria mais razão de ser – conforme o art. 282, §5, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2013b).

Na corrente que crítica tais modalidades de prisões, é de valia mencionar o ponto em que se discute o uso dos motivadores existentes no Direito Processual Civil para medidas cautelares também no Processo Penal, mais objetivamente o uso do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Para o Direito Processual Penal, não há que se falar em que uma cautelar deve existir pela ‘fumaça do bom direito’, que é a tradução literal do primeiro requisito. Esta existe para a possibilidade de ocorrência de um delito, ou por haver evidências suficientes que o crime ocorreu e que o suspeito é o autor, ou seja, deve haver o *fumus commisi delicti*. Sendo possível um entendimento claro por meio das palavras de Aury Lopes Junior:

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o *requisito* para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commisi delicti*, enquanto a probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. (2006, p.200. Grifos do autor).

Com relação ao segundo requisito, o *periculum in mora*, que se refere aos perigos existentes na demora do processo, Aury Lopes Junior (2006, p. 201-202) continua sua contraposição, visto que não está sendo tutelado um patrimônio, que pode ser deteriorado, como ocorre no direito civil, sendo cabível no âmbito penal o *periculum in libertatis*. Em sua citação a seguir transcrita, percebe-se a ilustração de seu entendimento:

O risco no processo penal decorre da *situação de liberdade* do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume um caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo [...] em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo o fundamento é um *periculum libertatis* enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado. (LOPES JUNIOR, 2006, p.200. Grifos do autor)

Esclarecidos alguns entendimentos genéricos às modalidades de cautelares, torna-se necessário classificar quais os tipos de prisões que comportam tal medida coercitiva. Iniciando-se pelo estudo da prisão temporária, que possui Lei própria que a regulamenta, de número 7.960/89, que em seu art. 1º cita ser fundamentada para resguardar a instrução policial (inciso I), e/ou o suspeitos não ter residência fixa ou não fornecer dados suficientes para o conhecimento do mesmo (inciso II) (BRASIL, 2014c). Como mencionado por Tourinho Filho “Uma vez que se instituiu a prisão temporária, deverá ela, no direito a ser constituído, cingir-se às infrações graves [...]” (2011, p. 676).

Além desses dois itens, o inciso III ainda elenca os crimes que podem motivá-la que são: homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão ; extorsão mediante sequestro; estupro; rapto violento; epidemia com resultado de morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; quadrilha ou bando; genocídio, em qualquer de sua formas típicas; tráfico de drogas; crimes contra o sistema financeiro (BRASIL, 2014c).

Existem ponderações se os três incisos recém-mencionados devem existir na mesma situação fática para que se comporte a prisão temporária, mas a doutrina trata de ajudar na interpretação da lei, mencionando que o terceiro inciso é indispensável, no passo que os dois primeiros são alternativos, cabendo o inciso primeiro somado ao terceiro, ou este adicionando o inciso segundo (FULLER, JUNQUEIRA e MACHADO, 2011, p. 177).

O seu prazo também foi pré-fixado pela lei, sendo de cinco dias, cabendo prorrogação de mesmo tempo se houver imperiosa necessidade. Contudo, para os crimes hediondos, prática de tortura, tráfico de drogas ilícitas e terrorismo, a Lei 8.072/90, determina o prazo de trinta dias, podendo também postergar-se por mesmo prazo (BRASIL, 2013e), se autorizado pelo Juiz, após oitiva do Ministério Público (TOURINHO FILHO, 2011, p. 676).

A permissividade de sua prolongação sem prazo não é possível, porém pode-se migrar de prisão temporária para prisão preventiva, conforme o art. 2º, parágrafo sexto, da Lei 7.960/89 (BRASIL, 2014c), a doutrina ainda cita que “Diz-se que a prisão temporária é uma antecipação da prisão preventiva, tendo requisitos menos rigorosos que ela. Exatamente pela maior facilidade, seu prazo é mais exíguo e apenas é possível em número determinado de infrações.” (FULLER, JUNQUEIRA

e MACHADO, 2011, p. 177). Ana Flávia Messa contribui no presente raciocínio nos dizeres a seguir:

Após o término do prazo de duração da prisão temporária, o preso será colocado em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva, que não é consequência lógica da prisão temporária, devendo a sua decretação exigir os requisitos legais específicos. Eventual alegação de ilegalidade da *prisão temporária* resta superada pela superveniência de prisão preventiva suficientemente fundamentada. (2014, p.642. Grifo do autor).

Existente também a previsão no art. 3º, da Lei da prisão temporária (BRASIL, 2014c), que tais pessoas presas temporariamente devem estar separadas dos demais reclusos e não havendo respeito a tal mandamento legal fundamentar-se-á *habeas corpus* a quem estiver sujeito à segregação (MESSA, 2014, p.643). Há dispositivo no sentido de que, ao adiar a prisão além dos limites legais, constitui-se abuso de autoridade, conforme o art. 4º, alínea I, da Lei 4.898/65 (BRASIL, 2014d), também tornando a prisão ilegal.

Na própria lei cuida-se em indicar quem está enrustido da prerrogativa de autoridade, como expresso no art. 5º “Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração” (BRASIL, 2014d), de forma que caberá a autoridade que determinar a prisão sanções cíveis e penais, na forma administrativa, conforme determina o art. 6º da Lei 4.898/65, (BRASIL, 2014d), se houver desrespeito ao prazo. Deixando-se o entendimento que o ponto crucial da presente prisão é o prazo, não existente em todas as modalidades de prisões provisórias.

Outra medida cautelar é a prisão preventiva, tipificada entre os art. 311 e 316, do Código de Processo Penal. Está fundada em haver sinais aparentes de que o crime tenha ocorrido, bem como o acusado seja o autor do mesmo (TOURINHO FILHO, 2011, p. 679). Assim como a outra prisão citada anteriormente, deve ser decidida por um juiz, porém além daqueles que podem requerer (autoridade policial) e representar (Ministério Público) na prisão temporária, aqui cabe também ao querelante solicitar tal prisão (TOURINHO FILHO, 2011, p. 680). Nas palavras de Greco Filho “a prisão preventiva é a prisão processual, decretada para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por necessidade da instrução criminal e para segurança da aplicação penal” (1998, p. 274), fundamentos sustentados pelo art.

312, do Código de Processo Penal. Ressaltando-se que “sendo espécie de prisão cautelar, não pode ter sentido de punição” (FULLER, JUNQUEIRA e MACHADO, 2011, p. 177) e Aury Lopes Junior (2013, p. 46) completa que “A adequação informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins”.

Só caberá a prisão preventiva em casos de crimes dolosos, sujeitos a penas privativas de liberdade maiores de quatro anos; em caso de acusado reincidente em crime doloso; ou se nas características do crime houver violência doméstica e familiar - sendo que a vítima não necessariamente será uma mulher, poderão ser crianças, adolescentes, idosos, enfermos ou pessoas com deficiência. Requisitos trazidos pela nova redação do art. 313, do Código de Processo Penal (PRUDENTE, 2012, p. 81) e não havendo os requisitos mencionados, tem-se a situação a seguir expressa:

Se o réu for primário (não reincidente) cuja pena máxima em abstrato cominada para o delito praticado for igual ou inferior a 4 anos, o juiz deverá adotar as medidas cautelares alternativas, pois o juiz não terá amparo legal para decretar a prisão preventiva do indiciado/acusado(...) (PRUDENTE, 2012, p. 81).

Havendo uma observação importante a se fazer, pois caso o indiciado não deixe clara sua identidade e não sendo possível sua identificação, enquanto a dúvida persistir fica o sujeito passível de prisão preventiva, nos moldes do art. 313, parágrafo único, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2014b). Sendo que mesmo o crime tendo pena máxima prevista no Código Penal, maior que quatro anos, só caberá prisão preventiva, se o Juiz não encontrar nenhuma outra medida cautelar que atenda a necessidade do caso em tela. (PRUDENTE, 2012, p. 81). E toda a situação de decretação, substituição ou revogação, deve estar amparada por uma decisão consubstancialmente fundamentada, conforme previsão do art. 315, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2014b), ressaltando que “A prisão preventiva em qualquer fase processual, deve estar fundamentada em termos preciosos e lastreados em fatos. Não se pode utilizar termos vagos, genéricos ou simples cópia das expressões constantes de lei.” (NUCCI, 2013, p. 188).

Havendo no crime possibilidade de algumas das excludentes de ilicitude previstas no art. 23, do Código Penal, ou seja, se o crime foi cometido em estado de necessidade; por legítima defesa de si ou de outrem; ou por cumprimento de dever legal ou exercício regular do direito (BRASIL, 2014g), a aplicação da prisão

provisória é vedada, conforme a doutrina preceitua, “Mantém-se a vedação a quem tiver cometido o fato típico sob o manto protetor de alguma excludente de ilicitude [...], devendo o juiz conceder a liberdade provisória, sem fiança” (PRUDENTE, 2012, p.82).

Aqueles que são pronunciados nos crimes dolosos contra a vida, ou seja, em casos os quais o Juiz verifica a materialidade e indícios suficientes da autoria do delito, nos moldes do art. 413, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2013b), também poderão ficar sujeitos à prisão preventiva, cabendo ao Juiz à fundamentação para decretar prisão ao réu solto ou manter em custódia do Estado o réu preso, nos termos dos incisos que seguem o artigo recém-mencionado.

