

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

MANOEL CORREIA DE OLIVEIRA ANDRADE NETO

**A prisão preventiva entre suas funções declarada e oculta: uma análise a partir das decisões denegatórias de *habeas corpus* pela câmara criminal do Tribunal de Justiça de Alagoas**

Recife  
2015

MANOEL CORREIA DE OLIVEIRA ANDRADE NETO

**A prisão preventiva entre suas funções declarada e oculta: uma análise a partir das decisões denegatórias de *habeas corpus* pela câmara criminal do Tribunal de Justiça de Alagoas**

Dissertação apresentada do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Dra. Marília Montenegro Pessoa de Mello

Recife  
2015

**A prisão preventiva entre suas funções declarada e oculta: uma análise a partir das decisões denegatórias de *habeas corpus* pela câmara criminal do Tribunal de Justiça de Alagoas**

MANOEL CORREIA DE OLIVEIRA ANDRADE NETO

Dissertação defendida em  
\_\_\_\_\_ como requisito parcial  
para obtenção do grau de Mestre.

---

Presidente e orientadora: Dra. Marília Montenegro Pessoa de Mello (UNICAP)

---

Examinadora interna: Dra. Fernanda Fonseca Rosenblatt (UNICAP)

---

Examinador interna: Dr. José Luciano Oliveira (UNICAP)

---

Examinador externo: Dra. Geraldo Mascarenhas Prado (UFRJ)

Recife  
2015

*Ao pai e ao filho.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, em primeiro lugar, por ter me capacitado.

Esta dissertação é fruto de um contínuo processo de aprendizado, razão pela qual agradeço à minha mãe, Gina Correia de Andrade, primeira orientadora, desde as primeiras letras, a quem devo tudo. Aos meus irmãos, João e Joanna, agradeço porque esta jornada não seria a mesma sem o companheirismo deles.

À Louise, pela paciência, auxílio, cumplicidade e amor.

À Joaquim, por todas as vezes que diz “papai”, pois não preciso mais que isso.

À minha orientadora, Dra. Marília Montenegro, pela dedicação, entusiasmo, solidariedade, preocupação, enfim, por ser a expressão real de uma educadora. Agradeço, também, aos demais professores do Mestrado em Direito, pelas valorosas contribuições.

Às amigas e Defensoras Públicas, Andrea Tonin, Bruna Rafaela e Léa dos Anjos, que acompanharam esta pesquisa desde quando era ainda uma ideia e sempre me incentivaram, acreditaram, leram e fizeram sugestões. Aos amigos, André Mussalém, Cíntia Souza, Emmanuelle Beltrão e Renata Lima, companheiros de docência que são hoje grandes e queridos amigos com quem posso compartilhar bons e difíceis momentos.

Agradeço aos companheiros da nona turma, pelas conversas, debates, sugestões, incentivo, enfim, por compartilharem da minha ansiedade e terem sempre bom ânimo e alegria, notadamente, Louise Dantas, Ivna Feliciano, Pedro Neto, Fábio Paiva, Bruno Galvão, Eloy Moury, Elder Bringel, Renan Marques e Carol Salazar.

## RESUMO

O caminho percorrido neste trabalho teve como ponto de partida a exposição dos marcos teóricos do liberalismo clássico e da criminologia positivista, responsáveis pela construção do discurso jurídico-penal que legitima o poder de punir do Estado e da ideologia da defesa social, a qual, em suma, sustenta ser o direito penal uma reação ao comportamento de uma minoria desviante e proteção aos interesses da maioria; ou seja, o crime como um mal e a pena como resposta, remédio, que o Estado está legitimado a ministrar seja como retribuição, seja como contra-estímulo, para restauração da ordem. Ato contínuo, expus como pesquisas realizadas a partir dos aportes teóricos da reação social e, especialmente, da criminologia crítica, foram responsáveis pela deslegitimação daquele discurso e ideologia, revelando a verdadeira e oculta função do sistema penal, sua eficácia invertida: a legitimação e reprodução das assimetrias sociais através do controle social dos extratos mais vulneráveis. A dimensão desta disfunção pode ser medida quando conhecido que cerca de 40% (quarenta por cento), no Brasil, e 60% (sessenta por cento), em Alagoas, dentre todos os encarcerados, experimentam prisão preventiva, número que chama a atenção de criminólogos, mas também de pesquisadores de diversas outras áreas, bem como de uma parcela da sociedade civil, para a opção feita pelo sistema de justiça criminal de privação da liberdade anterior à condenação e, muitas vezes, ao próprio processamento. E, isto, apesar de o discurso declarado ou o conteúdo programático do direito processual brasileiro erigir a presunção de inocência a princípio fundamental, com assento na Constituição Federal e, portanto, como regra que impede o tratamento de culpado àqueles que não tenham sido condenados pela prática de um crime. A partir deste problema, então, realizei a coleta de dados de todos os acórdãos denegatórios de ordem de *habeas corpus* julgados no período de um ano pela câmara criminal do Tribunal de Justiça de Alagoas, quando estivesse presente no fundamento a necessidade da manutenção da prisão ante a presença dos requisitos autorizadores para decreto; os dados revelaram que a “periculosidade do preso”, a “possibilidade de reiteração delitiva” e a “gravidade do crime” eram os motivos que concentravam a atenção dos magistrados. Desta forma, separei três decisões típicas e, através do método de análise de conteúdo, busquei, para além do conteúdo declarado, aquele outro, não dito, oculto, capaz de revelar o real motivo para o alto número de encarceramento preventivo. Em conclusão, a pesquisa demonstrou que a prisão preventiva tem cumprido uma real função de medida de segurança para imputáveis, considerados “perigosos”, dando-se elevada importância aos elementos informativos colhidos durante a investigação, posto que “a conduta imputada”, e reveladora da “periculosidade”, não é outra senão aquela atribuída pela autoridade policial. Neste sentido, a seletividade policial, realizada, como demonstram os estudos da criminologia crítica sobre os extratos mais débeis e precários da sociedade, é chancelada pela seletividade judicial, que contribui decisivamente para que o sistema penal realize suas reais funções de neutralização e disciplina das classes sociais inferiores.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva; periculosidade; seletividade

## ABSTRACT

The path this work had as its starting point the exposure of theoretical frameworks of classical liberalism and positivist criminology, responsible for building the legal and criminal speech that legitimizes the power to punish the state and ideology of social defense, which, in short, contends that the criminal law a reaction to the behavior of a deviant minority and protecting the interests of the majority; ie the crime as an evil and off in response, remedy, that the state is legitimized the minister is paid back either as counter-stimulus for restoring order. Immediately thereafter, exposed as research conducted from the theoretical contributions of social reaction and especially of critical criminology, were responsible for the delegitimization of that discourse and ideology, revealing the true and hidden function of the penal system, its inverted effectiveness: the legitimation and reproduction social asymmetries through social control of the most vulnerable strata. The size of this dysfunction can be measured when known that about 40% (forty percent), Brazil, and 60% (sixty percent), Alagoas, of all the prisoners, experience probation, a number that draws attention criminologists, but also of researchers from several other areas as well as a portion of the civil society, the choice made by the criminal justice system of deprivation of liberty prior to sentencing and often the processing itself. And this, despite the declared speech or the curriculum of the Brazilian procedural law erect the presumption of innocence the fundamental principle with seat in the Federal Constitution and therefore, as a rule that prevents the treatment of guilty to those who have not been convicted of commission of a crime. From this problem, then realized the collection of data from all denegat6rios judgments of habeas corpus order judged within one year by the criminal chamber of the Court of Alagoas, were present when the foundation the need for prison maintenance ante the presence of authorizers requirements to decree; the data revealed that the "dangerousness of the prisoner," the "possibility of repetition delitiva" and the "gravity of the crime" were the reasons that concentrated the attention of the judges. Thus, separated three typical decisions and through the content analysis method, I looked beyond the declared content, that other, unspoken, hidden, able to reveal the real reason for the high number of preventive imprisonment. In conclusion, the research has shown that pre-trial detention has fulfilled a real security measure attributable to function, considered "dangerous" if giving high importance to the elements of information collected during the investigation, since "its conduct", and revealing the "dangerousness" is none other than that assigned by the police. In this regard, police selectivity held, as shown by studies of critical criminology on the weakest and most precarious strata of society, is sealed by the court selectivity, which contributes decisively to the criminal justice system to hold its real neutralization of functions and discipline of classes lower social.

**Keywords: probation; dangerousness; selectivity**

## LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1: PERCENTUAL DOS HABEAS CORPUS DISTRIBUÍDOS ENTRE OS INTEGRANTES DA CÂMARA CRIMINAL.....	73
GRÁFICO 2: RELAÇÃO PERCENTUAL ENTRE OS HABEAS CORPUS IMPETRADOS E OS CONHECIDOS E NÃO CONHECIDOS.....	74
GRÁFICO 3: RELAÇÃO PERCENTUAL ENTRE OS HABEAS CORPUS CONHECIDOS QUE FORAM CONCEDIDOS E DENEGADOS.....	75
GRÁFICO 4: RELAÇÃO DE CRIMES QUE JUSTIFICARAM A PRISÃO PREVENTIVA DENTRE OS HABEAS CORPUS DENEGADOS.....	76
GRÁFICO 5: RELAÇÃO PERCENTUAL DOS FUNDAMENTOS PARA OS PEDIDOS DE HABEAS CORPUS.....	77
GRÁFICO 6: RELAÇÃO PERCENTUAL DOS FUNDAMENTOS GERAIS PARA A DENEGAÇÃO DOS PEDIDOS DE HABEAS CORPUS.....	80
GRÁFICO 7: PERCENTUAL DOS FUNDAMENTOS ESPECÍFICOS PARA A DENEGAÇÃO DO HABEAS CORPUS.....	81

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
CAPÍTULO 1 – A (des) legitimidade do sistema penal .....	15
1.1 O paradigma clássico .....	15
1.2 Paradigma positivista .....	20
1.3 Ideologia da defesa social .....	23
1.4 Paradigma da Reação Social .....	26
1.4.1 O processo de criminalização primária .....	28
1.4.2 O processo de criminalização secundária .....	30
1.4.3 A consolidação de carreiras criminosas .....	36
1.5 Da reação social a uma criminologia crítica .....	38
1.5.1 A seleção judicial .....	44
CAPÍTULO 2 – A prisão preventiva como limite à presunção de inocência. ....	46
2.1 O princípio da presunção de inocência .....	50
2.1.1 A prisão preventiva como “cautela” processual. ....	54
2.1.2 A prisão preventiva como “defesa social” .....	62
2.2 A prisão preventiva sob a ótica da câmara criminal do Tribunal de Justiça de Alagoas.....	68
2.3 Metodologia .....	69
2.3.1 O <i>corpus</i> da pesquisa. ....	72
CAPÍTULO 3 – A prisão preventiva e sua função oculta, mas real. ....	83
3.1 A periculosidade como fundamento específico para manutenção da ordem pública. ....	83
3.1.1 O objeto do <i>habeas corpus</i> e os fundamentos da prisão preventiva .....	84
3.1.2 O fundamento da decisão unânime: “não se trata de periculosidade em abstrato” .....	85
3.1.3. Análise do conteúdo da decisão .....	86
3.2 A reiteração delitiva como fundamento específico para a manutenção da ordem pública. ....	102
3.2.1 O objeto do <i>habeas corpus</i> e os fundamentos da prisão preventiva .....	103
3.2.2 O fundamento da decisão unânime: “figura contumaz na prática delitiva” .....	104
3.3 A “gravidade do crime” como fundamento específico para a manutenção da ordem pública. ....	111
3.3.1 O objeto do <i>habeas corpus</i> e os fundamentos da prisão preventiva .....	112
3.3.2 O fundamento da decisão unânime: “a quantidade e a qualidade da droga” .....	114
3.3.3. Análise do conteúdo da decisão .....	114
CONCLUSÃO .....	119
BIBLIOGRAFIA.....	122

## INTRODUÇÃO

Como espécie de introdução à introdução, inicio afirmando que a presente dissertação foi escrita em primeira pessoa, um tom pouco usual nas pesquisas jurídicas e certamente objeto de crítica por parcela da comunidade acadêmica; entretanto, esta foi uma opção pensada, refletida.

Ora, acreditar que escrever em terceira pessoa distacia o pesquisador do objeto a ser pesquisado e/ou concede-lhe a neutralidade necessária não me parece razoável; ademais, quando o texto foi escrito, a pesquisa já estava feita.

Por seu turno, escrever em primeira pessoa permitiu-me ser mais claro, através de um texto mais fluido.

Ultrapassada esse primeira e necessária explicação, seguem outras.

O primeiro contato que tive com a temática da prisão - para além dos ensinamentos dogmáticos de uma sala de aula da graduação em Direito - foi na condição de Defensor Público do estado de Alagoas, quando visitei a cadeia pública da comarca para a qual havia sido designado, logo após empossamento.

A cadeia pública era, na verdade, uma extensão da delegacia de polícia; encaminhado ao local de custódia, por trás de uma grade de ferro, entrevistei os presos e a situação de um deles, em especial, chamou-me a atenção pelo inusitado: o homem estava preso, na época, fazia três anos, sem julgamento e, como descobri pela pesquisa processual realizada ato contínuo à visita, sem sequer ter sido citado para defender-se da acusação de tráfico de entorpecente.<sup>1</sup>

Na ocasião, impetrei um *habeas corpus* e, também, pela primeira vez vi-me diante do argumento da garantia da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva; ao ir explicitar a situação pessoalmente com o desembargador-relator dele ouvi que se tratava de acusação por tráfico de drogas, “crime grave”.

Objetei que o réu sequer havia sido julgado, o processo encontrava-se no início e propus ao desembargador renunciar ao direito de defesa a fim de que fosse o réu condenado, uma vez que, diante dos cálculos que apresentei, seria provável que

---

<sup>1</sup> Naquela época, ano de 2005, o procedimento estava previsto na lei 10.409/2002, posteriormente revogada pela atual 11.343/06.

fosse condenado a uma pena suficiente para, aplicada a detração, progredir para regime semiaberto.<sup>2</sup>

O paroxismo era evidente: o procedimento criminal estava em seu nascedouro e, portanto, muitos atos ainda seriam desenvolvidos, especialmente aqueles referentes à produção probatória, mas o réu encontrava-se preso em uma situação mais gravosa do que a de muitos outros presos já condenados, uma vez que o regime semiaberto admite saídas temporárias e trabalho externo, ao passo que o regime aberto admite recolhimento domiciliar, enquanto a preventiva mais parece com o regime fechado.

Desde, então, passei a inquietar-me com a realidade e a perceber o distanciamento entre problemas práticos e as construções teóricas mais correntes no ensino jurídico formal.