A discussão em face prisão preventiva está no prazo, pois o legislador se omitiu em relação ao mesmo. Assim, é necessário socorrer-se ao princípio da razoabilidade, para mensurar o tempo que seria aceitável tal prisão (MEZZALIRA; PEREIRA, 2013). De forma que “o princípio da razoabilidade é mais uma garantia contra eventual arbitrariedade do julgador, contra excesso do poder e contra a desnecessidade da prisão em determinados casos.” (MOREIRA; FRÓES, 2013, p. 236).

O art. 301 do Código de Processo Penal resguarda outra prisão provisória, a prisão em flagrante, que é definido da seguinte forma “*Flagrante* vem do latim ‘*flagare*’, que significa ‘queimar’; a expressão ‘flagrante delito’ é usada para designar o crime que está acontecendo, ainda queimante, evidente; é a certeza visual do crime” (MESSA, 2014, p.647. Grifo do autor). De forma que a prisão está embasada no fundamento de proteger a prova da materialidade e autoria do crime, ainda que de forma cautelar, permitindo no processo a ser instaurando provas valorosas (TOURINHO FILHO, 2011, p. 663). Nesse sentido, permite-se a qualquer do povo realizar tal modalidade de prisão, e aos agentes de polícia é dever aplicá-la, sendo que “Quando a prisão for realizada por particular, o flagrante se diz facultativo; diz-se obrigatório quando a prisão for levada a cabo pela Autoridade Policial ou seus agentes” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 664).

Sendo que há pessoas protegidas de tal prisão, logo não serão alvo de prisão em flagrante. As crianças e adolescentes, por sua proteção ao Estatuto da Criança e do Adolescente estão nesse rol; seguindo tem-se os diplomatas estrangeiros, entretanto, deverá haver tratado ou convenção internacional nesse sentido; o Presidente da República, por ser o representante máximo do país;

aqueles que cometerem crimes de trânsito, mas prestaram socorro a vítima; e aqueles que se apresentem espontaneamente a autoridade policial (MESSA, 2014, p. 655). Em outros casos ainda, só caberá prisão em flagrante quando a fiança não estiver prevista, como é a situação dos membros do Congresso Nacional; Deputados Estaduais; Magistrados; membros do Ministério Público; e por advogados no exercício da sua profissão (MESSA, 2014, p.654).

Entende-se que a situação de flagrante pode ser considerada no momento em que surpreende-se o autor do delito, na eminência do mesmo; quem acabou de cometê-lo; quando há perseguição, possibilitando a percepção de quem era o/a autor/a; ou aquele que é encontrado munido de elementos que comprovem o crime - como objetos envolvidos no fato típico; nos termos do art. 302, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2013b).

Os procedimentos a serem adotados em tal situação é a apresentação da pessoa, chamada de “conduzido”, a autoridade competente, que lavrará o auto de prisão em flagrante (MESSA, 2014, p.656) e dever-se-á fazer a comunicação imediata ao juiz competente, bem como a família ou pessoa que o conduzido indique (MESSA, 2014, p.656). Sobre o tema, Ana Flavia Messa faz as seguintes ponderações:

Em relação à comunicação à família do preso ou à pessoa por ele indicada, a finalidade é possibilitar ao preso assistência moral, material e afetiva. [...] Em relação à comunicação da prisão ao juiz, a finalidade é a verificação da regularidade da prisão. (2014, p. 656 – 657).

Neste sentido, cabe ao Juiz manter ou revogar a prisão, com decisão fundamentada, logo se não for o acusado posto em liberdade, deverá ser convertida a prisão em flagrante, para prisão preventiva, nos moldes do art. 310, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2013b). Cabendo também a tal modalidade de prisão, a liberdade, se verificadas presentes no crime excludentes de ilicitude, como o parágrafo único do artigo recém-mencionado (BRASIL, 2013b). Importante ressaltar que sendo uma prisão possível de ser feita por qualquer do povo e sendo obrigatória pela polícia, o crivo do judiciário, por meio do Juiz, torna-se primordial para que impossibilite o exagero em sua manutenção, colhendo-se relevante citação da doutrina nesse sentido:

Assim, com a nova lei, está mais claro que nunca: não se pode mais manter na cadeia, aguardando julgamento, homens e mulheres que, se condenados, receberão uma pena diferente da pena de prisão, como a prestação de serviços a comunidade ou outra pena alternativa. É dizer, não faz sentido prender provisoriamente pessoas acusadas por tais crimes, já que alguém condenado por eles, dificilmente será mandado para a cadeia e cumprirá apenas uma pena alternativa (PRUDENTE, 2012, p.83).

Assim justificando o fato de que não basta ter-se o flagrante do cometimento do delito, pois “[...] ninguém pode permanecer preso sob o fundamento ‘prisão em flagrante’, pois esse não é um título judicial suficiente” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 53), deve tal ato ser de proporcionalidade relevante e que provavelmente o autor irá ser punido com pena gravosa, para que tenha sustentação postergar a prisão por longo período de tempo. Pois em contrário, não haveria nenhum respaldo em cercear a liberdade de locomoção de uma pessoa que nem sequer passou pelo crivo de um processo penal adequado.

A prisão para fins de extradição existe no ordenamento jurídico com o fim de manter recluso aquele que poderá ser alvo de extradição, enquanto o Supremo Tribunal Federal decide a respeito de sua situação (MORAES, 2011, p. 106), conforme o art. 1º da Lei nº 6.815/80, que ainda menciona em seu inciso I, “A prisão perdurará até o julgamento final do Supremo Tribunal Federal, não sendo admitidas a liberdade vigiada, a prisão domiciliar, nem a prisão albergue” (BRASIL, 2014j). Sendo assim, é uma modalidade cautelar possível em caso de julgamento de extradição, que impossibilita outros meios cautelares, entretanto conforme Alexandre de Moraes menciona, em um julgado o Supremo Tribunal Federal já autorizou liberdade provisória de forma excepcional (MORAES, 2011, p. 106).

Quanto às medidas cautelares diversas a prisão, a Lei 12.403/11 (BRASIL, 2014l) apresentou relevantes distinções ao ordenamento anteriormente vigente (LOPES JUNIOR, 2013, p. 145), nos termos em que traz nova redação ao artigo 319, do Código de Processo Penal, introduziu-se a possibilidade de substituir pena de prisão por comparecimento periódico ao juízo; restrição de ir a determinados locais; coibir contato com pessoa determinada - se está estiver relacionado ao fato em análise; não permitir saída da Comarca; obrigatoriedade de permanecer em seu domicílio durante a noite e em dias de folga - para aqueles que possuem residência e trabalho fixo; suspensão da função pública - se for o caso; internação provisória aos inimputáveis ou semi-imputáveis; pagamento de fiança; e por fim o monitoramento eletrônico (BRASIL, 2013b). Sendo que Aury Lopes Junior

(2013, p. 145) menciona em relação a sua aplicação, que “A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação”.

Dessa forma, pode-se deixar de decretar prisão provisória em detrimento de medidas cautelares alternativas, aos casos em que seja concebível tal solução. Quanto à situação dos crimes com pena máxima inferior a quatro anos, estas medidas apresentam-se como alternativa, visto que não é permitida decretar prisão preventiva aos mesmos. Porém é relevante frisar que determinar tais medidas cautelares não é de nenhuma forma obrigatória, trazendo-se citação da doutrina em relação a tema, que menciona:

Logo, ainda que as medidas cautelares possam ser aplicadas aos crimes cuja pena máxima seja inferior a 4 anos, elas representam significativa restrição da liberdade e não podem ser banalizadas. Em nome disso e da necessária proporcionalidade, a nosso juízo, é incabível qualquer das medidas cautelares diversas se, por exemplo, o crime for culposo (LOPES JUNIOR, 2013, p. 146).

Apesar de ser um grande avanço ao ordenamento jurídico a previsão alternativa para prisão provisória, a doutrina ainda apresenta receio que as mesmas sejam aplicadas em demasia, exorbitando sua funcionalidade, como tem sido praticado pelo Poder Judiciário, assim “[...] eventuais medidas alternativas não podem ser banalizadas e servir para aumentar a intervenção penal de forma injustificada” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 147).

Abrija a legislação a previsão de outra restrição cautelar alternativa, a prisão domiciliar. Nos termos do art. 318, do Código de Processo Penal, quando tratar-se de pessoa maior de 80 anos; enfermo de natureza grave; pessoa que necessite cuidar de crianças menores de 6 anos ou com deficiência; ou gestante que possuem perigo em sua gravidez ou chegam ao 7º mês de gestação (BRASIL, 2013b). Sendo que “Essa é uma prisão domiciliar por motivos pessoais do agente, de natureza humanitária, diversa, portanto, da medida cautelar de recolhimento domiciliar prevista no art. 319, V” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 163).

Nesse sentido, o legislador apresenta um avanço quanto à situação de resposta cautelar ao Estado, o Poder Judiciário deve amparar essa possibilidade e exercê-la, possibilitando uma efetivação nos casos práticos que se apresentam.

Pois, de nada adianta a previsão legal, se em sua execução houver deturpações ou ignorar a sua existência.

Assim sendo, conforme os princípios apresentados, a prisão sempre deverá apresentar-se como última alternativa, principalmente quando falar-se dela na forma cautelar, pois nem mesmo o direito de defesa foi fornecido ao indivíduo, permanecendo este como acusado e não condenado. Neste sentido, a prisão provisória na legislação, está prevista em forma de exceção, porém torna-se necessário averiguar a sua contraposição com a realidade aplicada, buscando saber de qual forma o dispositivo legal tem sido usado.