Vi-me diante, no dizer de Karl Popper, de “uma teoria que deparou com dificuldades – quer dizer, uma teoria que criou e frustrou certas expectativas”. (POPPER, 1993)

Afinal, se a Constituição da República prevê como norma fundamental a presunção de inocência e esta, por seu turno, exige um tratamento aos acusados distinto daquele destinado aos condenados, o que explicaria a situação daquele homem ao qual me referi acima?

Se a programação dogmática do direito penal ou seu discurso declarado é de que a liberdade é a regra e a prisão uma exceção, reservada para situações limites, como poderia existir uma situação de alguém preso por mais de mil dias sem que isso fosse considerado cumprimento antecipado de uma pena hipotética?

E quando me refiro às situações limite é porque o próprio ordenamento jurídico prescreve ao lado da pena privativa de liberdade, outras, como as restritivas de direito e a de multa; assim, não basta ser condenado para ver-se preso, mas sim é necessário ser condenado e não fazer jus à multa ou à conversão para outra restritiva de direitos.

E não fosse isso suficiente, para ser encarcerado em regime fechado é necessário uma pena bastante alta, capaz de eliminar a possibilidade de um regime inicial semiaberto ou aberto, menos severos que a prisão “preventiva”, pelos motivos que já mencionei.

---

<sup>2</sup> A lei de crimes hediondos ainda não havia sido declarada inconstitucional no que pertine à necessidade de cumprimento integral da pena em regime fechado, mas já havia precedentes neste sentido e, por conseguinte, para a possibilidade de progressão de regime.

Por outro lado, como mostram os números que apresentarei com maior cuidado no capítulo segundo, a situação daquele homem preso na cidade de Delmiro Gouveia, Alagoas, não era exceção, nem naquele estado, nem nos demais estados da federação, a não ser que se considere que mais da metade é número que sustenta a exceção.

E assim, a disfunção entre o discurso legal declarado e a prática realizada não por um magistrado, mas pelo sistema de justiça criminal, neste país, passou a ser meu objeto de preocupação e inquietação.

Registro que, num primeiro momento, as reflexões em torno das referidas inquietações passaram ao largo da pretensão de uma pesquisa que fosse realizada à luz de um referencial teórico, dentro do qual se constroem hipóteses e se interpretam os dados em busca de respostas.

Naquele primeiro momento, tinha apenas a própria dogmática e alguns precedentes jurisprudenciais a me socorrer na tentativa de construir uma argumentação capaz de fazer frente àquele outro que pretendia contrapor. Ou seja, inicialmente, o nível da minha preocupação não enxergava para além das petições de *habeas corpus* ou requerimentos de liberdade provisória e revogação de preventiva.

Em verdade, a motivação inicial não era a compreensão do conteúdo da mensagem veiculada pelas decisões judiciais, nem como a partir de que referencial teórico foram construídas, mas sim a busca de argumentos capazes de fazer frente a eles nos tribunais.

O longo tempo decorrido desde aquele ano de 2005 até a presente data demonstra que a passagem entre a tentativa de construir um arrazoado bem fundamentado -um libelo contra a prisão preventiva -, e a pesquisa que orienta este trabalho, fundado em um referencial teórico consistente, não se deu da noite para o dia, mas demandou uma mudança mesma de postura frente ao problema.

Infelizmente, a pesquisa, seja ela quantitativa ou qualitativa, na área jurídica, encontra obstáculos na própria formação daqueles que atuarão na vida profissional, muito mais forjados para reproduzir um conhecimento, do que para refletir sobre o mesmo, sua construção, desenvolvimento e, mais importante, suas funções dentro da estrutura social a qual aquele conhecimento serve.

O próprio ensino de metodologia e pesquisa não parece ser uma prioridade da maioria dos que ensinam e também dos que aprendem, razão pela qual não foi tarefa

das mais simples, uma vez que não havia trabalhado algo parecido antes, realizar a presente investigação, dando-lhe coerência teórica e metodológica.

Por essa razão, dediquei o primeiro capítulo a exposição dos marcos teóricos, que denominei paradigmas, que deram sustentação ao discurso jurídico-penal e a ideologia da defesa social, ainda bastante forte na construção do senso comum e das agências de controle e que, em suma, sustenta o direito penal como uma reação ao comportamento de uma minoria desviante e proteção aos interesses da maioria; ou seja, o crime como um mal e a pena como resposta, remédio, que o Estado está legitimado a ministrar seja como retribuição, seja como contra-estímulo, para restauração da ordem.

Mas, ainda no capítulo inicial, procurei demonstrar a passagem dos paradigmas legitimadores, para aqueles deslegitimadores, ou seja, da construção ideológica para a desconstrução dos mitos do direito penal, a partir da criminologia crítica e dos aportes teóricos e experimentais oriundos dos estudos sociológicos da reação social (*labelling approach*), responsável pela análise do funcionamento do sistema penal e seu papel na legitimação e reprodução das assimetrias sociais.

Elegi o referido conteúdo para o primeiro capítulo porque entendo que ao propor uma análise do conteúdo de decisões judiciais e o papel por elas desempenhado no funcionamento do sistema penal e no controle social, é importante registrar desde o início a partir de que paradigma o farei, posto que não existe apenas um, como referi.

A principal contribuição da criminologia crítica - neste período de cinquenta anos de conhecimento acumulado - é certamente a constatação da contradição entre as funções declaradas pelo discurso punitivista, e não cumpridas, e aquelas funções efetivamente cumpridas, mas não declaradas; a existência de uma contradição estrutural ou uma eficácia invertida, pois, do sistema penal. (ANDRADE, 1997)

No segundo capítulo realizei a tarefa de reconstruir o discurso declarado em torno do princípio constitucional da presunção de inocência, seja a partir da legislação brasileira e normas internacionais às quais o país aderiu, seja a partir do discurso jurídico e filosófico construído na origem do referido princípio, além de uma análise das limitações ao mesmo, construídas *pari passu*, como sustentáculo para permissão de uma prisão anterior ao julgamento final condenatório.

Em seguida, fiz a apresentação da coleta de dados realizados no âmbito da câmara criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, referentes aos julgados

realizados em sede de *habeas corpus*, no período compreendido entre o dia 01 de julho de 2013 e 30 de junho de 2014, realizando uma série de recortes com vistas a obter aquelas denegatórias de ordem e, portanto, decretadoras de prisão preventiva, em busca de seus fundamentos.

A metodologia da pesquisa e os dados estão expostos no segundo capítulo.

No terceiro capítulo, de posse das decisões e após a leitura de todas elas, procedi, a análise de três decisões paradigmáticas, representativas do conjunto das demais, por serem típicas. Cada uma delas representa os três fundamentos recorrentes para o decreto de prisão preventiva: a “periculosidade do réu”, a possibilidade de “reiteração delitiva” e a “gravidade do crime”, sempre para servir à finalidade de “garantia da ordem pública”.

Esta pesquisa empírica que apresenta uma análise qualitativa permitiu, a partir do referencial da criminologia crítica, a compreensão de por que o Estado de Alagoas, mas como também outros, apresentam um percentual de “presos provisórios” maior que o de condenados.

## CAPÍTULO 1 – A (des) legitimidade do sistema penal

A melhor reforma do direito penal não consiste em sua substituição por um direito penal melhor, mas sim sua substituição por uma coisa melhor que o direito penal. (Gustavo Radbruch)

### 1.1 O paradigma clássico

A referência a um paradigma<sup>3</sup> clássico refere-se a um conjunto de teorias sobre o crime e pena desenvolvidas em diversos países da Europa entre os séculos XVIII e XIX, no âmbito da filosofia política liberal clássica<sup>4</sup>.

Neste aspecto, o pensamento clássico nasceu como uma instância crítica em face da prática penal e penitenciária do absolutismo, e objetivava substituí-la por uma política criminal inspirada em princípios diferentes, como o da legalidade, humanidade e utilidade, os quais ainda hoje são utilizados, ainda que sob nova roupagem no âmbito da moderna criminologia da reação social (BARATTA, 2011, p. 32).

Segundo Zaffaroni (2011, p. 43),

**Esse esforço traduziu-se num discurso penal redutor e, subsidiariamente, em mudanças na realidade operativa do poder punitivo, que não deixou de ser exercido de forma seletiva mas tornou-se funcional ao crescimento e à expansão da nova classe social. (grifei)**

Referidas teorias não foram construídas em um só tempo ou lugar, bem como demonstram uma evolução que vai desde a reflexão filosófica sobre o direito de punir até a produção de um saber propriamente jurídico, mas filosoficamente fundamentado, mas nelas encontramos uma unidade ideológica: todas fundam-se na preocupação com a liberdade individual, a racionalização do poder punitivo e a vedação da intervenção estatal arbitrária.

---

<sup>3</sup> Emprega-se a expressão paradigma no sentido impresso por Thomas Khun (*Apud* ANDRADE, 1997, p. 23), segundo o qual “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham. E, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens de que compartilham um paradigma”. Assim, podemos afirmar que um paradigma define toda uma maneira de cultivar a ciência, um estilo de pensamento e ação.

<sup>4</sup> Notadamente os estudos de Jeremy Bentham, Feuerbach, Beccaria, Romagnose e Carrara. Vide Baratta, 2011, p.32.

Para Zaffaroni (2011, p. 44), no entanto, o liberalismo transformou o direito penal para mantê-lo em sua função precípua, apenas reinventando-se como mecanismo de controle social dos “indesejáveis”, pois,

Como não era tolerável continuar matando-os nas praças, foi preciso procurar outras formas de eliminação. A solução encontrada foi o encarceramento em prisões com altas taxas de mortalidade, a submissão a julgamentos intermináveis com as mencionadas medidas de neutralização sob a forma de prisão preventiva ou provisional ou então a deportação (...) Dito de outro modo, embora a prisão tenha substituído, em muitos casos, a morte e formalmente tenha se convertido na coluna vertebral do sistema penal, ela significava uma verdadeira pena de morte aleatória.

É a obra “Dos delitos e das penas” apontada como aquela que foi capaz de expressar as bases desse movimento de reforma do direito e do processo penal. (ANDRADE, 1997, p. 49), em que pese não serem inéditos ou originais seus argumentos.

A preocupação central de Beccaria (2014, p. 19) é a instauração de um regime de legalidade, ou seja, de estrita observância da lei, e também a humanização e instrumentalização utilitária desta.

Parte, assim, como outros iluministas, de um hipotético contrato social:

As leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados sobre a face da terra. Cansados de só viver no meio de temores e encontrar inimigos por toda a parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança.

Ou seja, a origem do direito de punir e das penas, por conseguinte, nasce de um acordo social em que os homens renunciaram a uma parcela da própria liberdade com o objetivo de manter tal direito em sua essência, o que de resto não ocorreria se mantido o “estado de guerra” entre diferentes grupos humanos.

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito de saúde pública são injustas por sua natureza; e tanto mais injustas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá a seus súditos. (BECCARIA, 2014, p. 20)

Como corolário do contrato social, o poder punitivo deve observar limites, e o primeiro deles seria a legalidade, segundo o qual “só as leis podem fixar as penas de

cada delito” e só ao legislador reserva-se o direito de fazer leis penais, algo que foi consagrado na célebre expressão de Feuerbach, *nullun crimen nulla poena sine lege*.

Neste sentido, não bastam leis, mas é necessário que elas sejam gerais, ou seja, dirijam-se a todos e tenham linguagem clara e precisa, a ponto de não ser necessário aos magistrados recorrer ao espírito das leis ou a realizar raciocínios obscuros e incertos. Assim,

Quando as leis forem fixas e literais, quando só confiarem aos magistrados a missão de examinar os atos dos cidadãos, para decidir se tais atos são conforme ou contrários à lei escrita (...) então não mais se verão os cidadãos submetidos ao jugo de uma multidão de pequenos tiranos. (BECCARIA, 2014)

Outra consequência é a da necessária utilidade da pena, exigência dos primados da humanidade e proporcionalidade, as quais não podem infligir sofrimento desnecessário ou torturar alguém.

Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus patrícios do caminho do crime. Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficiente e mais perdurável e, igualmente, menos cruel no organismo do culpado. (BECCARIA, 2014)

A pena de morte, pois, é anátema uma vez que impensável que os indivíduos abrissem mão da própria existência e não só de uma parcela de suas liberdades e, ademais, as penas devem ser apenas a justa retribuição por um mal realizado, e não um mal em si. (BECCARIA, 2014)

Na esteira desse pensamento, Romagnosi (*Apud* BARATTA, 2011, p.35) escreveu que “se depois do primeiro delito existisse uma certeza moral de que não ocorreria nenhum outro, a sociedade não teria direito algum de puni-lo (o delinquente)”.

Beccaria, por fim, acreditava que “a maioria dos homens respeita a lei pelo temor ou pela virtude” e que, portanto, eram capazes de escolher, segundo o prévio conhecimento das consequências dos seus atos, entre praticar um crime ou manter-se reto; a pena, então, tem por finalidade a defesa da sociedade contra a minoria desviante.

Os postulados iluministas expressos na obra de Beccaria e outros (nota de rodapé) sobre Estado e sociedade, relações de poder e direitos individuais, acabaram

por impactar fortemente a construção de uma teoria do crime, teoria da pena e responsabilização criminal, notadamente na obra de Francesco Carrara.

Carrara construiu sua teoria do crime a partir da afirmação de que “o delito não é um ente de fato, mas um ente jurídico”, e não apenas um fato danoso para a sociedade, assim porque

(...) a sua essência deve forçosamente consistir na violação de um direito. Mas o direito é congênito ao homem, porque lhe foi dado por Deus, desde o momento de sua criação, para que possa cumprir os seus deveres nesta vida; deve, pois, o direito ter existência e critérios anteriores às inclinações dos legisladores terrenos: critérios absolutos, constantes, e independentes dos seus caprichos e da utilidade avidamente anelada por eles (*Apud* ANDRADE, 1997, p. 54)

O postulado de Carrara, sob distintos fundamentos, é a base da moderna teoria do crime, o qual é visto não como uma entidade autônoma, preexistente a conduta, mas como uma conduta qualificada pelo ordenamento jurídico. (*Apud* BARATTA, 2011)

Em que pese, Carrara ter construído seu postulado não a partir do racionalismo jusnaturalista, mas adotado uma versão católico-tomista, ele não destoa da ideologia liberal de que ao legislador incumbe decidir sobre os limites necessários a liberdade individual, bem como de que a conduta criminosa é violação consciente e voluntária da lei, categoria que a moderna teoria do crime trabalha na culpabilidade. (*ANDRADE, 1997, p. 53*)

Definindo o delito como violação da Lei promulgada, pressupusemos que essa Lei tenha sido ditada conforme a suprema Lei do direito natural. Mas ao dar a definição do delito não podemos preterir a ideia de Lei promulgada, porque os princípios da Ciência devem servir de norma não apenas ao legislador, mas também aos magistrados. Ora, se da definição for apartada a ideia de Lei promulgada, chegar-se-á inevitavelmente, a estas duas consequências: ao cidadão faltará regra escrita da própria conduta; e o magistrado se converterá em legislador. (*Apud* ANDRADE, 1997, p. 55)

A responsabilidade penal é oriunda, no classicismo, do que se chama hoje de imputabilidade, ou seja, a capacidade de culpabilidade, nascida da possibilidade de entender o valor ou desvalor de uma ação e de agir segundo esse entendimento (livre arbítrio).