Neste contexto, as medidas cautelares, em especial as prisões provisórias, devem ser aplicadas somente depois de se esgotar as possibilidades de se usar outras medidas cautelares menos gravosas. Ou seja, é primordial que exista em primeiro lugar uma motivação que sustente o uso do poder coercitivo do Estado. Havendo necessidade de se aplicar medidas cautelares contra o(a) réu(ré) passa-se a cogitar o uso das medidas não prisionais, pois são menos gravosas que o cerceamento de liberdade. Apenas se não houver outra opção além da prisão deve esta ser aplicada. Frisando que estes passos devem estar ligados a uma decisão fundamentada e amparada pelas previsões legais mencionadas ao longo do texto.

Coube ao presente capítulo expor as possibilidades previstas na legislação de medidas cautelares, detalhando qual é oportuna a cada caso. Passada as concepções que permitem compreender o contexto do estudo, deve-se indagar como tais previsões legais se comportam quando aplicadas. Condicionando a discussão a qual política criminal tem sido usada e uma possível mudança quanto à visão do uso da respectiva política, para adequação de outra que atenda ao contexto caótico que o sistema prisional apresenta.

4 SITUAÇÃO DOS PRESOS PROVISÓRIOS NO BRASIL DE 2005 ATÉ 2014: LEITURA SOB A ÓTICA DAS POLÍTICAS CRIMINAIS

Passada a exposição teórica do assunto, com o intuito de compreender a situação da prisão provisória para além do tipificado na lei, passa-se a análise de dados concretos, que corroboram a possível tese de uso desproporcional da prisão provisória, desviando seu caráter de exceção. Para tanto, usar-se-á os dados oficiais de consulta pública constantes no site do Ministério da Justiça, na faixa temporal de 2005 até o ano de 2012, com aferição semestral. Além de tal base de dados o Conselho Nacional de Justiça, por meio da ferramenta geopresídios, apresentou-se como fonte importante, pois publica dados mais atuais, embora menos completos que o Ministério da Justiça. A fonte do Conselho Nacional de Justiça é atualizada mensalmente, de forma que serão usados os dados de outubro de 2014.

No que tange ao percentual de presos em cada estado federado, houve coleta da totalidade dos vinte e seis, somado ao Distrito Federal. Com o intuito de condensar o material e expor os dados mais relevantes, desenvolveu-se um demonstrativo baseado em: a) dados dos três estados do Sul (Santa Catarina, Rio Grande de Sul e Paraná); b) números dos estados que possuem mais de 60% de presos provisórios, em relação ao número total de pessoas reclusas; c) o panorama nacional de presos provisórios. Neste contexto, inicia-se a exposição dos dados coletadas, com conclusões emanadas de sua análise.

4.1 INDICADORES DE DADOS OFICIAIS SOBRE OS PRESOS PROVISÓRIOS, ENTRE 2005 ATÉ 2014, NO CONTEXTO DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

Partindo da ideia da prisão provisória como exceção, pois assim é prevista na legislação, a análise de dados dos estabelecimentos prisionais brasileiros faz titubear de tal pretensão da norma ou de quem a aplica. Os dados de outubro de 2014 do Conselho Nacional de Justiça revelam que o sistema prisional brasileiro abriga 40,81% de pessoas presas provisoriamente, ou seja, sem sentença condenatória transitada em julgado, mas que carregarão a marca eterna de quem já passou pelo sistema penitenciário. Trazendo-se o panorama nacional dos presos provisórios, de outubro de 2014, os dados coletados na fonte recém-mencionada, permitem chegar à representatividade em percentuais de presos provisórios em

cada ente federado, relacionados no quadro a seguir, organizada de forma alfabética, sendo que as cores são graduadas da mais forte, que representa os estados com maiores percentuais de provisórios, para a cor mais clara, que são os estados com percentuais em torno de 10%:

Quadro 1 - Número de presos provisórios por estado

Estado	Quantidade de presos	Número presos provisórios	Percentual provisórios
BRASIL	580.501	230.600	40,81
Acre	4.183	1.227	29,33
Alagoas	2.656	1.518	57,15
Amazonas	5.176	3.361	64,93
Amapá	2.514	742	29,51
Bahia	13.601	8.736	64,23
Ceará	16.755	10.099	60,27
Distrito Federal	13.627	3.141	23,05
Espírito Santo	16.018	7.014	43,79
Goiás	12.995	6.924	53,28
Maranhão	6.437	3.704	57,54
Minas Gerais	58.516	26.002	44,44
Mato Grosso do Sul	13.826	4.157	30,07
Mato Grosso	9.499	5.134	54,05
Pará	12.283	5.283	43,01
Paraíba	9.404	3.567	37,93
Pernambuco	30.350	16.093	53,02
Piauí	3.502	2.333	66,62
Paraná	28.052	12.395	44,19
Rio de Janeiro	38.628	14.793	38,30
Rio Grande do Norte	7.149	2.479	34,68
Rondônia	8.126	1.506	18,53
Roraima	1.648	789	47,88
Rio Grande do Sul	27.793	10.165	36,57
Santa Catarina	15.710	4.402	28,02
Sergipe	4.497	2.383	52,99
São Paulo	214.765	71.335	33,22
Tocantins	2.791	1.318	47,22

Fonte: elaborado pela autora com base nos dados de outubro de 2014 do Conselho Nacional de Justiça

Em análise aos dados coletados, far-se-á observação que quatro estados possuem mais de 60% de presos provisórios no total de pessoas presas, são eles: Amazonas, Bahia, Ceará e Piauí. Dos que possuem mais de 50% tem-se seis estados: Alagoas, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pernambuco e Sergipe. Na faixa

de 40% somam-se também seis estados: Espírito Santo, Minas Gerais, Pará, Paraná, Roraima e Tocantins. Nesse sentido a análise já nos traz resultados relevantes, pois se chega a 59,25% de estados com número de presos provisórios maiores que 40% do total de sua população prisional. Melhor demonstrado no gráfico a seguir:

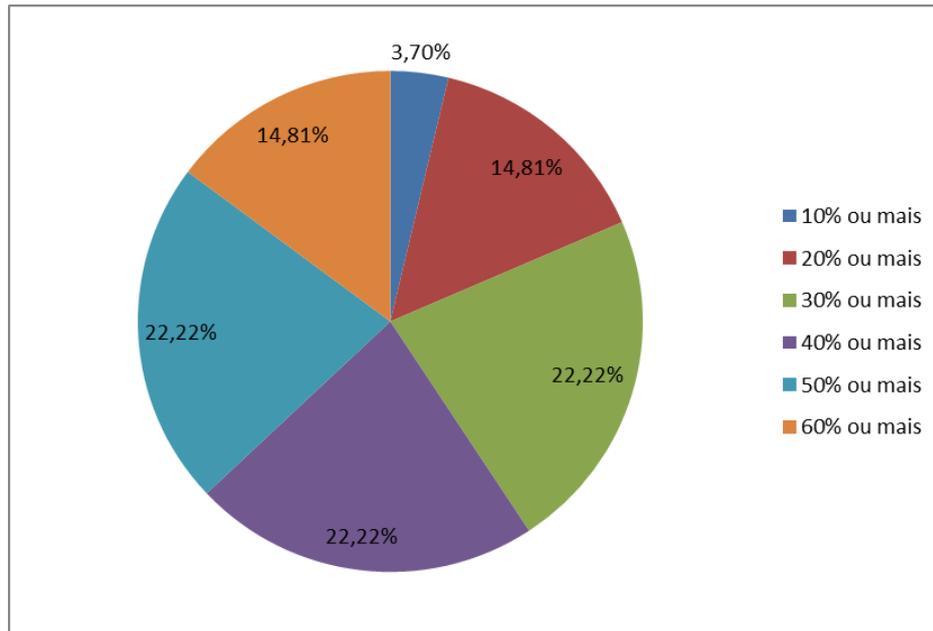


Figura 1 - Percentual dos estados a cada faixa de 10% em número de presos provisórios
 Fonte: elaborado pela autora com base nos dados de outubro de 2014 do Conselho Nacional de Justiça

A situação é muito mais grave nos estados, que assim como aqueles que estão presos, a população livre possui um perfil de baixo índice de desenvolvimento e pouca escolaridade, com problemas sociais agravados e conseqüentemente, a busca equivocada de resolvê-los com o aparato penal. Pode-se comprovar tal argumento por meio da comparação dos dados do IBGE de escolaridade e de renda média mensal do ano de 2013, resultantes da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, com os dados de presos provisórios retirados do Conselho Nacional de Justiça.