Neste sentido, “fora dos limites da imputabilidade, o clacissismo via um campo exclusivamente reservado a medidas de caráter profilático” (*ANDRADE, 1997, p. 56*)

Quanto a construção de uma teoria da pena, o liberalismo clássico apresentou distintas versões sobre os fins e limites da sanção penal, denominadas absolutas ou retribucionistas e relativas ou utilitaristas.

Segundo Ferrajoli (2011, p. 253),

A diferença entre as justificativas absolutas ou retribucionistas e as justificativas relativas ou utilitaristas se faz expressa do modo mais nítido em uma conhecidíssima passagem de Sêneca: as justificações do primeiro tipo são *quia peccatum*, ou seja, miram o passado; as do segundo são *ne peccetur*, isto é, miram o futuro<sup>5</sup>. (tradução livre)

Para os retribucionistas, dos quais são expoentes o próprio Carrara, Hegel e Kant, a pena tem um fim em si mesma, que seria a retribuição pelo fato provocado, pelo crime cometido, como reafirmação do direito.

A pena constitui, então, uma reação estatal legítima à ação ilegítima do indivíduo, independentemente de considerações de caráter utilitário, razão pela qual era de todo irrelevante investigar se a pena seria ou não capaz de motivar ou dissuadir delinquentes, e assim prevenir, em caráter geral ou especial, novos delitos.

O que está fora da cogitação dos retribucionistas são os motivos pelos quais uma determinada ação é considerada ilegítima ao passo que outras não são, ou seja, a razão de uma conduta ser permitida ou proibida; preocupam-se apenas com o quando punir, ao invés de responderem o por quê punir.

Os utilitaristas, por sua vez, justificam a pena como meio para a realização de um fim que consiste na prevenção de futuros delitos; prevenção geral, para uns, e especial, para outros.

Prevenção geral, quando o destinatário da pena for o conjunto da sociedade e especial, quando for o indivíduo/infrator, como forma de dissuasão, através da criação de uma contramotivação ao comportamento contrário à lei - consistente na cominação de uma sanção em abstrato (prevenção geral negativa) - ao mesmo tempo que declaram e afirmam a validade dos valores e regras sociais (prevenção geral positiva) (BITENCOURT, 2011).

As doutrinas utilitaristas tem atribuído à pena uma finalidade de proteção dos interesses da maioria não desviada, ao passo que legitima a intervenção sob a minoria

---

<sup>5</sup> La diferencia entre justificaciones relativas o utilitaristas se halla expresada del modo más nítido en un conocidísimo pasaje de Séneca: las justificaciones del primer tipo son *quia peccatum*, es decir, miran al pasado; las del segundo son *ne peccetur*, esto es, miran al futuro.

desviada, seja para emenda ou correção do preso, seja para a neutralização deste, com fito de que não se desvie novamente; ao mesmo tempo em que pretende reforçar os valores jurídicos ameaçados, ameaçando com o castigo todos aqueles que sintam a tentação de imitar o comportamento delinquente.

Por tudo isso, as doutrinas utilitaristas tem sido qualificadas como de “defesa social”, significado sobre o qual descorrerei com maior acuidade após tratar do paradigma positivista. (FERRAJOLI, 2011, p. 262)

## **1.2 Paradigma positivista<sup>6</sup>**

A mudança do paradigma clássico para o positivista ou etiológico insere-se num horizonte histórico de transformações do papel do Estado que apontavam para uma maior intervenção na ordem econômica e social, sob a égide de novas ideologias políticas e também de crise do programa “clássico” de combate à criminalidade, do declínio do jusnaturalismo e de predomínio de uma concepção positivista de ciência (ANDRADE, 1997, p. 60)

Os italianos Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo são considerados os expoentes máximos do pensamento criminológico positivista, e guardavam entre si maior unidade ideológica quando comparados aos diversos autores do liberalismo clássico.

Vera Andrade (1997, p. 61) aponta que a crítica do positivismo ao classicismo é centrada em duas grandes dicotomias: individual x social e razão x realidade (racionalismo x empirismo).

Para Enrico Ferri (2006) as diferenças entre os dois paradigmas não reside no fim da intervenção penal que, na opinião dele, realizava uma função de defesa social, mas sim no fato de que os liberais clássicos conservavam em seus sistemas, como critério e condição superior à ideia de proteção da sociedade, a ideia de responsabilidade moral do homem, excluída pelos positivistas.

---

<sup>6</sup> No campo penal o positivismo experimenta uma dupla manifestação. Em primeiro lugar, através da Escola Positiva italiana, à qual se vincula o nascimento da criminologia enquanto ciência. Em segundo lugar, o positivismo jurídico se manifesta paralela e reativamente àquele, estando na base de consolidação da Dogmática Jurídica.

Enquanto o paradigma clássico partia de uma definição de delito como um ente juridicamente qualificado, o qual surge de um ato de livre vontade do indivíduo, os positivistas procuraram investigar as causas da criminalidade na totalidade biológica, psicológica e social do indivíduo (BARATTA, 2011, p. 38), o que faria do crime um ente “natural e social, praticado pelo homem e causalmente determinado, que expressa a conduta antissocial de uma dada personalidade perigosa do delinquente”. (ANDRADE, 1997, p. 64)

Precisamente por isso, Ferri apontava para o fracasso do paradigma clássico em prevenir e combater a criminalidade, “pois que não se preocupando em conhecer cientificamente a realidade humana e as causas da delinquência, não era possível que delas indicassem os remédios adequados” (FERRI, 2006, p. 46).

As respostas dadas por Lombroso, Ferri e Garofalo sobre as causas da criminalidade, no entanto, foram diversas.

O primeiro deles, Lombroso, médico psiquiatra, empreendeu estudos junto a massa de encarcerados e internos em diversas prisões e manicômios do sul da Itália, com a finalidade de estudá-los para identificar e individualizar as causas da criminalidade a partir de características anatômicas e fisiológicas.

Sobre a base destas investigações e descrição do criminoso nato, buscou primeiramente no atavismo (manifestação de traços característicos de uma etapa de desenvolvimento biológico primitivo na raça humana) uma explicação para a estrutura corporal e a criminalidade nata. Por regressão atávica, o criminoso nato se identifica com o selvagem. Posteriormente, diante das críticas suscitadas, reviu sua tese, acrescentando como causas da criminalidade a epilepsia e a loucura moral. (ANDRADE, 1997, p. 65)

Sustentava, ainda, que os criminosos seriam mais altos que a média, teriam crânios menores que os dos homens “normais” e maiores do que os crânios dos “loucos”, além de uma aparência desagradável, mas não deformada, sendo que estupradores e sodomitas teriam feições feminilizadas.

Outras características comuns seriam orelhas de abano, nariz adunco, queixo protuberante, maxilar largo, maçãs do rosto proeminentes, barba rala, cabelos revoltos, caninos bem desenvolvidos, cabelos e olhos escuros. (LOMBROSO, 2013)

Enrico Ferri, por sua vez, jurista italiano que orientou suas pesquisas sob uma perspectiva sociológica, admitia uma série de causas ligadas à etiologia do crime, ampliando a perspectiva lombrosiana: individuais (orgânicas e psíquicas), físicas e ambientais (sociais).

Segundo Ferri (2006, p. 54), “todo crime, do mais leve ao mais terrível, não é o ‘fiat’ incondicionado da vontade humana, mas sim a resultante destas três ordens de causas naturais”.

Neste sentido,

(...) o cientista poderia antecipar o número exato de delitos, e a classe deles, em uma determinada sociedade e em um número concreto, se contasse com todos os fatores individuais, físicos e sociais antes citados e fosse capaz de quantificar a incidência de cada um deles. Porque, sob tais premissa, não se comete um delito mais nem menos. (GARCIA; MOLINA; GOMES, 1997, p. 196)

Raffaele Garofalo, o terceiro dentre os positivistas mais destacados, foi o primeiro, entretanto, a cunhar em sua obra a expressão criminologia, preocupava-se com a definição psicológica do crime, eis que defendia a teoria do “crime natural”, para definir os comportamentos que afrontam os sentimentos básicos universais de piedade e probidade em uma sociedade.

Para o jurista italiano, a ausência desses sentimentos no criminoso o conduziria ao crime.

Em síntese, a partir do positivismo o crime deixa de ser um fato qualificado pelo direito, oriundo do livre arbítrio humano para ser o resultado previsível, determinado por múltiplos fatores, os quais conformam a personalidade de uma minoria socialmente perigosa. (GAROFALO, 1916)

Nas palavras de Vera Andrade (1997, p.67),

(...) estabelece-se desta forma uma linha divisória entre o mundo da criminalidade, composta por uma ‘minorias’ de sujeitos potencialmente perigosos e anormais e o mundo da normalidade – representado pela ‘maioria’ na sociedade.

Neste cenário a pena é vista como mecanismo de defesa social contra a criminalidade, com ênfase na prevenção, posto ser mais eficaz que a repressão; assumem o caráter de medidas apropriadas para as diversas exigências terapêuticas para cura dos criminosos e de defesa social, inclusive com a segregação por tempo indeterminado, radicalizando Garoffalo, para quem era possível até a eliminação física em alguns casos.

Segundo Ferri (2006, p. 110),

(...) a pena, como a última *ratio* de defesa social repressiva, não se deve proporcionar – e em medida fixa – somente à gravidade objetiva e jurídica do crime, mas deve adaptar-se também e sobretudo à personalidade, mais ou menos perigosa do delinquente, com o sequestro por tempo indeterminado, enquanto

o condenado não estiver readaptado à vida livre e honesta, do mesmo modo que o doente entra no hospital não por um lapso prefixo de tempo – o que seria absurdo – mas durante o tempo necessário a readaptar-se à vida ordinária.

A consequência mais drástica é, pois, a possibilidade de duração indeterminada das penas, posto que o critério para sua determinação não residia na proporcionalidade pelo fato decorrente, sua lesividade, mas sim em condições pessoais do indivíduo.

Nas palavras de Nilo Batista (2007, p.29), o positivismo cumpriu importante papel político de legitimação de uma ordem política autoritária, uma vez que “(...) não questiona a construção política do direito penal (...), nem a aparição social de comportamentos desviantes (...) nem a reação social.”

O que os positivistas olvidavam era de que os indivíduos por eles estudados em cárceres e manicômios eram indivíduos selecionados por diversos mecanismos que se desenvolvem na sociedade e para os quais o pertencimento a certos estratos sociais é determinante.

### **1.3 Ideologia<sup>7</sup> da defesa social**

Em que pese as diferenças fundamentais entre os paradigmas liberal clássico e positivista, ambos convergem no sentido da construção de uma legitimação do exercício de poder do sistema penal.

Seja no discurso liberal, seja no positivista,

O sistema penal, constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais, aparece como sistema garantidor de uma ordem social justa, protegendo bens jurídicos gerais, e, assim, protegendo o bem comum. Essa concepção é legitimada pela teoria jurídica do crime (extraída da lei penal vigente), que funciona como metodologia garantidora de uma correta justiça, e pela teoria jurídica da pena, estruturada na dupla finalidade de retribuição (equivalente) e de prevenção (geral e especial) do crime. (CIRINO DOS SANTOS, 1985, p. 26)

---

<sup>7</sup> O termo ideologia é empregado aqui com um duplo e simultâneo significado: a) no sentido positivo de um programa para a ação, ou seja, um sistema de representações (ideias, crenças, valores) conexas com a ação; b) no sentido negativo, designando uma falsa consciência, ocultamento ou inversão da realidade. Nas palavras de Vera Andrade (1997, p. 138), “enquanto discurso ideológico, o discurso dogmático comporta uma dimensão positiva, que corresponde ao seu discurso declarado, visível (programa de ação) e uma dimensão negativa, de ocultação da realidade, traduzida naquilo que ele oculta (seus silêncios)”.

Segundo Baratta (2011, p. 41),

Ainda quando suas respectivas concepções do homem e da sociedade sejam profundamente diversas, em ambos os casos nos encontramos, salvo exceções, em presença da afirmação de uma ideologia da defesa social como nó teórico e político fundamental do sistema científico. A ideologia da defesa social (ou do fim) nasceu ao mesmo tempo que a revolução burguesa e enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, ela tomava o predomínio dentro do específico setor penal. As escolas positivistas herdaram-na depois da escola clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, conforme as exigências políticas que assinalam, no seio da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico ao estado social.

O criminólogo italiano reconstituiu os postulados da referida ideologia, através da exploração de um conjunto de princípios que logrou identificar no âmago do liberalismo clássico e do positivismo criminológico, e que o levou as seguintes afirmações (BARATTA, 2011):

- a) *princípio do bem e do mal*: o crime representa um dano para toda a sociedade e representa um elemento disfuncional, de forma que o comportamento criminoso é um mal em uma sociedade que é boa;
- b) *princípio da legitimidade*: o Estado, como expressão desta sociedade detém legitimidade para reprimir o crime e o criminoso, através de suas agências de controle (legislação, polícia, magistratura etc), como forma de reafirmar os valores da sociedade;
- c) *princípio da culpabilidade*: os valores e normas mediatizados na lei penal preexistem a própria lei e, por isso, o autor de um crime atua conscientemente e, assim, é reprovável;
- d) *princípio da igualdade*: a lei penal dirige-se a todos e aplica-se da mesma maneira a quem quer que a viole;
- e) *princípio do interesse social e do delito natural*: o direito penal protege bens jurídicos fundamentais e de interesse de toda a sociedade, por isso o reproche as violações são de interesse de todos;
- f) *princípio do fim ou da prevenção*: a pena tem duas funções precípuas; a primeira de retribuir ao indivíduo o mal realizado e recuperá-lo (ressocializar) e a segunda de criar nos demais

membros da sociedade uma contra-motivação ao comportamento criminoso;

São, assim, promessas declaradas ou funções legitimadores do exercício do poder de punir, a proteção de bens jurídicos que interessam a todos indistintamente (o bem) por meio do combate eficaz a criminalidade (o mal), a ser instrumentalizado por meios das funções da pena: uma combinação de retribuição ou castigo com prevenção geral e especial, a ser aplicada a partir de certos princípios penais e processuais penais, e que, em verdade, nada mais são do que a caracterização da expressão consagrada por Baratta como “mito do direito penal igualitário”.

Em que pese serem as instituições de Estado, como as leis e as agências policiais, o Ministério Público, o Judiciário, o sistema penitenciário e outros, a face mais visível do exercício do poder de punir, este, na expressão de Vera Andrade (2004, p. 77), não está só, mas inserido em uma mecânica global de controle social<sup>8</sup>, ao qual concorrem o conjunto dos mecanismos de controle social informal, a saber, a família, a escola, mídia, mercado de trabalho e instituições religiosas.