O número de presos provisórios é mais alto nos estado em que mais pessoas não possuem escolaridade e que a renda mensal é menor, em consonância com a afirmativa de que o perfil dos estados com maiores índices de presos sem condenação é um reflexo de quais pessoas são segregadas atualmente no Brasil. Para a análise, organizou-se um quadro comparativo entre os estados do sul

brasileiro, com os quatro estados que possuem mais de 60% de presos provisórios. Podendo ser analisado pelo quadro a seguir:

Quadro 2 - Comparativo entre escolaridade, renda e número de presos provisórios

2014			
Estados do Sul			
Estado	Sem escolaridade ou menos de 1 ano (%)	Média rendimento mensal	Provisórios (%)
Rio Grande do Sul	5,62	R\$ 1.421,00	36,57
Santa Catarina	5,59	R\$ 1.493,00	28,02
Paraná	7,69	R\$ 1.404,00	44,19
BRASIL	9,37	R\$ 1.205,00	40,81
Estados com mais de 60% de Presos Provisórios			
Estado			Percentual provisórios
Amazonas	11,63	R\$ 954,00	64,72
Bahia	14,88	R\$ 873,00	64,33
Ceará	15,43	R\$ 778,00	60,27
Piauí	16,93	R\$ 778,00	67,53

Fonte: elaborado pela autora com base nos dados do IBGE e do Conselho Nacional de Justiça

Pode-se frisar que os estados de Amazonas, Bahia, Ceará e Piauí, o qual o número de presos provisórios é maior que metade do total de presos do estado, tem-se um panorama de menor média de rendimento mensal, inclusive em relação à média nacional, que chega ao teto de R\$.1.205,00 (IBGE, 2014a). Nos estados no sul verifica-se que entre eles o estado do Paraná é o com menor média de salário, já na média de presos provisórios é o maior. O mesmo ocorre com a escolaridade, pois em se tratando dos níveis de pessoa sem instrução escolar ou com menos de um ano de instrução, todos os quatro estados com os maiores índices de presos provisórios ultrapassam a média nacional de 9,37% (IBGE, 2014b). Em se falando dos estados do sul, o Paraná volta a ser o pior, agora no quesito educação.

Fazendo-se uma análise temporal dos dados prisionais de 2005 até 2014 - sendo que no lapso temporal entre 2005 e 2012 serão coletados os dados do Ministério da Justiça, os de 2014 do Conselho Nacional de Justiça, faltando apenas o ano de 2013, pois nenhuma das fontes recém-mencionadas auferiram dados no ano em questão - deve-se fazer apontamentos com relação a possível progressão ou regressão no número de provisórios. Para possibilitar uma boa percepção e facilitar a análise, elaborou-se um gráfico com os três estados do sul e os quatro estados com maiores índices, além da exposição dos números nacionais.

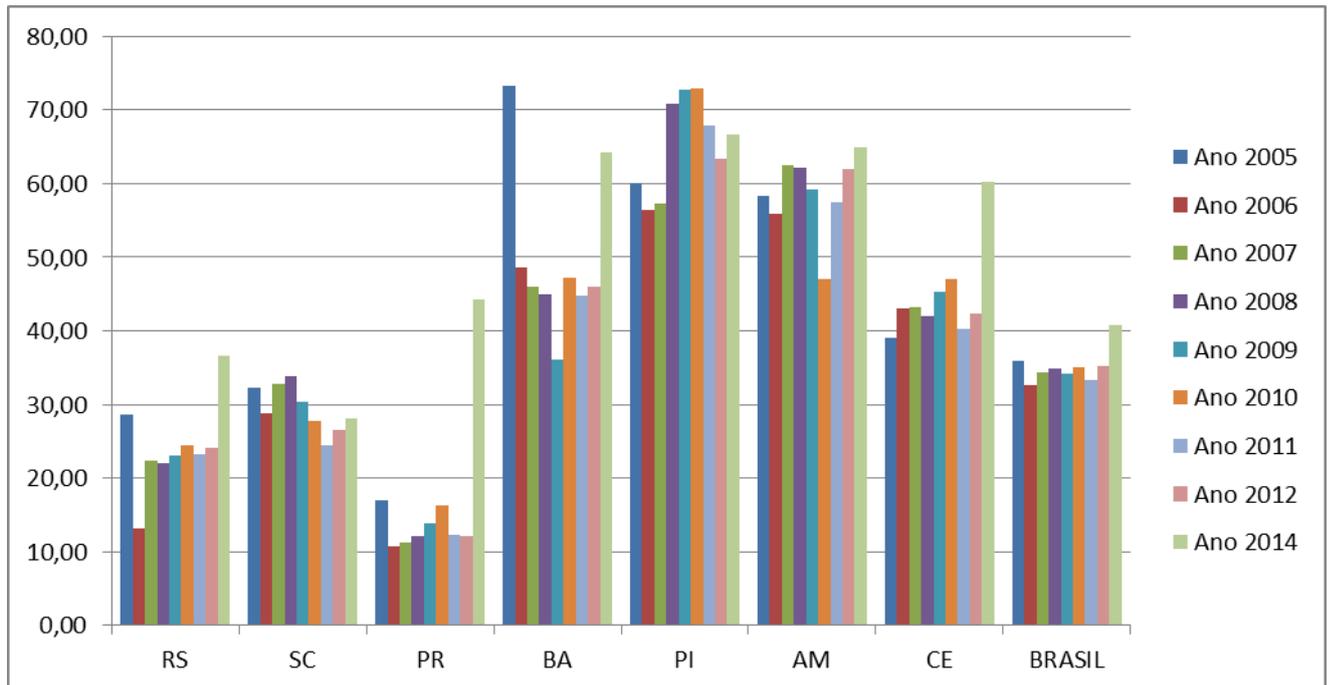


Figura 2 - Número de presos provisórios dos três estados do sul, dos estados com mais de 60% e o dado nacional, no lapso temporal de 2012 até 2014 (exceto 2013 que não possui dados divulgados)

Fonte: elaborado pela autora com base nos dados do Ministério da Justiça (2005-2012) e do Conselho Nacional de Justiça (2014)

Pelo gráfico percebe-se que a maioria dos estados em 2014 chegou aos maiores números, são eles Rio Grande do Sul, Amazonas, Ceará e principalmente o Paraná, que em 2006 chegou a ter apenas 10,75% de presos provisórios, e permanecia estável em tais patamares até 2012. Referindo-se ao panorama nacional, o crescimento persiste, pois os últimos dados coletados revelam que o país tem na última pesquisa o mais elevado percentual de provisórios, desde 2005, embora os constantes esforços contrários do Conselho Nacional de Justiça, com o mutirão carcerário, que tem atuado incansavelmente nos estabelecimentos prisionais do país, desde agosto de 2008 (CNJ, 2014b). Já Santa Catarina, em contrapartida a todos os outros, teve um sutil decréscimo dos números. O estado da Bahia em 2005 chegava ao incrível número de presos provisórios 73,29%, sendo que nos anos posteriores teve um declínio considerável, porém voltou a aumentar em 2010, assim permanecendo até 2014.

Observou-se que outro ponto a ser analisado é a questão da Defensoria Pública. Como já mencionado, quanto menor o rendimento mensal, maior é o número de pessoas presas provisoriamente nos estados. Logo, se não possuem

uma renda monetária passível de custear o próprio sustento familiar, recorrer a advogados para que cuidem de sua defesa técnica é ainda mais difícil. Assim, ficam tais pessoas à mercê da Defensoria Pública, que a muito já deveria estar organizada e efetivada em todo território nacional, porém em realidade os números de pessoas que dela necessitam e o número de defensores, são incompatíveis.

Os dados trazidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) embasa tal afirmativa, pois cita que “As análises sobre as taxas de pessoas com até três salários-mínimos por defensor público evidenciaram a insuficiência generalizada de defensores nos estados” (IPEA, 2014). Sendo o Distrito Federal como um dos poucos a não apresentar déficit de Defensores Públicos, apresentando a capital federal números menores em se tratando de presos provisórios, do que comparado a outros estados, ou seja, 23,05%, enquanto a média nacional é de 40,81%, permitindo demonstrar a ligação entre escassez de defensores e grandes números de presos provisoriamente. Fazendo-se assim uma análise de estados que possuem números menores de defensores do que deveriam, obtém-se no quadro a seguir melhor visão:

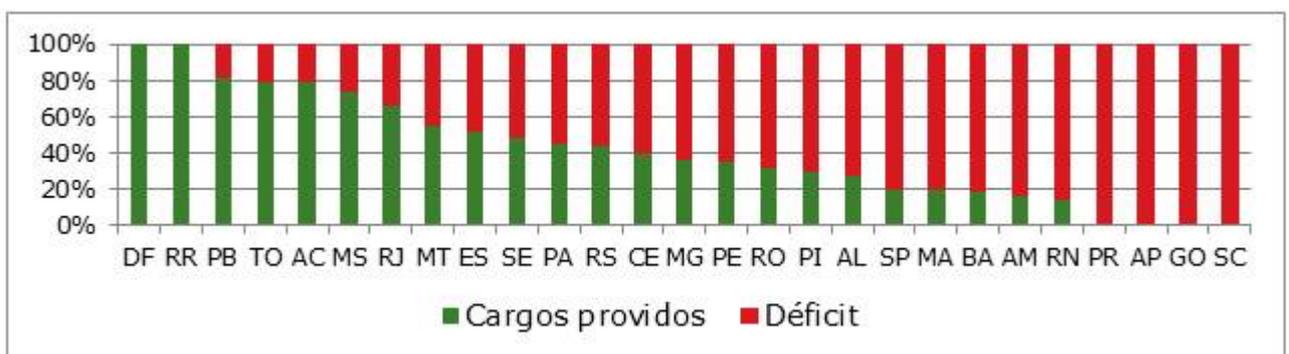


Figura 3 - Número de defensores para cada 10.000 pessoas com até três salários-mínimos
Fonte: ANADEP, 2013; IBGE, Censo 2010.

Necessária é observação no tocante ao estado de Santa Catarina, que foi o último a implantar Defensoria Pública, necessitando o Supremo Tribunal Federal julgar em ação direta de inconstitucionalidade (ADIs 3892 e 4270) a atuação de advogados dativos no estado, para que finalmente se iniciasse o processo de organização de Defensoria Pública (BRASIL, 2014k). Entretanto, mesmo decorridos dois anos da citada decisão, conforme consulta ao site da Defensoria Pública de Santa Catarina, atualmente no estado tem-se 87 defensores, o que seria mais de

180 pessoas presas necessitando de assistência jurídica para cada defensor (SANTA CATARINA, 2014), lembrando que a Defensoria Pública não atua somente na área penal e de execução penal, logo a demanda por atendimento é ainda maior.