Com efeito, uma dimensão muito mais invisível e difusa (*lato sensu*) do sistema é a dimensão ideológica ou simbólica, representada tanto pelo saber oficial quanto pelos operadores do sistema e pelo público, como senso comum punitivo (ideologia penal dominante). Esta capilaridade não deve obscurecer, entretanto, sua onipresença, tanto ou mais expressa que a do Estado, e que obriga à percepção de que o sistema somos, informalmente, todos nós: em cada sujeito se desenha e opera, desde a infância, um micro sistema de controle e um microssistema criminal (simbólico) que o reproduz cotidianamente. (ANDRADE, 2004, p. 78)

E é justamente a circulação dessa ideologia penal dominante (defesa social) entre as instâncias oficiais e o senso comum que proporciona o funcionamento de um sistema de controle social que justifica sua importância sob bases míticas a fim de ocultar suas reais e invertidas funções.

Com efeito, uma característica do controle social formal é a de requerer não apenas a definição do objeto de controle, mas a justificação dos meios empregados para fazê-lo, de modo que suas ações (especialmente as coercitivas) devem receber uma fundamentação racional, e esta constitui o seu marco de legitimação, já que supõe uma aceitação societária destes

---

<sup>8</sup> Por controle social designa-se, em sentido lato, as formas como a sociedade responde, informal ou formalmente, difusa ou institucionalmente, a comportamentos e pessoas que contempla como desviantes, problemáticos, ameaçadores ou indesejáveis.

instrumentos, que, naturalmente, deve ser trabalhada mediante uma discursividade”. (ANDRADE, 1997, p. 177)

Apenas a partir da década de sessenta do século anterior<sup>9</sup> iniciou-se a desconstrução dos pilares ou sustentáculos da ideologia da defesa social, através da emergência de novos “marcos teóricos fundamentais de deslegitimação do sistema penal” (ZAFFARONI, 1991), ou seja, enquanto o liberalismo clássico e o positivismo criminológico buscaram legitimar o exercício do poder de controle social, a mudança de paradigma representada por novos marcos teóricos empreenderam esforços em sentido contrário.

Elegi, dentre esses marcos teóricos de desconstrução do sistema penal, a chamada crítica sociológica do *labelling approach*, da qual resulta o paradigma da reação social e a Criminologia Crítica, a qual, partindo deste paradigma faz o aprofundamento crítico dos seus resultados.

#### **1.4 Paradigma da Reação Social**

Os estudos desenvolvidos durante a segunda metade do século passado, na Europa e nos Estados Unidos, reunidas sob a denominação de teorias da reação social ou *labelling approach*, romperam com o paradigma da “defesa social”, comum às escolas liberal clássica e a positivista.

Em primeiro lugar, porque modificaram o foco da investigação da pessoa do criminoso ou das causas da criminalidade para o estudo dos processos de definição de crime e do comportamento criminoso, avançando para os estudos a respeito do poder de definição e dos efeitos da definição sobre o indivíduo.

Nas palavras de Vera Andrade (1997, p. 205):

(...) o desvio - e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação ou controle social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação

---

<sup>9</sup> (...) o contexto histórico que preside a este surgimento é o de crise do estado providência e das diversas formas de radicalização social, política e cultural que tiveram lugar contra esses mesmos Estados. Basta lembrar as lutas estudantis, as lutas dos negros e das mulheres pela igualdade de direitos (...) contexto que confluindo na criação de novas formas de conflitividade social, algumas delas relacionadas com a criminalização e estigmatização de condutas, requeria a sua vez, novos paradigmas de interpretação e ação, engendrando a aparição de um novo modo de fazer Criminologia. (ANDRADE, 1997, p. 186)

social, isto é de processos formais e informais de definição e seleção. Uma conduta não é criminal ‘em si’ ou ‘per si’ (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade (patologia). O caráter criminal de uma conduta e a atribuição de criminoso a seu autor depende de certos processos sociais de ‘definição’, que atribuem à mesma um tal caráter, e de ‘seleção’, que etiquetam um ator como delinquente.

Em segundo lugar, representaram duro golpe no denominado “mito do direito penal”, ou seja, o de que o direito penal protege igualmente todos os cidadãos das ofensas aos bens jurídicos que lhes são essenciais e sobre os quais todos tem interesse, bem como o de que toda e qualquer pessoa tem as mesmas chances de converter-se em sujeito do processo de criminalização, uma vez que a lei penal é igual para todos.

No dizer de Baratta (2011, p. 42),

A legitimação tradicional do sistema penal como um sistema necessário à tutela de condições essenciais de vida de toda a sociedade civil, além da proteção de bens jurídicos e de valores igualmente relevantes para todos os consórcios, é fortemente problematizada no momento em que se passa – como é lógico em uma perspectiva baseada na reação social – da pesquisa sobre a aplicação seletiva das leis penais à pesquisa sobre a formação mesma das leis penais e das instituições penitenciárias.

Os estudos no âmbito da reação social, entretanto, como já antecipado, não foram desenvolvidos por um grupo de pesquisadores ligados entre si e sob a mesma perspectiva metodológica, razão pela qual cumpre esclarecer que pode-se identificar três níveis explicativos (ANDRADE, 1997):

a) um nível de pesquisa orientado para a investigação do processo de investigação do processo de definição da conduta desviada (criminalização primária), ou seja, definição dos bens jurídicos protegidos e as condutas violadoras correspondentes, que conduz, por sua vez, ao problema do poder de definição;

b) um segundo nível de pesquisa orientado para o processo de seleção ou de atribuição do *status* de criminoso (criminalização secundária);

c) um terceiro nível orientado para os efeitos da criminalização secundária sobre a identidade do indivíduo rotulado como criminoso e a consolidação das chamadas carreiras criminosas.

Com efeito, esses níveis de pesquisa se desenvolveram no âmbito de duas correntes da Sociologia: “o interacionismo simbólico” e a “etnometodologia”.

O interacionismo simbólico evidencia que não é possível considerar a natureza humana ou a sociedade como dados estanques ou estruturas imutáveis; a realidade social é constituída por série de interações concretas entre indivíduos e, assim, o comportamento do homem é inseparável da interação social.

Por seu lado, a etnometodologia também vislumbra a sociedade como produto de uma construção social obtida mediante processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e grupos diversos. (BARATTA, 2011, p. 87)

### **1.4.1 O processo de criminalização primária**

Perguntas sobre o como, por quê e para que se ameaçam penalmente determinadas condutas e não outras, são preocupações dos estudiosos da criminalização primária.

A partir dos estudos de Howard Becker sobre as dimensões do poder de definição, a escolha sobre quais bens jurídicos devem ser protegidos e quais condutas, portanto, sendo violadoras deste mesmo bem jurídico devem ser criminalizadas, demonstrou-se que as relações de poder influenciam nesta construção e, ao contrário, não são fruto de um amplo consenso social sobre interesses gerais (Andrade, 1997, p. 209).

Segundo Becker (1977, p. 58),

A questão sob qual o propósito ou meta (função) de um grupo e, conseqüentemente, que coisas ajudarão ou retardarão a realização daquele propósito, é muitas vezes uma questão política. Facções dentro do grupo discordam e manobram para ter a aceita a sua própria definição da função do grupo. A função do grupo ou organização, então, é decidido no conflito político, não dado na natureza da organização. Se isso é verdade, então, é provavelmente verdade que as questões quanto a quais regras deverão ser impostas, qual o comportamento deve ser encarado como desviante e que pessoas devem ser rotuladas como marginais devem também ser consideradas políticas.

Logo, não existe um comportamento desviado ou criminoso, mas um comportamento definido como criminoso.

(...) os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como marginais e desviantes. Deste ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outras pessoas de regras e sanções a um transgressor. O desviante é alguém a quem aquele rótulo foi aplicado com sucesso; comportamento desviante é o

comportamento que as pessoas rotulam como tal (BECKER, 1977, p. 60)

Um exemplo disso é a diferença no tratamento dado no Brasil e no Uruguai ao indivíduo que faz uso de substância conhecida como maconha: ao passo que aqui a posse de qualquer quantidade, ainda que para uso pessoal, caracteriza comportamento desviante, no Uruguai, dentro de certos parâmetros de quantidade, o uso da mesma substância, em que pese a desaprovação de alguns, não é taxado como desviante.

Um dos pressupostos lógicos da ideologia social é o de que o direito penal protege interesses e valores que são compartilhados por todos os membros de uma sociedade, porém como visto, o desvio não é algo que precede as definições e as reações sociais, mas uma realidade construída (BARATTA, 2011, p. 118)

Enquanto realidade construída, a definição precede ao crime, de onde pode-se concluir que a conduta caracterizadora do crime é um comportamento normal, corriqueiro, realizado por um determinado grupo de indivíduos, razão pela o problema desloca-se para o poder de definição (BARATTA, 2011, p. 128), e a existência de interesses que pertencem a grupos sociais distintos.

Neste sentido, Baratta (2011, p. 127) destaca as palavras de Sutherland, como significativas do processo de definição do que é crime e do que não é crime:

O crime é parte de um processo de conflito, de que o direito e a pena são as outras partes. Este processo começa na comunidade, antes que o direito tenha existência, e continua na comunidade e no comportamento dos delinquentes particulares, depois que a pena foi infligida. Este processo parece que se desenvolve mais ou menos do seguinte modo: um certo grupo de pessoas percebe que um dos seus próprios valores – vida, propriedade, beleza da paisagem, doutrina teológica - é colocado em perigo pelo comportamento de outros. Se o grupo é politicamente influente, o valor importante e o perigo sério, os membros do grupo promovem a emanção de uma lei e, desse modo, ganham a cooperação do Estado no esforço de proteger o próprio valor.

Os que não partilham daquele mesmo valor ou interesse, continuam realizando o mesmo comportamento anterior, que antes não era crime, mas agora o é, por essa razão Baratta (2014, p. 419) vai afirmar que não só existe uma desigual distribuição da criminalidade, como também existe uma desigual distribuição do bem positivo, “satisfação das necessidades”, uma vez que no que tange aos interesses protegidos, os grupos sociais mais débeis sofrem de absoluta falta de capital.

Desta forma, o direito penal, ao contrário do que preceitua o discurso oficial, é seletivo desde o momento da definição do que é ou não é crime.

Baratta (2011, p. 98), entretanto adverte que o *labeling approach*, ao reduzir o crime àquilo definido como tal, “(...) deixam fora da análise a realidade de comportamentos lesivos de interesses merecedores de tutela, ou seja, aqueles comportamentos (...) que aqui denominamos “comportamentos socialmente negativos”.

O criminólogo italiano não está neste ponto a aderir a tese do delito natural de Garofalo, mas sim reconhecendo que “existem efetivamente agressões, conflitos, violência e violações de direito” (BARATTA, 2014, p. 418). Existe essa realidade por trás destes mecanismos “incompletos, seletivos e inadequados das definições sociais da criminalidade” (BARATTA, 2014, p. 418) e, portanto é necessário enfrentar a questão, algo que as teorias da reação social não realizam com satisfação.

#### **1.4.2 O processo de criminalização secundária**

O próprio Becker, que como disse antes, tratou do processo de definição do comportamento criminoso e da dimensão do poder, assevera, por outro lado, que a definição legal desse desvio não significa, inexoravelmente, que toda e qualquer pessoa que o realizasse seria rotulado, posto que “se um determinado ato é desviante ou não, depende em parte da natureza do ato (ou seja, se ele viola ou não uma regra) e em parte do que as pessoas fazem em relação a ele”, algo que vai de encontro ao pressuposto positivista de que existe um meio natural de comportamentos e indivíduos que possuem uma qualidade que os distingue de todos os demais comportamentos e indivíduos, que seria a criminalidade.

Neste sentido, a posição de Vera Pereira de Andrade (1997, p. 260),

Os teóricos da reação social sustentam que a definição da conduta desviada não se resolve definitivamente no momento normativo. Nem as aplicações das definições ao caso concreto é um problema secundário, de lógica formal (subsunção). Ao contrário, a lei penal configura tão somente um marco abstrato de decisão, no qual os agentes do controle social formal desfrutam ampla margem de discricionariedade na seleção que efetuam, desenvolvendo uma atividade criadora proporcionada pelo caráter “definitorial” da criminalidade. Nada mais errôneo supor (como faz a dogmática penal) que, detectando, um comportamento delitivo, seu autor resultará automaticamente e inevitavelmente etiquetado. Pois, entre a seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pelas instâncias de criminalização secundária, medeia um complexo e dinâmico processo de refração.

Registro, neste ponto, que as agências de controle estatais tem um papel fundamental neste processo de seleção e atribuição, uma vez que sendo impossível prender, processar e julgar todas as pessoas que realizem um comportamento previsto na lei penal como criminoso, devem optar entre a inatividade, que significaria seu fim, ou a seleção (BATISTA, 2003, p. 43).

No ordenamento brasileiro, inclusive, existe previsão normativa para a prisão em flagrante delito, deferida a qualquer do povo, mas compulsória para a autoridade policial, de maneira que a quase totalidade das prisões provisórias decretadas pelo Judiciário são fruto da conversão de flagrantes ou, ainda, de requerimentos (provocações), no curso de investigações realizadas por agências policiais ou pelo Ministério Público.

Zaffaroni (1997, p. 58) exemplificando a seletividade secundária, relaciona a prática do crime de falsidade ideológica a juízes que, diariamente, subscrevem termos de declarações como se prestados em sua presença quando, em verdade não o foram.

Daí porque, na lição de Baratta (2011, p. 86),

(...) o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, não é considerado e 'tratado' como delinquente.

Orlando Zaccone (2013, p.14), em estudo realizado sobre a seletividade das agências de controle no que pertine ao crime de tráfico de drogas, apresenta dados que demonstram que o número de flagrantes realizados em um ano pelo crime referido, apenas em uma delegacia de polícia em um bairro periférico, como São Cristóvão, correspondia a soma de todos os flagrantes realizados por todas as cinco delegacias da zona sul, acrescidas do bairro da Barra da Tijuca, o que o fez afirmar;

Diante dos fatos, se um pesquisador tivesse acesso às estatísticas policiais no Rio de Janeiro, chegaria à conclusão de que não existe tráfico de drogas ilícitas na Barra da Tijuca. O sistema penal realiza, assim, um duplo processo seletivo, presente não só na questão das drogas, bem como na persecução de todos os demais comportamentos delitivos.

E das duas, uma: ou o pertencimento a um estrato social mais débil economicamente, uma situação familiar desestruturada ou a residência em uma área

territorial com infraestrutura mínima ou inexistente constituem motivação para um comportamento desviante, como pretende a criminologia tradicional, ou o pertencimento a uma classe social mais vulnerável acarreta maior probabilidade de ser definido como desviante ou criminoso (BARATTA, 2011, p. 112)

Afinal de contas, não é crível que na Barra da Tijuca e seus grandes e luxuosos condomínios não se comercialize entorpecentes, visto que se trata de um mercado bilionário.