Em análise ao quadro tem-se que vinte estados possuem um *déficit* maior que 60%, estando à atuação da defensoria prejudicada na maior parte do País. Verificando os quatro estados com maior índice de presos provisórios tem-se Amazonas e Piauí, com falta de defensores em cerca de 70%, Bahia com 80% de *déficit* e Ceará chegando a 60%. Contudo, a conclusão de mais presos provisórios e falta de defensoria apresenta uma exceção, isto porque tomando como exemplo o estado de Rondônia, que é o estado com menor índice de presos sem julgamento, a defensoria pública é também escassa. Pertinente trazer a citação que a respeito do estado de Rondônia, menciona-se que “A eficiência da Justiça criminal opõe-se à precariedade do sistema prisional em Rondônia. Se por um lado o número de presos provisórios do Estado é um dos mais baixos do país (25%), a superlotação das casas prisionais é assustadora” (CNJ, 2014b, p.44)

A defensoria pública não seria então um problema único, pois mesmo nos estados com menores números de provisórios, tem-se nível de defensores escasso, demonstrando ser tal falta de defensores uma patologia de todo o país. Assim, pode-se fazer apontamento que o motivo de tantas prisões sem julgamento está embasado pela cultura punitivista do aparato julgador. Pois conforme afirma Carvalho (2010, p.18), face a ausência de outras formas de mensurar o alto grau de punitivismo, apresenta-se o número de encarceramento como base para o identificar.

Devem ser analisados também quais crimes resultam em condenações, pois deveria haver maioria de condenações por crimes graves, principalmente contra a vida, o bem mais tutelado, para possivelmente explicar a quantidade de presos provisórios ingressos nos estabelecimentos prisionais. Contudo, em realidade, não são estes os crimes que o Conselho Nacional de justiça aponta com maior número de condenações, sejam nas modalidades tentadas ou consumadas, mas sim os crimes contra o patrimônio - com exceção apenas do Rio Grande do Sul. Ou seja, crimes com menor potencial ofensivo, que poderiam ser acobertados por outras medidas cautelares. Para tal conclusão, toma-se como base o quadro construído a partir de dados do CNJ, que segue:

Quadro 3 - Espécie de crimes com maior número de condenações

Dados de dezembro de 2012			
Local	Total de Crimes	Crimes contra o patrimônio	Percentual
Rio Grande do Sul	17.546	3.096	17,65
Santa Catarina	20.724	10.290	49,65
Paraná	26.176	13.519	51,65
Bahia	11.048	4.479	40,54
Paiuí	2.723	1.274	46,79
Amazonas	6.129	1.949	31,80
Brasil	545.465	267.975	49,13

Fonte: elaborado pela autora com base nos dados do Ministério da Justiça

É reveladora também a questão de escassez de vagas para presos provisórios em alguns estados, apesar de alguns poucos estados já terem possuído mais vagas que detentos. Em nenhum dos aspectos (falta ou sobra de vagas) o resultado deve ser tido como bom, visto que havendo falta de vagas, ficam os presos sujeitos a “[...] precariedade nas instalações ultrapassadas, celas insalubres, onde faltam colchões, material de higiene e até contato com a luz do sol.” (CNJ, 2014b, p. 46). Sendo que as discussões criminológicas a muito já mencionam o problema de superlotação, logo não trata-se de novidade. O que revela a total omissão do Estado em amparar a situação dos estabelecimentos prisionais e sua falta de estrutura para a demanda de pessoas reclusas, violando diretamente os direitos fundamentais dessa população.

Em contraponto existindo sobra de vagas - levando em consideração que o sistema penitenciário em outubro de 2014 possuía um *déficit* de 170.154 vagas (CNJ, 2014a) somando o *déficit* de presos provisórios e condenados -, deve-se ter ciência que o resultado serão presos provisórios e condenados dividindo o mesmo ambiente carcerário. O quadro produzido com dados do Ministério de Justiça e do Conselho Nacional de Justiça traz o panorama em questão:

Quadro 4 - Déficit de vagas para presos provisórios

Estados do Sul									
Estado	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2014
RS	sem dados	sem dados	sem dados	2.086	2.066	1.863	1.986	5.100	8.179
SC	1.194	1.381	1.927	2.099	3.033	3.612	4.258	-448	-530
PR	1.805	1.563	189	2.551	2.448	2.448	2.448	-1.348	8.371
BRASIL	60.531	37.623	73.882	71.017	81.201	84.848	89.871	100.496	134.253
Estados com mais de 60% de Presos Provisórios									
Estado	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2014
Ba	3.083	877	2.099	2.079	2.315	2.361	2.361	2.409	6.375
PI	736	-264	336	336	336	336	336	1.458	1.867
AM	1.082	1.009	1.262	1.342	1.342	1.504	2.072	2.197	1.289
CE	629	3.797	5.302	5.340	7.293	7.217	7.442	-424	2.657

Fonte: elaborado pela autora com base nos dados do Ministério da Justiça (2005-2012) e do Conselho Nacional de Justiça (2014)

O estado de Santa Catarina é o único a ter em 2014 sobra de vagas de presos provisórios, mas em contraponto no sistema prisional catarinense, para as demais modalidades de prisão, faltam 4.219 vagas (CNJ, 2014a). Nesse sentido, é conclusiva a percepção de que condenados e provisórios possam estar dividindo o mesmo ambiente carcerário. Rio Grande do Sul e Paraná são os que possuem a situação mais gravosa diante da falta de vagas, sendo que em relação ao estado do Paraná, a ausência de vagas é explicada pelo incrível aumento de presos provisórios, já apontado nesse trabalho.

Não é possível concluir a análise sem lembrar que em 2011 a legislação em torno das prisões cautelares sofreu reformas. Surgindo então a Lei 12.403/11, proveniente de um projeto de lei que há tempos tramitava, especificamente desde 2001. É promulgada no contexto, resumido nas palavras dos estudiosos como um momento o qual “[...] o sistema carcerário está em colapso, e no ano de 2011 supera-se a marca dos 500 mil presos, dos quais 200 mil são presos cautelares. Esse é o estado de emergência que pressionou mais essa reforma pontual” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 14-15).

Apesar de o novo dispositivo legal ter apresentado mudanças relativas, um detalhe primordial que existia no projeto de lei foi suprimido, o dever de revisão constante de medidas cautelares (LOPES JUNIOR, 2013, p. 15). Tal supressão, nas palavras de Aury Lopes Junior, terá como resultado a seguinte questão “Essa lacuna da lei vai continuar cobrando um preço alto no que tange ao sacrifício de direitos fundamentais e à (de)mora jurisdicional, principalmente num país em que é bastante

comum prisões cautelares se arrastarem por 3 ou 4 anos (!)”(LOPES JUNIOR, 2013, p. 15).

E não bastasse a parte importante do texto legal que fora retirada, ainda existe um desafio pertinente em tal lei, a sua devida aplicação. Já previa Aury Lopes Junior que mais que mudanças legais, caberia também reformular a visão “inquisitorial-encarceirizadora dominante” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 16). Infelizmente os números de presos sem condenação não mudaram, pelo contrário, como já analisado, os números insistem em aumentar, o que faz concluir que as esperanças de melhora não foram alcançadas pela citada lei.

Face às análises, tem-se então que o número de estados com mais de 40% de presos provisórios é alarmante, devendo ser revisto o caráter de exceção que se dá a tal tipo de cerceamento de liberdade, visto que uma exceção não pode ser mais aplicada do que a regra, pois se assim for seus papéis se invertem. Superada tal fase de análise de dados, outros pontos podem ser discutidos, enriquecendo o contexto do trabalho, como se passa em sequência a mencionar.

4.2 PRISÕES PROVISÓRIAS E A CULTURA PUNITIVISTA NO BRASIL

Como apontado nos dados anteriormente expostos, o Brasil tem um problema sério no que tange aos presos provisórios. O número nacional é alto, mas ao analisar alguns estados especificamente, os números são muito maiores e alarmantes. Logo, quando se trata de superlotação, os presos provisórios são um somatório exacerbado para agravar a situação de falta de espaço nas prisões. Conforme cita-se:

Sem dúvida, a prisão provisória é grande responsável pelo *boom* carcerário e pelo déficit de vagas no sistema penitenciário. Além de que é nessas cadeias fétidas e desumanas (*que são regra no Brasil*) que os presos provisórios (*presumidamente inocente*) se encontram. Celas superlotadas guardam presos que cometeram crimes sem gravidade e sem violência. Pessoas que aguardam meses, às vezes anos, presas para, ao caso, receberem como punição uma pena diferente da privação de liberdade (PRUDENTE, 2012, p. 78. Grifos nosso).

O questionamento a ser posto é o que leva tantas pessoas a prisão, principalmente sem lhes resguardar ao menos o devido processo, com julgamento coberto por defesa, resultando em uma condenação condizente com a verdade. O

Brasil tem um perfil de desigualdade social relevante, inclusive evidenciado pelos dados de renda e escolaridade expostos, o que faz gerar uma busca desenfreada por criminalizar os grupos menos favorecidos. Este perfil é muito bem descrito pelas seguintes palavras:

Como resultado deste processo, a sociedade transforma-se profundamente: passa a ser expressivamente dual, e um *apartheid* social entre as classes motiva o punitivismo social e o apoio à criminalização de condutas. No decorrer do processo de mudança no sistema estatal, a criminalidade urbana cresce expressivamente, assim como o tráfico e o consumo de drogas, fatos que, paradoxalmente, acabaram por legitimar o corte de gastos sociais, bem como o endurecimento penal. (VASCONCELLOS, 2008, p. 49).

E neste contexto o aparato penal é visto como socorro a todos os problemas sociais, prendendo desenfreadamente e proporcionando uma limpeza das ruas, protagonizado pelo movimento Lei e Ordem (WACQUANT, 2007, p. 30). “Qualquer ser humano inadequado à moral punitiva ou à estética criminológica passa a ser percebido como objeto a ser eliminado, como inimigo” (CARVALHO, 2013, p. 46-47). O objetivo central é retirar do convívio social aqueles pertencem aos grupos marginalizados como instrumento de controle social penal:

A utilização do processo penal como efetiva (antecipação de) pena contra os grupos vulneráveis criminalizados e os autores de obras toscas da criminalidade fornecem elementos para compreensão da patologia do grande encarceramento brasileiro, seja em relação ao alto número de prisões cautelares, inclusive em casos de delitos praticados sem violência, seja em decorrência de condenações criminais. (CARVALHO, 2013, p. 70-71).

O resultado não poderia ser outro que não o uso do direito penal máximo, com busca constante por condenações e penas imprevisíveis, pautadas no uso do poder (FERRAJOLI, 2002, p. 84). É justamente este parâmetro do direito penal que o Brasil se ampara, a julgar pelo crescimento constante de presos provisórios, onde não há preocupação em julgar, mas tão somente prender. Basta estar o acusado longe do convívio social, demonstrando às “pessoas de bem”, que o estado supostamente cumpre o seu dever de segurança social. “E se é certo que são muitos os que propugnam a máxima participação pública nas correspondentes tomadas de decisão, não é menos certo que, de momento, as mesmas têm lugar em um contexto de quase total obscuridade” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 30).

E tal prática é impulsionada pelos atores do direito penal, ou seja, quem aplica os dispositivos legais, em todo seu aparato legal, que endurecem em demasia a norma. Como bem explicado por Carvalho (2010, p. 59) não há como sobrepor o peso de tais prisões somente aos poderes legislativo e executivo. “Assim, é possível constatar que apesar de o impulso punitivista ser deflagrado na órbita legislativa, são estes atores que lhe conferem efetividade.” (CARVALHO, 2010, p. 59). Toma-se como base o fato de que em pesquisa realizada no livro “O impacto da assistência jurídica aos presos provisórios”, constatou-se que é praxe haver justificativas genéricas que embasam decisões de prisão provisória. Como percebido no exposto a seguir:

Não obstante, a análise do conteúdo das decisões de conceder ou negar liberdade provisória ao acusado indica que a fundamentação é geralmente muito precária e está muito aquém da exigência constitucional. São comuns as decisões de “carimbo” ou “etiqueta”, cujo conteúdo se adapta a todos os casos. (LEMGRUBER; FERNANDES, 2011, p. 29).

Ainda é relevante citar, que o Brasil tem sido questionado pelos números de presos cautelares no plano internacional, porém se omite, não dando nem sequer respostas. Por este motivo, o grupo Conectas de Direitos Humanos, fez duras críticas a falta de resposta do Estado, ao problema dos presos provisórios, com o texto intitulado ‘Especialista em desconversar’. A organização citou que em setembro, no Conselho de Direitos Humanos da ONU, o Brasil perdeu uma grande oportunidade de se pronunciar sobre o tema, mencionando ser uma grave falta de compromisso do Brasil com a situação prisional (CONNECTAS, 2014a).

Neste contexto, fica evidenciado que importa como significado de segurança, a falsa ideia que devem os grupos subalternos ficarem no seu ‘devido lugar’, não poluindo as ruas com a sua pobreza, proporcionando imagens de insegurança (LOPES JUNIOR, 2013, p. 15). E sem dispor de políticas sociais apropriadas, a primeira alternativa vista, a mais cômoda, sempre será prender. Aliás, não é apenas comodismo, pois enche aos olhos de tantas pessoas que se julgam possíveis vítimas, a prisão desses grupos que ocupam as zonas pobres das cidades, pois é essa a cultura impregnada em tantas mentes, resultando no pensamento de que cadeia é igual à segurança (ANDRADE, 1997, p. 312).

Sendo assim, a cultura punitiva que impulsiona o Brasil, traz dimensões de números de prisões elevados, que a piorar insistem em crescer. O processo

penal acaba por enrijecer, principalmente quanto o quesito a ser sopesado é a prisão cautelar, que passa de exceção, para a regra, desconstruindo o disposto na Carta Magna, e deixando o direito de liberdade em segundo plano. “A violência do processo penal é patente, tendo sua face mais cruel nas prisões cautelares” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 49).

4.3. O MINIMALISMO PENAL COMO OBJETO DE AMPARO A SITUAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA

Evidenciado que as práticas prisionais brasileiras em muito se distanciam do minimalismo penal, que corresponde “não só ao máximo grau de tutela das liberdades dos indivíduos em relação ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 47), passa-se a expor como poderia ser tal política criminal, um caminho alternativo a ser percorrido. No Brasil, o expansionismo ganhou solo fértil e tem se enraizado, porém como foi demonstrado nos dados, prende-se cada vez mais, julga-se cada vez menos e resultados positivos não existem efetivamente. Em conversa com o Conectas Direitos Humanos - organização não governamental internacional – o juiz João Marcos Buch, da Vara de Execução Penal de Joinville, faz citações de extrema valia - apesar de sua visão representar uma exceção da magistratura:

O juiz afirma que, por experiência empírica, entre 80% e 90% dos presos que conheceu não precisariam estar em regime fechado se tivessem outras oportunidades. “A prisão não é necessária para a maioria. O mais eficaz seria mandar todos embora para que não fossem contaminados pelo sistema. E os outros 10% poderiam ser trabalhados pelo Estado de maneira mais eficaz.” Nos últimos dez anos, a massa carcerária do Brasil duplicou e o País hoje possui a quarta maior população presa do mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. “É a violência diminuiu? Talvez o contrário. A reincidência é muito alta, o que significa que o sistema torna a pessoa mais violenta. O direito penal brasileiro é irracional e não funciona para aquilo que oficialmente se propõe – promover a pacificação social através da pena.” (CONNECTAS, 2014b).

Neste sentido, as prisões cautelares que deveriam funcionar apenas com objetivo de garantir o devido processo penal, prevenindo possível fuga, protegendo provas e vítimas, ou seja, garantindo que o Estado possa responder coercitivamente ao ato ilegal praticado, acabam por apenas legitimar o expansionismo. Assim, em contraponto ao direito penal máximo, o minimalismo quer afastar tais arbitrariedades,

sem o uso massivo dos elementos penais, a prisão, principalmente na forma cautelar, devendo ser de fato - e não a letra morta da lei - uma exceção. As críticas tecidas por Lemgruber e Fernandes resumem adequadamente o que fora recém mencionado, comentando decisões do judiciário Fluminense:

Mãos cegas impõem sentenças cegas. Sentenças que resultam em decisões que violam a Lei. O conteúdo de muitas das decisões judiciais com as quais nos deparamos é flagrantemente ilegal e inconstitucional. Constatou-se, ao fim e ao cabo, que dois de cada três presos provisórios cujo desfecho processual era conhecido estavam ilegalmente privados da liberdade. *A prisão sem condenação é a regra* – sobretudo para os pobres, alvos da seletividade brutal do sistema de justiça criminal brasileiro. (2011, p. 29. Grifo nosso).

As medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/11 tinham tal objetivo, de propor novas alternativas à prisão, porém em nada mudou o panorama do número de presos provisórios no país, muito pelo contrário, os dados só aumentam. Carvalho tem um interessante ponto de vista a ser abordado em relação ao tema, construído com as ideias de Garland, a citação a seguir menciona:

Do ponto de vista teórico, o postulado da utilização da *pena*, em geral, e da *pena de prisão*, em particular, como último recurso sancionatório do sistema penal é legado do pensamento liberal clássico, consolidado pelo direito penal contemporâneo nos princípios de intervenção mínima, de fragmentariedade ou de subsidiariedade que concentram a ideia da *ultima ratio*. E, diferentemente de ser conquista do modelo correcionalista, conforme sustenta Garland, o discurso de defesa da intervenção mínima acompanha a trajetória dos discursos do direito penal e do direito processual penal da Modernidade, apesar de, nos dois últimos séculos, sua consolidação científica (dogmática penal) ter, ao instrumentalizar a aplicação do poder punitivo, operado constantes inversões do significado liberal de subsidiariedade cuja consequência é a relegitimação e ampliação do uso da pena (CARVALHO, 2010, p. 23. Grifo do autor).