Zaccone (2011, p.11), todavia, apresenta dados que referem um percentual de 60% (sessenta por cento) da massa carcerária no Rio de Janeiro como formada por traficantes, cujo perfil, em sua maioria absoluta, é o do chamado “estica”, autônomo do comércio ilegal, comissionado desprovido do capital necessário para fazer parte como acionista do negócio ilícito, em sua maioria desarmados, que são arregimentados sob a promessa de um lucro mais alto que qualquer emprego formal aos quais estão habilitados pode oferecer.

Consolida-se, desta maneira, o estereótipo do traficante como o jovem negro, morador de comunidades pobres, destruidores de famílias, inimigo da sociedade e de seus valores.

Luciana Boiteux (2014), destaca a seletividade quando volta o olhar para as mulheres encarceradas em todo país,

O perfil geral dessas mulheres presas é bem definido: a maioria é não branca, está em idade fértil, entre 18 e 30 anos, com baixa escolaridade. A maioria das presas tem ensino fundamental incompleto (11.958), tem entre 18 e 24 anos (6.521), seguida de grande parcela de mulheres entre 25 e 29 anos (6.018), é parda (11.438) e cumpre penas de 4 a 8 anos (5.535). No caso das presas por drogas, a maioria são mulheres pobres, que trabalhavam em bicos mal remunerados e ocupações degradantes e/ou perigosas. É esse o perfil e a cara da maioria das mulheres que o sistema penal alcança ao condená-las pelo crime de tráfico de drogas. Esse contexto ainda é mais grave se verificarmos que, segundo os dados do Depen, 80% das mulheres em situação de prisão são mães.

Relatório apresentado pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Penitenciário (BRASIL, 2008, p. 367), não distoa quando o tema é seletividade,

A quase totalidade dos presos é pobre, originários da periferia, com baixa escolaridade e sem ou com pouca renda. No ato da prisão, o aparelho policial age sempre com prepotência, abuso de poder, sonegação de direitos e, não raro, com violência. A CPI ouviu muitas denúncias de flagrantes forjados – em especial no

que se refere às drogas – bem como de maus-tratos praticados pelos agentes policiais.

Em um negócio multimilionário, os verdadeiros acionistas, aqueles que financiam, dão suporte, embranquecem o dinheiro, não vivem em comunidades pobres, ou quando vivem tem condições de beneficiar-se da corrupção ou prevaricação dos agentes públicos.

Ou seja, apenas os “acionistas do nada” (CHRISTIE, 2011) que estão sendo presos e selecionados pelas agências de controle, posto que na impossibilidade de cumprir esse projeto faraônico de “combate às drogas”, de retirar todos os produtos ilícitos de circulação ou prender todos os que compõem do mais baixo ao mais alto escalão das empresas de produção e comercialização de entorpecentes, a opção encontra-se entre a inatividade ou a seletividade.

Algo que é sintomático, como demonstrou Sutherland, (*Apud* BARATTA, 2011, p. 101) em seus estudos sobre crimes do “colarinho branco”, quando pôs em xeque as estatísticas criminais face à distorção quanto a distribuição desta entre vários setores sociais.

Sutherland demonstrou por meio de dados estatísticos como eram grandes as infrações às normas gerais sobre economia e comércio e como, apesar de prevista em lei, era diminuta a persecução penal em face das condutas descritas como de “colarinho branco”. (*Apud* BARATTA, 2011, p. 101)

Ou seja, a seletividade dá-se quanto aos crimes que serão perseguidos, dentre as centenas ou milhares, bem como dentre os que praticam indigitados crimes, os que serão mais perseguidos.

Na lição de Baratta (2014, p. 81),

Sabemos que na clientela do cárcere são subestimadas algumas das infrações as quais se relaciona a produção dos mais altos danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações de criminalidade organizada, graves desvios de órgãos de Estado) e superestimadas infrações de relativa menor danosidade social, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que tem como autor típico indivíduos pertencentes aos extratos sociais mais débeis e marginalizados.

De qualquer sorte, o papel das agências de controle estatais precisa ser ressaltado.

Neste sentido,

o poder de atribuir a qualidade de criminoso é detido por um grupo específico de funcionários que, pelos critérios segundo os quais são recrutados e pelo tipo de especialização a que são submetidos, exprimem certos estratos sociais e determinadas constelações de interesses (BARATTA: 2011, p. 111).

E complementa, reforçando a responsabilidade dos órgãos julgadores:

a criminalidade, segundo a sua definição legal, não é o comportamento de uma minoria, mas da maioria dos cidadãos e que, além disso, segundo a sua definição sociológica, é um *status* atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento, a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais tem uma influência fundamental. (2011, p. 113)

Por sua vez, destacando o poder das agências policiais, especificamente, Alba Zaluar (2004, p.33), diz que “são os policiais que decidem quem irá ou não irá ser processado por mero uso ou por tráfico, porque são eles que apresentam as provas e iniciam o processo”.

Neste sentido, Augusto Thompson (1998, p. 87) diz que:

Exatamente ao reverso do que apregoa a ideologia, é a polícia quem controla a atividade do Judiciário, pois este só trabalha com o material concedido por aquela. Graças a isto pode o Judiciário manter uma aura de isenção e pureza, uma vez que a parte ostensivamente suja da operação discriminatória se realiza antecedentemente à sua atuação.

Ou, ainda, Prdao; Boiteux; Wiecko (2009, p.44):

[...] mesmo sem se considerar a corrupção direta, a polícia é quem filtra os casos que chegam ao conhecimento dos juízes e, conseqüentemente, aqueles que vão ser enviados às prisões. Nem sempre fica claro para os operadores da justiça criminal, ou estes preferem ignorar, que os juízes só julgam os raros casos que chegam até a justiça, após a amostragem prévia feita pela polícia, razão pela qual o sistema penal, seletivo em todas as esferas, se torna ainda mais seletivo no caso do tráfico.

Baratta (2011, p. 94) alerta, entretanto, que para além dos processos formais de definição, também são relevantes os oriundos do senso comum:

[...] os processos de definição que se tornam relevantes dentro do modelo teórico em exame não podem se limitar àqueles realizados pelas instâncias oficiais de controle social, mas, antes, se identificam em primeiro lugar, com os processos de definição do senso comum.

Em reforço de sua afirmação, Baratta cita John Kituse (1962, p.248):

O desvio é um processo no curso do qual alguns indivíduos, pertencentes a algum grupo, comunidade ou sociedade: a) interpretam um comportamento como desviante; b) definem uma pessoa, cujo comportamento corresponda a esta interpretação, como fazendo parte de uma certa categoria de desviantes; c) põem em ação um tratamento apropriado em face desta pessoa.

A importância dessa compreensão, segundo o criminólogo italiano, é a de que o pensamento jurídico se apresenta, no que pertine às categorias jurídicas com que trabalha, como estreitamente ligada ao senso comum e que entre os processos de definição formal e o informal não existe verdadeira solução de continuidade (BARATTA, 2011, p.98).

O comportamento é interpretado como o oposto do que seria o normal, ao passo que esta normalidade é expresso por um comportamento previamente definido pela própria estrutura social.

É sobre isso que se manifesta Vera Andrade (1997, p. 210) quando aduz que o “processo de criminalização acionado pelo sistema penal se integra na mecânica do controle social global da conduta”, que tem lugar na família (a “ovelha negra” ou o “patinho feio”, na escola (o aluno “difícil”, “rebelde” ou “limitado”) ou no mercado de trabalho (os desempregados ou subempregados) e para o qual concorrem preconceitos e mitos.

Segundo Lola Anyar de Castro (2005, p.126):

Na sociedade, existem vários estereótipos: o do alcoólatra, que seria um maltrapilho embrutecido pela bebida e deve, portanto, ser objeto de medidas violentas, ou sanções médicas, psiquiátricas e legais, cujo estereótipo serve para justificar a existência e o comportamento – agressivo e impune – dos alcoólatras das classes média e superior. O estereótipo do jovem *hippie*, drogado, sujo e amoral, serve para justificar à ‘gente de bem’ burguesa a sua repressão contra o grupo de jovens politizados, considerados perigosos para as classes no poder. Ainda assim, a imagem do ladrão refere-se de preferência ao do pequeno assaltante e se contrapõe à do especulador, cujo comportamento acaba ratificado pela admiração e êxito (...) o criminoso estereotipado é, pois, função do sistema estratificado e concorre para mantê-lo inalterado.

Os selecionados pelo sistema penal ou os selecionáveis são os mesmos que sofrem a intervenção dos demais mecanismos de controle sociais referidos acima, daí porque, nas palavras de Baratta (2011, p. 167), “o cárcere representa, geralmente, a consolidação de uma carreira criminosa”.

### 1.4.3 A consolidação de carreiras criminosas

Umberto Eco, apesar de não ser um teórico da reação social, quando versa sobre a construção do inimigo (2011, p.30), traz uma referência bastante interessante a respeito da consolidação de uma imagem “criminoso”, quando afirma que “teatro e narrativa mostram-nos exemplos de ‘patinhos feios’ que, desprezados por seus semelhantes, se adequam à imagem que se tem deles”, de maneira que a construção do inimigo induz a tornar-se tal.

Eco cita (2011, p.29) um trecho da obra teatral Ricardo III (ato 1, cena 1):

Mas eu, que não sou feito para as divertidas brincadeiras, nem para cortejar um amoroso espelho, eu que sou privado desta bela simetria, enganado na fisionomia pela própria natureza que me é tão dissimulada, disforme, incompleto (...) eu não tenho outro deleite para passar o tempo senão observar a minha sombra ao sol e compor variações sobre a minha deformidade. E, assim, já que não posso mostrar-me ser o enamorado, **estou determinado a demonstrar-me um celerado.** (grifei)

Referindo-se a processos sobre “bruxaria” oriundos da Inquisição, o filósofo italiano mostra-se menos impressionado com os vilipêndios perpetrados pelos inquisidores do que pelo processo que a vítima sofria de assunção daquela identidade que lhe era atribuída (2011, p.30).

Algumas décadas antes de Eco compor este ensaio sobre a construção do inimigo, Robert Rosenthal observou este mecanismo na realidade escolar (*Apud* Baratta, 2011, p. 174), concluindo pela relação íntima entre o desempenho escolar dos jovens e o juízo que este fazia das expectativas que pais e professores depositavam com relação a ele.

A seleção operada pela escola entre bons e maus alunos, leva à rejeição, exclusão e isolamento destes, que tende a romper a solidariedade entre a comunidade e os estudantes punidos, e aquela entre os próprios punidos; essa segregação funcionaria como uma espécie de autodefesa dos “não-estigmatizados, convalidando os seus modelos de comportamento”. (BARATTA, 2011, p.175)

Segundo essa mesma pesquisa,

A atitude do professor em face do menino proveniente de grupos marginais é caracterizada por preconceitos e estereótipos negativos, que condicionam a aplicação seletiva e desigual, em prejuízo deste, dos critérios do mérito escolar. (...) Antigas e recentes pesquisas colocam em evidência que a cota de erros desconsiderados pelo professor é menor no caso dos ‘maus’ alunos do que no caso dos ‘bons’ alunos, e que, no caso dos primeiros são

destacados mais frequentemente erros inexistentes. (BARATTA, 2011, p. 174)

Quando Baratta se refere à consolidação de uma carreira criminosa não está afirmando que aquele indivíduo passou toda a vida cometendo crimes, mas sim que cada processo de seleção realizado pelos diferentes setores do controle social, como a escola da pesquisa de Rosenthal ou outras, como as varas de infância e juventude, aumentam as chances de ser selecionado para uma carreira criminosa.

É neste sentido que Baratta (2011, p. 175) afirma que a analogia entre escola e sistema penal não é gratuita, mas amparada na observação empírica de que ambos estão aptos ao desenvolvimento de processos de seleção e exclusão, do qual o cárcere é a face mais evidente e mais trágica.

A drástica mudança de identidade social como efeito de sanções estigmatizantes tem sido posta em evidência por Lemert e por Schur. A teoria por eles construída demonstra a dependência causal da delinquência secundária, ou seja, das formas de reincidência que configuram uma verdadeira e própria carreira criminosa, dos efeitos que sobre a identidade social do indivíduo exerce a primeira condenação.

Acrescento à afirmação de Baratta que não apenas a primeira condenação, mas o encarceramento, seja ele provisório, ou seja, ele decorrente de uma pena, exerce os referidos efeitos sobre a identidade do indivíduo, revelando-se aquele ainda mais gravoso ao indivíduo, pois sequer se-lhe permite saídas temporárias, por exemplo.

É interessante que, no Brasil, não existe uma única pesquisa de âmbito nacional ou mesmo estadual, publicada, que verse sobre os números da frequência delitiva; no máximo alguns estudos realizados no âmbito de específico estabelecimento prisional e que sugerem um percentual ao redor de 70% (setenta por cento).<sup>10</sup>

Ou seja, de cada dez presos que obtém a liberdade, sete voltam a ser presos<sup>11</sup>.

Mas, não porque são portadores de quaisquer características inatas que lhes impulsionem ao crime, e sim por força dos efeitos que o cárcere produz sobre a identidade social do indivíduo.

---

<sup>10</sup> Por exemplo, pesquisa realizada por Karina Homem, no âmbito da Universidade Federal de Santa Catarina. Acesso em 23 jan 2015

<sup>11</sup> Importa ressaltar que ser preso duas vezes, de maneira provisória, não implica reincidência legal, a qual pressupõe condenação criminal transitada em julgado.

Os efeitos são de duas ordens principalmente: o primeiro de “desculturação”, ou seja, a desadaptação às condições necessárias para o exercício de uma vida livre, com o despojamento de símbolos de autonomia<sup>12</sup> como corte de cabelo, vestimenta, objetos pessoais, redução do senso da realidade, privações de sua sexualidade etc; e o segundo de interiorização de modelos de comportamento característicos da subcultura carcerária (BARATTA, 2011, p. 184).

Loic Wacquant (2011, p. 152), refere-se à prisão como fábrica da miséria, no sentido que:

A entrada na prisão é tipicamente acompanhada pela perda do trabalho e moradia, bem como da supressão parcial ou total das ajudas e benefícios sociais. Em seguida vem [...] confiscações ou perda de objetos e de pertences pessoais, e de dificuldades de acesso aos raros recursos do estabelecimento.

Desta forma, o sistema penal age, antes que no sentido da integração, no sentido oposto.

### **1.5 Da reação social a uma criminologia crítica**

O movimento da criminologia crítica não surge como rompimento ao paradigma da reação social, mas, ao contrário, dele recebeu uma série de aportes teóricos, especialmente a partir do que Baratta (2014, p. 417) denomina de recepção alemã do *labeling approach*, desenvolvendo, por outro lado, com maior acuidade os mecanismos referentes ao poder de definição ou, ainda, como se produz o sentido social de desvio como tal.

A reação social demonstrou através de seus estudos que o desvio não é uma qualidade intrínseca ou entidade ontológica preconstituída à reação, mas uma qualidade ou etiqueta atribuída a determinados sujeitos. Neste sentido, “o caráter criminoso de um comportamento e a atribuição ao seu autor dependem de certos processos sociais de ‘definição’ e de ‘seleção’” (ANDRADE, 1997, p. 205).

Porém, o que as teorias do etiquetamento não desenvolveram, e será a preocupação central da criminologia crítica é,

---

<sup>12</sup> No ano de 2011, o Estado do Tocantins, por meio do secretário de ressocialização, expediu portaria determinando a obrigatoriedade de aplicação do mesmo corte de cabelo para todos os presos (máquina 2) e o uso de uniforme na cor rosa. Cinco dias após, por pressão da Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil, a portaria foi revogada.

[...]com base em que leis sociais se distribui e se concentra o poder de definição? Que função tem o uso deste poder, na dinâmica das relações entre os grupos sociais? O problema das definições do ‘senso comum’, das definições legislativas e da aplicação do direito penal por parte das instâncias oficiais é, desse modo, atraído para a perspectiva de uma análise das diferenças de poder e dos contrastes de interesses entre grupos sociais (BARATTA, 2011, p. 119).

Assim, sob a perspectiva da reação social a relação de domínio de alguns indivíduos sobre outros não é estudada até o ponto de análise sobre as relações estruturais desiguais em que se funda a sociedade. A criminologia crítica, ao contrário, pretende-se uma teoria materialista (econômico-política) do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização (BARATTA, 2011, p. 158)

Ainda segundo o criminólogo italiano (2014, p. 66), quando se fala em “referencial material” das definições de desvio e criminalidade, não se faz referência as qualidades ontológicas de certas situações ou de processo de controle, mas sim a dinâmica dos conflitos sociais e das relações de poder entre os atores.

Isto significa que as definições do comportamento criminal produzidas pelas instâncias formais ou informais do sistema penal, como legislação, dogmática, jurisprudência, polícia e senso comum, não são assumidas como ponto de partida da investigação, mas sim como o problema e objeto de investigação dentro do marco de análise da estrutura social.

Uma teoria materialista deste tipo se caracteriza pelo fato de relacionar os dois pontos da questão criminal, quais sejam, as situações socialmente negativas e o processo de criminalização, às relações sociais de produção e, no que respeita a nossa sociedade, a estrutura do processo de valorização do capital (BARATTA, 2014, p. 94).

O que as teorias da reação social desmistificaram foi que: a) o direito penal não defende os interesses essenciais de toda a sociedade, e quando pune ofensas aos referidos bens o faz com intensidade desigual; b) o *status* de criminoso é distribuído desigualmente entre os indivíduos e independe da gravidade da conduta ou da danosidade social do ato, conforme demonstram a cifra oculta dos crimes de colarinho branco.

Desde esse ponto, pode-se afirmar que existe uma flagrante contradição dentro do sistema penal entre sua função declarada e aquela efetivamente cumprida,

de maneira que, ao invés de reduzir e combater a criminalidade protegendo bens jurídicos universais, o que o sistema penal tem feito ao longo da história é “construir a criminalidade seletiva e estigmatizantemente e, neste processo, reproduzir material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero e raça)” (ANDRADE, 2004, p. 79)

O sistema penal funciona através dessa contradição, e não apesar dela. Ela, contradição, é um elemento ideológico inerente ao sistema penal, para assegurar a realização das funções que tem no interior da estrutura social (BARATTA, 2014, p. 95), de reprodução da desigualdade e manutenção de sua estrutura estratificada.

Segundo Baratta,

[...]o direito contribui para assegurar, reproduzir e ainda legitimar (este último é uma função essencial para o mecanismo de reprodução da realidade social) as relações de desigualdade que caracterizam a nossa sociedade, em particular a escala social vertical, ou seja, a distribuição diversa de recursos e de poder” (2014, p. 96).

O direito penal, parafraseando Karl Marx (2012, p.34), é como todo direito, o direito da desigualdade. Nesta passagem de sua obra, o autor alemão tece consideração crítica aquilo que lhe parece ser a contradição fundante do “direito burguês”: a igualdade formal dos indivíduos frente às normas e a desconsideração da desigualdade substancial nas relações sociais de poder e produção.

No que tange ao sistema penal, afirma Baratta (2014, p. 96) que

O funcionamento desigual e fragmentário do sistema não reflete somente a desigual distribuição dos recursos e do poder na sociedade e a correspondente hierarquia dos interesses em jogo, mas também concorre e de forma não descartável, a reprodução material das relações de subordinação e exploração. É também uma parte integrante do mecanismo através do qual se opera a legitimação dessas relações, ou seja, a produção de um consenso real ou artificial, e sobretudo a desarticulação do dissenso.

A criminalidade é vista, na criminologia crítica,

[...] principalmente como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas (BARATTA, 2011, p. 161).

Baratta (2011, p. 165) lançou severas críticas ao suposto caráter fragmentário do direito penal, como justificativa para a criminalização de certas condutas e não de outras, especialmente quando considerado que na época das primeiras formulações da

criminologia crítica não existiam diplomas legais que tipificassem crimes contra o meio ambiente, ordem econômica e financeira, relações de consumo e dentre outros que identificava como comportamentos típicos de indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais elevados e ligados funcionalmente ao processo de acumulação de capital.

No entanto, a crítica do criminólogo italiano ainda é válida quando afirma que, para os crimes a que me referi, as teias são demasiado largas, posto que a técnica legislativa utilizada permite um sem número de interpretações, ante a vagueza e ambiguidade, que põem em risco a própria aplicação da norma aos casos concretos.

Ainda sobre a criminalização primária, importante lembrar a crítica de Baratta (2011, p. 418) às teorias da reação social que reduzem toda a criminalidade às definições, olvidando dos comportamentos lesivos de interesses mercedores de tutela, que ele chama de “situações socialmente negativas”. O problema estaria em como definir o que é violência e o que é infração aos direitos humanos, independentemente das definições do senso comum do sistema penal; isso, entretanto, não pode significar renúncia ao dever de denunciar a forma altamente seletiva com o sistema penal define o que é socialmente negativo.

Baratta (2014, p. 420), exemplifica da seguinte maneira:

[...]ninguém aceita que uma pessoa se aproprie dos bens de outra. É que já há uma definição do senso comum e do sistema criminal que mais ou menos corresponde a um referente material, que podemos definir com respeito as necessidades das pessoas. Porém, pode ser que haja uma discrepância - por excesso ou por defeito - e que exista uma legislação penal ou senso comum que criminalize coisas que não são danosas realmente, ou que escapem do processo de definição uma série de ações - ou melhor de situações - que, verdadeiramente, teríamos que controlar.

Sob o aspecto da criminalização secundária, as maiores chances de ser criminalizado aparecem concentradas nos estratos sociais mais débeis, frágeis.

Loic Wacquant (2011, p. 115) mostra através de estatísticas que

[...] os clientes naturais das prisões europeias são, atualmente mais do que em qualquer outro período do século, as parcelas precarizadas da classe operária e, muito especialmente, os jovens oriundos das famílias populares de ascendência africana (...) que compõem as categorias mais vulneráveis tanto no mercado de emprego quanto face ao setor de assistência social do Estado.

No que pertine à pena, a criminologia crítica também atribui a esta papel decisivo com respeito a reprodução e consolidação de desigualdade.

Em primeiro lugar, porque a aplicação de sanção estigmatizante como o encarceramento e todos os efeitos negativos que produz na identidade do indivíduo, - a maneira como a sociedade o enxergará a partir de então (vide a figura do ex-presidiário) -, age de modo a impedir a ascensão social.

Em segundo lugar,

(...) a punição de certos comportamentos como ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização. Desse modo, a aplicação seletiva do direito penal tem como resultado colateral a cobertura ideológica dessa seletividade (BARATTA, 2011, p. 166).

Ademais, a íntima relação entre cárcere e fábrica, que hoje não se revela mais suficiente para ilustrar a relação entre prisão e sociedade, mas revela sua matriz histórica, demonstra como o sistema penal foi utilizado na “transformação de uma massa indisciplinada de camponeses expulsos do campo [...] em indivíduos adaptados à disciplina da fábrica moderna” (BARATTA, 2011, p.166)

Na fase de produção anterior ao capitalismo inexistia o trabalho humano mensurado pelo tempo e, consequentemente, não se tinha a noção de pena como retribuição a um dano causado ou troca de medida pelo valor, enfim, como tempo de privação de liberdade pelo delito cometido (MELOSSI; PAVARINI; 2006, p. 21-22). Assim, “[...] o equivalente do dano produzido pelo delito se realizava, ao contrário, na privação daqueles bens socialmente considerados como valores: a vida, a integridade física, o dinheiro, a perda de status” (MELOSSI; PAVARINI; 2006, p. 22), e não como supressão de tempo.

Em que pese ser desnecessária a formação de um exército industrial de reserva, no atual estágio do capitalismo, em que é cada vez menor a utilização de mão de obra intensiva, substituída que foi pela tecnologia; em que pese a crise do emprego, a pena ainda cumpre uma função dentro da dinâmica do mercado de trabalho, afinal

[...]pense-se na superexploração dos ex-condenados e no correspondente efeito de concorrência em relação aos outros trabalhadores [...] pense-se no emprego da população criminal nos mecanismos de circulação ilegal do capital (BARATTA, 2011, p. 167).

Zygmunt Bauman, escrevendo sobre a sociedade atual e diferenciando-a do período histórico de formação do capitalismo ao qual me referi anteriormente é categórico:

Nossa sociedade é uma sociedade de consumo [...] no sentido, similarmente profundo e fundamental, de que a sociedade dos nossos predecessores [...] na sua fase industrial, era uma 'sociedade de produtores'. Aque velha sociedade modera engajava seus membros primordialmente como produtores e soldados [...]mas no seu atual estágio [...]tem pouca necessidade de mão de obra industrial de massa e de exércitos recrutados; em vez disso, precisa engajar seus membros pela condição de consumidores (1999, p. 87).

No entanto, nesta sociedade de consumo o hiato entre os que podem satisfazer as necessidades de consumo cada vez maiores e os que, embora queiram, estão impossibilitados de fazê-lo, é cada vez maior. Da mesma maneira que o “exército de mão de obra de reserva”, os consumidores falhos da atualidade também cumprem sua função, ao mesmo tempo em que precisam ser controlados.

[...] é necessário mostrar aos que permanecem no jogo as horripilantes cenas (como se lhes diz) da outra única alternativa – a fim de que estejam aptos e dispostos a suportar as agruras e tensões geradas pela vida vivida como jogo (BAUMAN, 1998, p. 57). (grifei)

Sobre a relação entre crescimento do comportamento rotulado como criminoso nesta sociedade, Bauman (1998, p. 57) diz que “não é um obstáculo para a sociedade consumista plenamente desenvolvida e universal. Ao contrário, é seu natural acompanhamento e pré-requisito”.

Assim, em que pese a análise de Alessandro Baratta sobre a pena na sociedade capitalista ter sido formulada com olhar voltado para a fase de formação do capitalismo, estudos feitos posteriormente, como os de Bauman e Loic Wacquant, dentre outros, demonstram que o sistema penal age sobre as camadas mais débeis da população, não porque estejam seus membros mais pré-dispostos ao crime, mas pela necessidade de mantê-los sob controle e para fins de reproduzir e reforçar a estrutura social.

Marx já havia expressado ponto de partida bastante semelhante, ainda que não referindo-se expressamente ao sistema penal, quando defendeu que a sociedade civil é o lugar onde se formam as classes sociais e se revelam seus antagonismos, ao passo que o Estado,

[...] é o aparelho ou conjunto de aparelhos dos quais o **determinante é o aparelho repressivo** (o uso da força monopolizada), cuja função principal é, pelo menos em geral e feitas algumas exceções, de impedir que o antagonismo degenere em luta perpétua, não tanto mediando os interesses das classes opostas, mas mas reforçando e contribuindo para manter o

domínio de classe dominante sobre a classe dominada (1994, p. 40).

Ao contrário, pois, do enfoque idealista dos fins da pena, segundo o qual esta representa uma resposta à criminalidade, meio de luta contra ela, seja como retribuição pura e simples ou prevenção geral e especial, o enfoque da criminologia crítica, de caráter materialista, percebe a pena em suas reais funções de neutralização e disciplina das classes sociais inferiores, constituição e reprodução das assimetrias.

Wacquant (2011, p. 105) afirma, mirando sua crítica ao sistema norte-americano, que as reais funções da prisão são duas: a) contribuir diretamente para regular segmentos inferiores do mercado de trabalho ao artificializar os números do desemprego pela exclusão da massa carcerária, ao tempo que produz aumento do emprego no setor de bens e serviços carcerários; b) substituir o gueto como instrumento de encarceramento do setor da população considerada “tanto desviante e perigosa como supérflua”, no plano econômico, como são os hispânicos, e no político, como os negros pobres.

Porém, nos dizeres de Vera Andrade (2004, p. 79), a manutenção da função ideológica da pena, “a circulação da ideologia penal dominante entre os operadores do sistema e no senso comum e opinião pública”, justifica socialmente a importância do sistema penal e “oculta suas reais e invertidas funções”.

### **1.5.1 A seleção judicial**

É preciso reafirmar que não só a pena, mas o simples contato com o sistema penal, é capaz de produzir a mesma carga estigmatizante, e cumprir sobre os indivíduos selecionados as mesmas funções antes referidas.

A circunstância já referida por Zaffaroni em sua obra (2012, p. 136) de que cerca de 70% (setenta por cento) dos presos, nos países da América Latina, não experimentaram condenação firme, mostra que o sistema penal, nesta região do globo, optou pela prisão provisória para fins de exercício do poder punitivo, razão pela qual se torna bastante relevante o papel desempenhado por magistrados na dinâmica da seletividade.

Baratta, já havia chamado atenção para pesquisas que colocavam em relevo as diferenças de atitudes emotivas de magistrados em face de indivíduos pertencentes a indivíduos de distintas classes sociais.

Têm sido colocado em evidência as condições particularmente desfavoráveis em que se encontra, no processo, o acusado proveniente de grupos marginalizados, em face de acusados provenientes de estratos superiores da sociedade. (2011, p. 177)

Zaffaroni, por seu turno, chama a atenção para a forma de recrutamento e treinamento dos membros das agências judiciais, em que desde muito cedo internalizam-se sinais de um falso poder: solenidades, vestes talares, “tratamentos monárquicos, placas especiais ou automóveis com insígnias” (2012, p. 141).