Apesar de que ao aplicar a norma, coloque-se em segundo plano o uso das medidas cautelares, a reforma do código de processo penal propiciou ao juiz nove alternativas, colocando a prisão em 'décimo plano', caracterizando, ao menos na lei, a busca por um direito penal mínimo (PRUDENTE, 2012, p. 83). Ou seja, é o legislativo dando ares de minimalismo, ainda que em doses mínimas, sendo o problema principal a aplicação devida da legislação. Neste norte, é válida a crítica trazida a qual menciona que trata-se de uma cultura a ser combatida, a punitivista, que vai além do simples alterar de normas:

[...] as ações, porém, não podem prescindir de verdadeira alteração na cultura punitivista que as sociedades de controle contemporâneas estão submersas, e que no Brasil, em virtude da formação histórica dos atores, se confunde com a própria construção das agências do sistema penal. (CARVALHO, 2010, p. 253)

Neste sentido, embora existam marcos minimalistas no cenário brasileiro, não se pode olvidar em dizer que o principal ainda carece de existir, o uso de fato do minimalismo. Passa então a ser criticado não apenas o caráter legislativo das normas, que tomando por base a Lei 12.403/11, vem buscando alternativas minimalistas, mas também o ambiente de aplicação, principalmente no que tange ao judiciário. Sendo tal caráter minimalista vislumbrado na própria Carta Magna, conforme cita-se:

A Constituição Federal de 1988, no tocante às diretrizes do sistema penal, andou por dois caminhos: um minimalista e outro expansionista e de recrudescimento das leis penais. Escorado no primeiro, os substitutos penais e processuais penais são erigidos. Não obstante, como são lidos a partir da lógica punitiva arraigada na práxis jurídica, terminam por constituir via paralela ao cárcere, frustrando seu viés de alternativa democrática do controle penal. (CAZABONNET, 2013, p. 17 – 18).

Dessa forma, o direito penal funcionará de forma mais adequada se for adotado conforme o minimalismo penal resguarda, afastando a prisão e trazendo a prática de mecanismos alternativos. Contudo, sua aplicação deve ser encontrada em todas as instâncias da lei, desde sua criação, em sua aplicação, culminando em decisões finais compatíveis com uma política criminal que esteja apta a reduzir tantos problemas do sistema prisional. Assim deveria desenvolver-se, pois:

O direito penal da modernidade foi constantemente interpretado como uma nova fundação da pena. Em razão da experiência secular do grave estado de deslegitimação no qual se encontram os sistemas punitivos e o direito que deveria regulá-los, seria oportuno propor outra interpretação: o direito penal liberal foi sobretudo a tentativa da modernidade de limitar e regular a pena. (BARATTA; 1997, p. 68)

Desta forma, tem-se aqui uma proposta criminal de buscar afastar o uso da pena de prisão, ou seja, usar do viés proposto pela Criminologia como minimalismo penal, como o fim a ser alcançado. Para tanto, deve ser combatida incansavelmente a cultura do punir que está em textos legais, porém está sobretudo no aplicador do direito penal. Os números de presos provisórios vem mostrar em

dados o que se discute aqui, pois a eles não se pode questionar – uma vez que colhidos de fontes seguras -, os dados estão escancarando esse cenário lamentável que vive o Brasil.

É chegada a hora de pausar o aspecto punitivo constantemente motivado no âmago do populismo, abrindo-se os olhos para as verdades trazidas pelo cenário das prisões, não se esquecendo nem por um momento que a maioria dos presos que chegam ao sistema penal, um dia voltam para o convívio social, então que se prepare da melhor forma o seu retorno, pois caso o sistema não garanta seus direitos, não sobrarão outro caminho que não seja o retorno ao crime e a podridão das prisões.

5 CONCLUSÃO

Delineando o enfoque do estudo, em primeira síntese, é necessário remeter a dicotomia das políticas criminais inicialmente narradas. O expansionismo penal é traduzido por um endurecimento do poder punitivo do aparato penal, buscando equivocadamente uma sociedade com grande grau de segurança. O Brasil, amparado na busca por segurança pública, tem feito o uso sem medidas de tal alternativa, principalmente no que tange ao Poder Judiciário. O Poder Legislativo em contrapartida tem dado indícios minimalistas, tomando como exemplo a Lei 12.403/2011, entretanto o grande obstáculo tem sido uma prática de tal política criminal nos fatos, principalmente no papel do judiciário, não sendo suficientes apenas pequenos focos de leis minimalistas, por vezes sufocadas pela cultura punitivista.

O minimalismo tem um objetivo totalmente contrário ao expansionismo, pois amparado nas diversas frustrações trazidas por este uso excessivo do poder de punir, busca a contração do sistema e a aplicação máxima dos direitos e garantias fundamentais. Ocorre que o direito penal, por ser usado de forma equivocada, resulta em não mais funcionar como meio para segurança pública, mas sim como mecanismo de seletividade social, delimitando quem merece ter sua liberdade resguardada e quem aparenta ser uma ameaça social. Os resultados não poderiam ser outros que não um sistema penitenciário super lotado, sem estrutura para tantas pessoas presas e que viola diretamente os direitos estabelecidos em lei.

Neste prisma as injustiças ganham espaço, sendo um importante mecanismo para sua efetivação as prisões cautelares. Como demonstrado no trabalho, tais alternativas cerceadoras de liberdade possuem um objetivo específico traçado, qual seja de resguardar que o Estado possa cumprir seu dever estatal de responder ao autor de um crime. Vale ressaltar que a prisão provisória então não poderia ser usada sempre, pois não será em todas as situações necessário prender uma pessoa, para garantir o transcorrer de um processo.

Na teoria o caráter de excepcionalidade da prisão cautelar fica plenamente reconhecido e vislumbrado, porém a teoria deve ultrapassar o plano da cogitação e ir para a esfera da aplicação. A monografia evidencia exatamente tal desafio, o mundo dos fatos. A análise da teoria para os fatos se deu por meio do estudo dos dados do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça. Os

resultados são inquestionáveis: quando da aplicação foi “esquecido” o ponto principal da prisão cautelar, a exceção. Ou seja, a legislação propõe respeito aos direitos inerentes a um processo e uma punição com lisura, enquanto a prática é violadora de direitos.

Em se tratando do Brasil, no mês de outubro do corrente ano, os números alcançam 40,81% de presos provisórios, ou seja, duzentos e trinta mil e seiscentas pessoas que, mesmo sem a certeza de culpa, estão presas. Apesar de o dado nacional ser alarmante, existem estados ainda mais caóticos. Mencionando os entes federados que possuem mais de 40% de presos provisórios tem-se 59,25%, ou seja, mais da metade do país possui números de presos provisórios maiores ou iguais ao índice nacional.

O que o incentivaria uma proporção de tal nível de pessoas presas sem julgamento? Em primeira análise o trabalho mostrou o paralelo de rendimento mensal médio em cada estado e os níveis de pessoa sem instrução escolar. Encontrado em primeiro ponto que menos renda, menos escolaridade é igual a mais presos provisórios. Os dados apenas embasam a afirmativa de o expansionismo já deixou há muito tempo o propósito de buscar segurança pública, para ser um meio de seletividade social, apenas. Configurando-se como instrumento de controle social ilegítimo.

Outro aspecto estudado que merece ser ressaltado é no que tange a defensoria pública. Partindo da premissa que os defensores públicos existem justamente para resguardar a defesa daqueles que não podem custear um advogado, como recém-mencionado, os estados nos quais a renda mensal é menor, existem mais presos provisórios, logo o grito de socorro vai ser clamado a ninguém menos que aos defensores públicos. Entretanto, o caos da defensoria pública é geral em todo o país. São números insuficientes de defensores para atender a demanda de pessoas presas, a qual continua crescendo.

Vale lembrar ainda que até que se esgote todos os mecanismo de acusação e defesa possíveis, o acusado é inocente. Não confundir a figura do acusado com a de condenado passa a ser um desafio, principalmente se esta pessoa já está presa e muitas vezes com reduzidas formas de prover provas que o isentem da conduta.

Falando em crescimento, remetendo-se ao ano de 2005, os dados demonstram que o panorama nacional traduz um aumento constante de presos

provisórios. Ou seja, a situação grave que os presos provisórios vivenciam não é vislumbrada como um problema a ser resolvido, muito pelo contrário, a prisão provisória continua sendo usada como suposto meio de se responder aos reclamos midiáticos com aparentes atos de “justiça” e ilusória “segurança”, no qual o cumprimento da lei por um julgamento com trânsito em julgado se torna um mero detalhe que será feito em momento oportuno, depois de alguns meses ou talvez anos da data da prisão.

Possivelmente os crimes que mais resultam em condenação deveriam ser crimes extremamente graves, logicamente contra a vida, para justificar tanto rigor nas prisões provisórias. Outro engano, pois são os crimes contra o patrimônio que somam os maiores números de condenação. São exemplos o furto, o qual a pena mínima é de um ano; ou o roubo, que a pena mínima é de quatro anos. A proporção com o qual se responde a tais condutas resulta em desproporcionalidade, principalmente quando a prisão provisória é o mecanismo usado.

Não bastasse então todo o exagero envolto na aplicação da prisão provisória, existe outro contratempo, onde colocar tantos presos provisórios - frisando que devem ficar separados dos presos condenados. Com exceção de Santa Catarina, as vagas são insuficientes, os dados são claros. Porém, com sobra – fazendo menção ao estado catarinense – ou falta de vagas o resultado não poderia ser outro diferente da colocação de condenados em presídios ou provisórios em penitenciárias. Logo, no lugar de resguardar possíveis inocentes, misturam-se aos condenados, violando mais uma vez a lei, agora a de execução penal.

Sendo assim, o estudo impulsiona a discussão do quão falido está o discurso de que prender muito é sinônimo de segurança. Se prender resolvesse a situação da criminalidade, o Brasil seria um país de segurança social máxima. Torna-se necessário frear o uso massivo de prisões, revendo qual política criminal deve ser aplicada. Dando espaço ao minimalismo penal, com o bom senso de que os exageros não trazem benefícios em nenhuma ótica, de forma que o minimalismo penal deve ir além do poder legislativo e se tornar a nova cultura penal do país.