Por outro lado, despersonaliza-se o magistrado que deve assumir um papel social que lhe exige “assepsia ideológica, certa neutralidade valorativa, sobriedade em tudo” (2012, p. 141) e que o eleva a condição de alguém acima do bem e do mal, isento mesmo, tudo como forma de ocultar seu caráter de operador de uma agência do sistema penal “com limitadíssimo poder”.

Limitados pela ação de outras agências de controle, especialmente as agências policiais, que verdadeiramente realizam a seleção e introduzem os indivíduos escolhidos no processo de deterioração, a que aludi no curso deste capítulo.

Referindo-se ao conjunto das agências de controle formal e a relação com o Judiciário, Zaffaroni conclui que “nada melhor podem desejar (...) do que uma agência judicial que reitere um discurso que justifique todas, composta por onipotentes que creem exercer um poder – que, na realidade, está sendo exercido por elas”. (2012, p. 142)

Num contexto de recrudescimento do encarceramento provisório, parece-me que avulta em importância entender como o discurso construído para legitimação do sistema penal tem sido manejado pelo Judiciário, através de suas decisões em torno da prisão preventiva, e como a criminologia crítica e os aportes teóricos da reação social podem ajudar a desvelar o real conteúdo das mesmas.

## **CAPÍTULO 2 – A prisão preventiva como limite à presunção de inocência.**

Impor a um homem uma grave pena, como é a privação da liberdade, uma mancha em sua honra, como é a de ter estado na prisão, e isso sem que fosse provado que ele é culpado e com a probabilidade de que seja inocente, é algo que está muito distante da justiça. (Concepción Arenal)

Em dezembro de 2013, no Brasil, nada menos que 240.563 (duzentos e quarenta mil e quinhentos e sessenta e três) pessoas estavam presas enquanto aguardam julgamento, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, dentre um universo total de 581.507 (quinhentos e oitenta e um mil quinhentos e sete) indivíduos submetidos a controle carcerário, considerados os regimes fechado, semiaberto e aberto. Ou seja, nada menos que 41% (quarenta e um por cento) do total de presos, no país, cumprem prisão cautelar.<sup>13</sup>

O mesmo órgão informa que no ano de 2010<sup>14</sup> o número de pessoas presas cautelarmente no país montava 215.229 (duzentos e quinze mil e duzentos e vinte e nove), num universo de 496.251 (quatrocentos e noventa e seis mil e duzentos e cinquenta e um), o que significa um aumento de 25.334 (vinte e cinco mil e trezentos e trinta e quatro) ou 10,5% (dez vírgula cinco por cento) entre os anos de 2010 e 2013, crescimento bastante superior ao da população brasileira, consoante dados do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística<sup>15</sup>, segundo o qual, no mesmo período, o acréscimo populacional foi de menos de 1% (um por cento) ao ano.

No entanto, a realidade das prisões cautelares é ainda mais alarmante quando recortamos os dados gerais do censo penitenciário nacional para dois estados da federação: Pernambuco e Alagoas.

O primeiro estado, local em que situado o programa de mestrado em que a presente pesquisa está inserida e o segundo, local em que foram levantados os dados para a pesquisa, têm um percentual de presos provisórios superior aos 60% (sessenta por cento) sobre o total de presos<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Os dados encontram-se facilmente disponíveis no *site* do Ministério da Justiça, especificamente no *link* do Departamento Penitenciário Nacional. Acesso em 10 dez 2014

<sup>14</sup> *Idem*

<sup>15</sup> Dados censitários referentes obtidos no *site* do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Acesso em 10 dez 2014

<sup>16</sup> Fonte: Ministério da Justiça – INFOPEN - Dezembro/2013

Com uma diferença: ao passo que em Pernambuco, para obtenção do referido percentual, considera-se o total de presos, incluídos os que estão em regime fechado e semiaberto, em Alagoas, por estar interditado o único estabelecimento prisional destinado aos presos do regime semiaberto, o percentual é obtido quando confrontados o número de presos cautelares com a soma destes e dos que estão em regime fechado, unicamente.

E isto se dá pelo simples fato de que os dados sobre o número total de presos em regime semiaberto e aberto em Alagoas não são confiáveis, posto que a ausência de estabelecimento<sup>17</sup> adequado leva os magistrados a executarem as suas decisões condenatórias na comarca de origem, quando impõem inicialmente os referidos regimes, sem expedição de carta de guia de execução à vara de execução penal situada na comarca de Maceió.

De qualquer sorte, seja qual for o número de presos condenados ao regime semiaberto ou que tenham obtido progressão para o mesmo, não há um único indivíduo encarcerado no estado de Alagoas em cumprimento de pena no indigitado regime, o que torna a situação do preso cautelar ainda mais grave: no estado em questão ser condenado ao regime semiaberto ou obter progressão significa uma situação prática melhor que a dos que estão presos cautelarmente.

A referência comparativa entre os anos de 2010 e 2013 tem duas razões de ser: a primeira porque foi no ano de 2010 que o Conselho Nacional de Justiça<sup>18</sup> iniciou o programa de mutirões carcerários no estado de Alagoas, ante a constatação de alto número de presos chamados provisórios; a segunda é a de que não estão disponíveis ainda os dados penitenciários referentes ao ano de 2014.

Os mutirões do Conselho Nacional de Justiça, segundos dados do próprio órgão<sup>19</sup>, foram responsáveis, até 2013, pela libertação de quase 47.000 (quarenta e sete mil) pessoas presas indevidamente e a concessão de benefícios a outros 40.000 (quarenta mil), entre progressões de regime, indulto, comutações etc<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Disponível no *site* da Superintendência Geral de Administração Penitenciária do Estado de Alagoas Acesso em 10 dez 2014

<sup>18</sup> Disponível no *site* do Conselho Nacional de Justiça. Acesso em 10 dez 2014

<sup>19</sup> Idem. Acesso em 10 dez 2014

<sup>20</sup> Importante ressaltarmos que no ano de 2011 foi editada a lei 12.341, a qual alterou a legislação processual penal para prescrever uma série de medidas cautelares diversas da prisão e que deveriam ser observadas alternativamente à constrição da liberdade por serem menos gravosas e que, esperava-se, diminuiria o contingente de presos cautelares.

Isso pode significar que o crescimento de presos cautelares poderia ser ainda maior que aquele apontado acima por nós, em vista do significativo número de presos liberados pelos mutirões, conforme passaremos a abordar.

Conforme apontado anteriormente, a realidade da prisão cautelar no estado de Alagoas apresenta números muito superiores à média nacional, o que levou o Conselho Nacional de Justiça a realizar ao menos dois mutirões carcerários no estado.

Nas palavras de um dos coordenadores, o magistrado Reno Viana,

a desproporção entre o número de presos provisórios e de presos condenados, bem acima da média nacional, foi um dos principais motivos para a presença do projeto em Alagoas. Infelizmente não se conseguiu reverter de forma significativa esse cenário, mesmo após a conclusão dos trabalhos<sup>21</sup>.

O primeiro deles ocorreu no ano de 2010 e contou com a participação ativa de um grupo de defensores públicos, magistrados e promotores, com a finalidade de rever todos os processos envolvendo pessoas presas<sup>22</sup>.

O relatório apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça afirma que Alagoas tinha um total de 1.334 (um mil e trezentos e trinta e quatro) presos provisórios, 61% (sessenta e um por cento) de toda população carcerária, sendo que foram deferidos 321 (trezentos e vinte e um) pedidos de revogação de prisão realizados durante o mutirão<sup>23</sup>.

Ou seja, 24% (vinte e quatro por cento) dos presos provisórios foram colocados em liberdade num mutirão que, em última instância, tinha por objetivo reanalisar as decisões que haviam decretado a prisão preventiva, seja por força de anterior flagrante ou independente deste.

No ano de 2013, o Conselho Nacional de Justiça voltou a Alagoas e encontrou uma população carcerária maior em números absolutos, inclusive de presos provisórios. Consoante o relatório do órgão, eram 1.899 (um mil e oitocentos e

---

<sup>21</sup> Disponível no *site* da Associação dos Juízes para a Democracia. Acesso em 10 dez 2014

<sup>22</sup> Disponível no *site* do Conselho Nacional de Justiça. Acesso em 10 dez 2014

<sup>23</sup> Os números referentes aos presos provisórios do estado de Alagoas nos anos de 2010 e 2013 pelo relatório do Conselho Nacional de Justiça podem apresentar alguma diferença com relação a outros bancos de dados como os do Ministério da Justiça e Anuário Brasileiro de Segurança Pública, uma vez que nos mutirões foram contabilizados os processos de réus presos em cada uma das varas com competência criminal, ao passo que os outros bancos de dados referidos são alimentados por informações prestadas pela Intendência do Sistema Prisional ligada a Secretaria de Defesa Social alagoana, sendo certo que ainda há um número expressivo de presos em delegacias, especialmente no interior.

noventa e nove), o que significava 59% (cinquenta e nove por cento) do total de encarcerados<sup>24</sup>.

À época foram 355 (trezentos e cinquenta e cinco) deles postos em liberdade, ou seja, quase 19% (dezenove por cento) do total.

Chama a atenção como, em apenas uma semana de trabalho por parte dos juízes designados para o mutirão, um número tão expressivo de indivíduos foi colocado em liberdade, e como também a relação percentual entre presos condenados e provisórios diminuiu sensivelmente após o primeiro mutirão, aproximando-se da média nacional, mas logo tornou a recrudescer, o que justificou a segunda intervenção.

Os números do Brasil ou recortes feitos considerando apenas Alagoas, não são peculiares desta parte do globo, nem característica distinta do nosso sistema de justiça ou da ação das agências punitivas, mas constituem a característica mais destacada do poder punitivo latino-americano, no que pertine ao aprisionamento. A grande maioria dos presos em toda a região referida está submetida a medidas de contenção, porque são presos processados, mas não condenados (ZAFFARONI, 2011, p.70)

Ao redor de 70% (setenta por cento) dos presos de países latino-americanos não foram julgados e nem condenados, mas estão submetidos a uma medida cautelar (CARRANZA, 2010), o que demonstra a existência de uma reação penal anterior mesmo a imposição de uma pena.

Para se ter noção da diferença com relação a outras regiões do mundo, a média, considerados todos os países membros da comunidade europeia, o percentual era de 24,7% (vinte e quatro vírgula sete por cento) no ano de 2011, com destaque para a Bulgária, República Tcheca e Polônia, com níveis de detenção provisória em 10% (dez por cento).<sup>25</sup>

O recorde latino-americano chama a atenção não só por todos os efeitos pessoais e sociais intrínsecos ao encarceramento, mas principalmente porque em todos os países desta região e, no caso brasileiro não é diferente, o princípio da presunção de inocência é enunciado como direito fundamental da pessoa humana e,

---

<sup>24</sup> Os relatórios dos mutirões em Alagoas e demais estados podem ser obtidos por meio de consulta ao *site* do Conselho Nacional de Justiça. Acesso em 10 dez 2014

<sup>25</sup> Dados constante do chamado Livro Verde sobre a aplicação da legislação penal da União Européia no domínio da detenção. Acesso em 20 jan 2015

por conseguinte, imagina-se que a prisão anterior ao sentenciamento definitivo deveria ser exceção.

Ocorre que não existe exceção de 70% (setenta por cento), razão pela qual cumpre investigar as razões para um tão alto índice de aprisionamento.

## **2.1 O princípio da presunção de inocência**

A presunção de inocência, enquanto “princípio fundamental de civilidade e fruto de uma opção garantista em favor da tutela de imunidade dos inocentes, ainda que ao preço de impunidade de algum culpável”, nos dizeres de Ferrajoli (2011, p. 549), encontra-se encartada na Constituição de 1988, em seu art.5º, LVII, mas não é legislativa recente.

Ao contrário, duzentos anos antes da carta constitucional vigente, outros dois diplomas legais já haviam consagrado o referido princípio: a Constituição do Estado da Virgínia, Estados Unidos, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, França. (FERRAJOLI, 2011, p. 550)

Além disso, na atualidade são diversas as convenções e tratados internacionais que versam sobre direitos humanos que trazem em seu corpo a garantia da presunção de inocência.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, expressa que “toda pessoa sem culpa formada tem o direito a que se presume sua inocência até que se estabeleça legalmente sua culpa”.<sup>26</sup>

Indigitada convenção foi incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto 678/1992, e consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, tem estatura de norma supralegal, posto que ao tempo que não pode ser considerada norma constitucional por não ter sido submetida ao processo legislativo próprio das emendas, também não pode equiparar-se a simples leis ordinárias.

A supralegalidade, por seu turno, garante que no confronto entre qualquer norma infraconstitucional e as convenções sobre direitos humanos, estas preponderarão, revogando quaisquer dispositivos que lhes seja contrário. Ademais, deverão servir como vetor interpretativo de outras normas quando estas importem em restrições de direitos fundamentais, razão pela qual é de se esperar que não só a Constituição de 1988 como o

---

<sup>26</sup> Disponível no *site* da Presidência da República. Acesso em 20 jan 2015

Pacto de San José sejam utilizados sempre que esteja em discussão o alcance do conteúdo da presunção de inocência.

Além do diploma referido, cito ainda o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia da Organização das Nações Unidas em 1948<sup>27</sup>, consoante o qual:

Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido 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 a sua defesa.

No âmbito da comunidade europeia, cujo sistema jurídico sempre teve e tem enorme influência sobre o mundo ocidental, a presunção de inocência é mencionada no tópico dois do artigo 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos, segundo o qual “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto sua culpabilidade não tiver sido provada” e no artigo 48º do mesmo digesto: “todo arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada sua culpa”.

Isso implica em uma regra de tratamento: não pode um inocente receber tratamento igual ou mais gravoso do que aquele destinado a outra pessoa, culpada, considerada a culpa como o reconhecimento, por sentença judicial transitada em julgado, da autoria de um crime e, portanto, da necessidade de imposição de uma sanção penal.

Neste sentido, a lição de Ferrajoli (2011, p.549),

Se a jurisdição é a atividade necessária para a obtenção da prova de que um sujeito praticou um crime, enquanto não se produzir esta prova em um procedimento regular, nenhum crime pode considerar-se cometido e nenhum sujeito pode ser considerado culpado nem submetido à pena. (tradução livre)

Assim, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, no marco teórico do processo penal, o investigado ou o acusado deve permanecer em liberdade, posto que a privação da liberdade tem previsão no ordenamento jurídico com a qualidade de pena; a mais grave das penas, diga-se.<sup>28</sup>

No dizer de Ferrajoli (2011, p. 561), a presunção de inocência é uma das idéias fundantes do processo penal, que, segundo o autor italiano,

(...) não serve para tutelar a maioria, senão para proteger, inclusive contra a maioria, aos indivíduos que mesmo suspeitos da prática de

---

<sup>27</sup> Disponível no *site* da Organização das Nações Unidas. Acesso em 20 jan 2015

<sup>28</sup> Não olvidamos que o texto constitucional permite a pena de morte, mas apenas em caso de Guerra declarada, ou seja, situação excepcionalíssima.

um crime, sem provas não podem ser considerados culpados. (...) uma idéia que resulta ofendida pela privação de liberdade de uma pessoa sem provas, assim como os princípios de liberdade e verdade, fontes de legitimidade da jurisdição. (tradução livre)

Assim, parece no mínimo contraditório e carente de uma explicação racional a permissão de prisão, chame-se preventiva, temporária, provisória ou cautelar, anterior a uma sentença definitiva, que julgue procedente acusação formulada em face de alguém que tenha cometido um delito.