Coube ao presente estudo revelar este problema que existe, porém a muito é omitido pelos envolvidos no direito penal. Basta de cegueira da justiça, de discursos falaciosos que remetem a falsa concretização constitucional. Que se enfrente as verdades.

REFERÊNCIAS

- ÁLVAREZ, Débora. Senado aprova a restrição a 'saidinha' de detentos. **Estadão.com.br**, 26 set 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,senado-aprova-restricao-a-saidinha-de-detentos-1078890,0.htm>>. Acesso em: 01 out. 2013.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Melhoramentos, 2008.
- ANDRADE, Vera Regina de. Minimalismo, o Abolicionismo e efficientismo. In. Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 19, 2005, Florianópolis. **Anais**. Florianópolis: 2005. Disponível em: <<http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/VERA%20ANDRADE%20Minimalismos%20abolicionismos%20e%20efficientismo.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2013.
- _____. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1997.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 2.ed Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- _____. Defesa dos direitos humanos e política criminal. **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 57 – 69, 1997.
- _____. **Princípios do direito Penal Mínimo: para uma teoria dos Direitos Humanos como objeto e limite do Direito Penal**. Florianópolis: [s.n.], 2003. Disponível em: <<http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2013.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 7. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2007.
- BORATO, Pedro Guilherme. **Minimalismo penal: uma alternativa para recuperar a credibilidade do sistema jurídico-penal brasileiro**. Disponível em: <https://www.academia.edu/4080160/minimalismo_penal_uma_alternativa_para_recuperar_a_credibilidade_do_sistema_jur%3%8ddico-penal_brasileiro>. Acesso em: 04 nov. 2014.
- BRASIL. **Constituição de Republica Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2013a.

_____. Lei nº 3.689. **Código Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 abr. 2013b.

_____. Lei nº 7.960. **Lei da Prisão Temporária**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 18 abr. 2014c.

_____. Lei nº 4.898. **Lei de Abuso de Autoridade**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 18 abr. 2014d.

_____. Lei nº 8.072. **Lei de Crimes Hediondos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 13 abr. 2013e.

_____. Lei nº 7.210. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 01 jun. 2013f.

_____. Lei nº 2.848. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 19 abr. 2014g

_____. Supremo Tribunal Federal, **Súmula 716**, 24/09/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=716.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em: 31 maio 2013h.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Súmula 717**, 24/09/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=717.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 31 de maio de 2013i.

_____. Lei nº 6.815. **Estatuto do estrangeiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>. Acesso em: 27 abr. 2014j.

_____. Supremo Tribunal Federal, **STF julga inconstitucional atuação da OAB no lugar da defensoria pública em SC**, 14/03/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=202643&caixaBusca=N>>. Acesso em: 08 out. 2014k.

_____. Lei 12.403. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 19 abr. 2014l.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAZABONNET, Brunna Laporte. **Prisão preventiva: uma releitura da ordem pública sob a ótica da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/brunna_cazabonnet.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2014.

_____. **Punitivismo e medidas cautelares pessoais:** uma análise criminológica e processual da expansão do controle penal. Porto Alegre: 2013

CIT, Franciele. Tendências da política criminal no estado democrático de direito brasileiro: enfoque minimalista consubstanciado na Constituição de 1988. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, v. 17, n. 23, p.231-258, 2010. Disponível em: <<http://revista.esmesc.org.br/re/article/view/12>>. Acesso em: 29 out. 2014.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais:** uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy. 2005. 245 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Centro de Ciências Jurídicas, Ufsc, Florianópolis, 2005.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Especialista em desconversar.** São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/25370-especialista-em-desconversar>>. Acesso em: 23 set. 2014a.

_____. **Raio-x do sistema prisional.** São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/8483-raio-x-do-sistema-prisional>>. Acesso em: 23 set. 2014b.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Geopresídios.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 08 out. 2014.

_____. **Mutirão Carcerário:** raio-x do sistema penitenciário brasileiro. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf>. Acesso em: 08 out. 2014.

DANTAS, João Paulo Serra. **A expedição da guia de recolhimento provisória antes do trânsito em julgado para o Ministério Público:** a tendência em nossos tribunais. Disponível em: <<http://mpto.mp.br/cint/cesaf/arqs/170409045308.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas a responsabilidade do administrador e o ministério público.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MACHADO, Ângela Cristina Cangiano. **Processo penal.** 10. ed. rev. e atual São Paulo: Premier Máxima, 2011

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 5.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

GUINDANI, Miriam. Sistemas de Política Criminal no Brasil: retórica garantista, intervenções simbólicas e controle social punitivo. **Cadernos CEDES/IUPERJ**, n. 2, 2005. Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/05novembro/main.html>>. Acesso em: 01 out. 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS. **Pessoas de 10 anos ou mais de idade, por situação, sexo e anos de estudo**. Disponível em: <<http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/protabl.asp?c=272&i=P&nome=on¬arodape=on&tab=272&unit=0&pov=3&opc1=1&poc2=1&OpcTipoNivt=1&opn1=2&nivt=0&poc1=1&sec71=0&sec71=3319&sec71=2506&sec71=1124&sec71=1125&sec71=2507&sec71=1127&sec71=1128&sec71=1129&sec71=2508&sec71=1131&sec71=1132&sec71=2509&sec71=1134&sec71=1135&sec71=1136&sec71=1137&sec71=3320&sec71=2796&orp=6&qtu3=27&impressao=on&opv=1&sec1=0&opc2=1&pop=1&opn2=0&orv=2&orc2=4&opc71=1&qtu2=5&sev=140&sev=1000140&sec2=0&opp=f1&opn3=2&orc1=3&poc71=2&qtu1=1&cabec=on&orc71=5&opn7=0&decm=99&ascendente=on&sep=48322&orn=1&qtu7=9&pon=2&OpcCara=44&proc=1>>. Acesso em: 08 out. 2014b.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS. **Valor do rendimento mensal das pessoas de 15 anos ou mais de idades**. Disponível em: <http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/protabl.asp?c=4020&i=P&nome=on¬arodape=on&tab=4020&sec12021=106827&unit=0&pov=1&poc2=1&opc1=1&opn1=2&OpcTipoNivt=2&nivt=0&poc1=1&orp=6&qtu3=27&opv=1&opc2=1&sec1=6795&pop=1&opn2=0&orv=2&orc2=3&qtu2=5&sev=4013&sec2=6794&opp=f1&opn3=2&orc1=4&qtu1=1&cabec=on&opc12021=1&poc12021=1&opn7=0&decm=99&orc12021=5&ascendente=on&sep=48718&orn=1&qtu7=9&pon=2&OpcCara=2&proc=1>. Acesso em: 08 out. 2014a.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Déficit de Defensores**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores_>. Acesso em: 08 out. 2014.

LEAL, João José. **Crimes hediondos**: a lei 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia. **Impacto da assistência jurídica aos presos provisórios**: um experimento na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Associação Pela Reforma Prisional, 2011. Disponível em: <<http://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/cesec-arp-impacto-da-assistencia-juridica-a-presos-provisorios-2012.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Prisões Cautelares**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Alberto André Barreto. Adequação da prisão temporária ao princípio constitucional da presunção de inocência. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v.12, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link>

=revista_artigos_leitura&artigo_id=6866>. Acesso em: 26 maio 2013.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEZZALIRA, Ana Carolina; PEREIRA, Viviane de Freitas. **A prisão preventiva a partir da reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12553/a-prisao-preventiva-a-partir-da-reforma-do-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em: 30 maio 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Infopen – Estatísticas**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B2627128E-D69E-45C6-8198-CAE6815E88D0%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> . Acesso em: 01 out. 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; FRÓES, Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça. Princípios penais constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 21, n. 84 , p.223-253,set. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito processual penal**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos humanos**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2014.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Prisão, medidas cautelares e liberdade provisória: comentários à Lei nº 12.403/2011. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, SP, v. 11, n. 72 , p.77-89, mar. 2012.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. Os direitos humanos como fundamentos do Minimalismo Penal de Alessandro Baratta. In: ANDRADE, Vera Regina de (Org.). **Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 15-31.

SANTA CATARINA. **Defensoria Pública**. Disponível em: <<http://www.defensoria.sc.gov.br/index.php/site-map/defensores>>. Acesso em: 29 out. 2014

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Conceito de política criminal**. 2012. Disponível: <http://direitoefil1.dominiotemporario.com/doc/CONCEITO_DE_POLITICA_CRIMINAL-_Antonio_Carlos_Santoro_Filho_-_04_de_abril_de_2012_-_Site_Direito_Nacional.pdf>. Acesso em: 02 out. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros: 2011.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. Direito penal e poder a partir de Foucault: o sistema penal do minimalismo ao abolicionismo. 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp008498.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2014.

SILVA, Marcelo Cardozo da. **A prisão em flagrante na constituição**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **O Juiz, a Imprensa e a Lei**. [20--]. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/398/o-juiz-e-a-imprensa-por-tourinho-neto>>. Acesso em: 01 out. 2013.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. Porto Alegre: 2008.

VIEIRA, João Alfredo Medeiros. **A prisão cautelar**. 2. ed. Santo André, SP: LEDIX, 2005.

WACQUANT, Loïc J. D. . **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **A Aberração Carcerária**. 2004. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=1169>>. Acesso em: 02 out. 2013.