Ou, na opinião de Ferrajoli (2011, p. 555),

Eu penso que a admissão em princípio da prisão *ante iudicium*, seja qual for a finalidade a que se associe, choca-se frontalmente com o princípio de jurisdição, que não consiste em unicamente poder ser detido por ordem de um magistrado, mas em somente poder sê-lo com base em um juízo. (tradução livre)

Parece contraditório mormente quando considerados os números anteriormente referidos sobre a realidade prisional, seja na América Latina ou em um pequeno rincão dela como é o Estado de Alagoas em que de cada 100 (cem) presos, 60 (sessenta) são presumidamente inocentes.

Existe alguma diferença ontológica entre as prisões desses indivíduos presumidamente inocentes e a daqueles que cumprem pena privativa de liberdade?

A verdade é que mesmo aqueles que defenderam a presunção de inocência, especialmente os teóricos do pensamento liberal clássico, sempre trataram de afirmar a possibilidade de exceções.

Beccaria (2014, p.96), por exemplo, que afirmou que um “homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz”, também asseverou que a “perda da liberdade, sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige”; e disse mais:

Se a prisão é apenas um meio de deter um cidadão até que ele seja considerado culpado, como esse meio é aflitivo e cruel, deve-se, tanto quanto possível, suavizar-lhe o rigor e a duração. Um cidadão detido só deve ficar na prisão o tempo necessário para a instrução do processo.

Ferrajoli (2011, p. 552) cita outros, como Diderot, Bentham, Pagano, Filangieri, Constant e Carrara, que, na mesma linha, ainda que defensores da presunção de inocência acabaram por legitimar o uso de exceções em nome de “necessidades diversas”, que iam desde o “perigo de fuga” e o “risco de obstacularização da produção de provas”, argumentos de ordem eminentemente processual, como também, a necessidade de se

impedir que certos indivíduos continuassem a delinquir, argumento de natureza penal.

Além dos defensores de certas “necessidades”, como exceção, a presunção de inocência enfrentou opositores ferrenhos, como Garofalo, Ferri e Manzini, citados ambos por Ferrajoli (2011, p. 550) e Zaffaroni (2011, p. 112).

Estes viam no princípio em tela um absurdo, algo ilógico e irracional, o que era coerente com a posição do positivismo criminológico, o qual, como já explicitado no capítulo anterior, investigava as causas da criminalidade na totalidade biopsicológica do indivíduo. Ora, como considerar, então, inocente, quem traz consigo uma personalidade criminosa?

Para Garofalo a liberdade provisória seria a pior das instituições da legislação italiana, pois iria em sentido diametralmente oposto ao dos interesses repressivos, privaria a justiça de seriedade, estimularia o “mundo criminoso”, desalentaria as vítimas e as testemunhas e desmoralizaria a polícia. (2005, p.301)

Assim, o cenário é, de um lado o de uma doutrina liberal que encampa a tese processualista do confinamento cautelar, que teria caráter estritamente instrumental ao processo e justificaria uma exceção à presunção de inocência; de outro lado, uma doutrina substantivista que vê a presunção de inocência como entrave para a realização da justiça penal e reconhece e legitima a prisão processual obrigatória.

Para Zaffaroni (2011, p. 113), não há qualquer diferença entre elas: representam a negação da presunção de inocência por caminhos distintos e com maior ou menor grau de explicitação.

Nas palavras do autor argentino,

O drama do confinamento cautelar se localiza no fato de sua legitimação implica um problema sem solução, uma *quadratura do círculo*, da qual só é possível sair assumindo com sinceridade o reconhecimento de sua natureza punitiva e sua consequente ilegitimidade, por mais que a possibilidade de um processo penal sem confinamento preventivo parece distante (2011, p. 113).

Ferrajoli, por sua vez, em que pese deixar muito clara sua posição pela necessidade de abolição (2011, p.555) do “vituperado instituto” da prisão anterior ao juízo definitivo, em mais de uma ocasião em sua obra demonstra especial aversão ao que ele chama de “perversão mais grave do instituto” (2011, p. 553):

[...] sua transformação de instrumento exclusivamente processual dirigido a ‘estritas necessidades’, em instrumento de prevenção e defesa social, motivado pelo necessidade de impedir que o imputado execute outros crimes. (tradução livre)

E, talvez motivado pela consciência de que a abolição do instituto da prisão provisória seja algo bastante distante da realidade, opta por tentar restringir-lhe o alcance:

Dever-se-ia limitar ao máximo os pressupostos da medida, reduzindo o número de crimes para os quais se lha permite, restringindo e precisando suas razões, que deveriam ser unicamente processuais e não de prevenção de delitos futuros, e estar submetidas a controle periódico da persistência de suas razões.

Infelizmente, Ferrajoli, apesar de demonstrar-se inconformado com o uso cada vez mais autoritário do instituto da prisão na legislação italiana, incorre no mesmo erro que denunciou no pensamento liberal clássico, ou seja, ao buscar restringir as razões para a prisão provisória em requisitos eminentemente processuais, acaba por legitimar a prisão e, com isso, enfraquecer o que ele mesmo denomina como um dos mais importantes postulados do processo penal que é a presunção de inocência.

O fato é que tanto as “necessidades” processuais como as reduções positivistas tiveram e tem impacto na legislação, desde a Europa até a América Latina, o Brasil incluído.

### **2.1.1 A prisão preventiva como “cautela” processual.**

Em que pese a denúncia de Vitale (2007) sobre o paralogismo existente na afirmação de não ser a prisão realizada no curso de uma investigação ou instrução processual a antecipação de uma pena, mas sim uma medida processual, de caráter cautelar, não são poucos os processualistas modernos que adotaram esse sentido.

Ou seja, seria uma medida que busca garantir o normal desenvolvimento do procedimento e, como consequência, a eficaz aplicação da pena.

Nas palavras de Sara Aragonese (2010, p. 393):

As medidas cautelares são, pois, atos que tem por objetivo garantir o normal desenvolvimento do processo e, portanto, a eficaz aplicação do *jus puniendi*. Este conceito confere as medidas cautelares a nota de instrumentalidade, enquanto meio para alcançar a dupla finalidade antes referida. (tradução livre)

A própria Constituição de 1988 é herdeira deste pensamento, posto que em distintos dispositivos manifesta a possibilidade de prisão anterior ao sentenciamento definitivo e prescreve que:

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;

(...)

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Permite-se que o Estado, como exceção, dentro de certos parâmetros, determine a prisão provisória de uma pessoa durante o curso das investigações ou da instrução processual penal.

Outros documentos já referidos nesse capítulo também aderem à possibilidade da prisão, como exceção. A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 estabelecia a possibilidade da prisão em caso de indispensabilidade<sup>29</sup>.

E o Pacto de San José da Costa Rica, ao final do ponto 5º, art. 7º, diz sobre o acusado que a “sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, responsável por interpretar o referido Pacto, tem afirmado que ao estabelecer as razões legítimas que justifiquem uma prisão anterior à pena, “devem tomar-se em consideração os princípios universais da presunção de inocência e o respeito à liberdade individual”.<sup>30</sup>

Outro diploma internacional sobre direitos humanos, a Convenção Europeia, dispõe que só se pode privar a liberdade de uma pessoa quando existam indícios razoáveis de que esta mesma pessoa tenha cometido um crime (artigo 5.1.c)<sup>31</sup>.

Como toda limitação de direitos humanos, esta deve ser interpretada restritivamente em virtude do princípio *pro homine*, segundo o qual, em matéria de reconhecimento de direitos deve-se interpretar a norma o mais extensivamente possível, ao passo que quando se cuide de limitações de direitos, inversamente, a norma deve ser interpretada o mais restritivamente possível.

O que tornaria, pois, indispensável ou imprescindível a prisão em sentido contrário do que preceitua a presunção de inocência?

Na esteira internacional, o Pacto de San José (1989) prevê, como únicos fundamentos legítimos para a prisão cautelar, o perigo que a liberdade do

---

<sup>29</sup> Disponível no site da *Human Rights*. Acesso em 20 jan 2015.

<sup>30</sup> Caso Peirano Basto vs Uruguay, Informe 86/09, disponível no *site* da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Acesso em 20 jan 2015

<sup>31</sup> Disponível no *site* do Gabinete de Documentação e Direito do Governo Português. Acesso em 20 jan 2015

investigado/acusado importe para a frustração da investigação ou da instrução processual penal, revelado por atitudes como fuga, destruição de fontes de prova ou ameaça às testemunhas.

Por meio da imposição de uma medida cautelar se pretende obter a realização de um julgamento sem os perigos processuais que atentem contra esse fim.

A esse respeito, a Corte Interamericana já estabeleceu<sup>32</sup>:

Do artigo 7.3 da Convenção se depreende a obrigação a estatal de não restringir a liberdade do investigado além dos limites estritamente necessários para assegurar que aquele não impedirá o desenvolvimento das investigações nem ilidirá a ação da justiça.

E complementou<sup>33</sup>:

Como pressuposto para o decreto de prisão provisória de uma pessoa, neste marco do processo penal, devem existir elementos de prova sérios que vinculem o imputado ao fato investigado. É uma exigência, mínima e inicial, para fins de imposição de toda e qualquer medida pretensamente cautelar, já que somente essa circunstância – os indícios de autoria – é o que distingue o acusado/inocente das demais pessoas, igualmente inocentes.

Por seu turno, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 9.3, dispõe<sup>34</sup>:

(...) a prisão preventiva das pessoas que hajam de ser julgadas não deve ser a regra geral, mas sua liberdade poderá estar subordinada a garantias que assegurem o comparecimento do acusado aos atos procedimentais e de julgamento e, em caso de condenação, para o cumprimento da decisão.

As disposições dos referidos diplomas de direito internacional incorporam as ideias dos liberais clássicos de que a prisão é necessária para afastar os perigos processuais, mormente a possibilidade de fuga e a obstacularização da obtenção de provas.

O risco de fuga ou de frustração da investigação ou da instrução processual penal devem estar amparados em circunstâncias objetivas, concretas, que devem ser comprovadas; a mera alegação sem consideração das circunstâncias do caso concreto não satisfazem esse requisito e impedem o magistrado de decretar a prisão.

Esse requisito essencial é denominado perigo da liberdade ou *periculum libertatis* pela doutrina (LOPES JÚNIOR, 1997).

---

<sup>32</sup> Vide Caso Peirano Basto vs Uruguay

<sup>33</sup> Idem

<sup>34</sup> Disponível no *site* da Presidência da República. Acesso em 20 jan 2015

Recente decisão proferida nos autos do *habeas corpus* 125.555, em que os ministros do Supremo Tribunal Federal revogaram a prisão preventiva de um ex-diretor da Petrobras, sob o argumento de que apesar de manter contas bancárias no exterior, não houve indicação de atos concretos atribuídos ao réu que demonstrassem sua intenção de fugir ou subtrair-se à aplicação da lei penal.

Por isso, os que advogam a instrumentalidade da prisão cautelar, entendem que se devem abandonar todos os esforços para fundamentar a prisão preventiva na “periculosidade do acusado”, a possibilidade de “reiteração delitiva”, na “repercussão social” do crime, não só pelo princípio da presunção de inocência, mas também porque tais são critérios de direito material e não processual, e não respondem, pois, à finalidade de toda medida cautelar.

Neste sentido, a detenção preventiva é uma medida excepcional e que se aplica somente nos casos em que existe uma suspeita razoável de que o acusado poderá evadir-se ou criar obstáculos à investigação, intimidando testemunhas, ou destruindo evidências.

Sobre esses elementos constitutivos do *periculum libertatis*, Ferrajoli (2011, p. 556-558) faz críticas severas que trazemos à colação.

Adverte, de plano, que o perigo de fuga está muito mais ligado ao temor da pena do que ao receio da prisão preventiva e cita Voltaire (*Apud* 2011, p. 558):

O rigor extreme do vosso procedimento criminal os obriga a essa desobediência. Se um homem está acusado de um crime, iniciais por prendê-lo em um calabouço horrível; não permitis que tenha comunicação com ninguém; algema-o como se já o tivesse julgado culpado. (...) Qual é o homem que esse procedimento não assuste?

De fato, os efeitos de uma prisão provisória são tão sérios e equivalentes aos da pena privativa de liberdade, diminuem sensivelmente a possibilidade de defesa; retira a igualdade entre as partes e gera no magistrado uma tendência a condenar posto que obrigado a legitimar seu ato primeiro sob pena de ter que reconhecer o erro. (ZAFFARONI, 2011)

No que tange à possibilidade de supressão ou alteração de provas, na maior parte das vezes se confunde com a necessidade de interrogar-se o investigado ou acusado, quando na verdade este é um direito da defesa. Por outro lado, não se pode presumir a supressão, posto que ou se conhece as fontes de prova e se age para obtê-las ou não se conhece e, então, enclausura-se o indivíduo enquanto se procura, o que um flagrante abuso.

Além do *periculum libertatis*, existe um outro requisito para a constrição cautelar e que, inclusive, lhe antecede: é o chamado *fumus comissi delicti*, ou seja, os indícios de autoria de um provável crime.

Consoante Banacloche Palao (1996, p.380), para se determinar uma prisão, faz-se necessário “o *fumus comissi delicti*, que se faz presente através da evidência da existência de um fato criminoso e da provável atribuição deste fato ao imputado” (tradução livre)<sup>35</sup>

A probabilidade de uma pessoa ter praticado um crime, aliada ao perigo que a liberdade dessa pessoa represente para a persecução penal, ante a possibilidade de fuga ou obstacularização das provas, autorizaria o magistrado a decretar-lhe a prisão como cautela.

Além desses dois requisitos, a doutrina<sup>36</sup> refere a alguns princípios que devem reger as medidas cautelares, cuja finalidade são limitar a medida.

O princípio reitor para estabelecer a legalidade da prisão preventiva é o da "excepcionalidade", em virtude do qual se busca evitar que a prisão cautelar se converta em regra e assim, se desvirtue do seu fim.

Na lição de Banacloche Palao<sup>37</sup> (1996, p. 377), “a prisão provisória, enquanto limitadora do direito fundamental da liberdade pessoal, tem que aplicar-se excepcionalmente, devendo optar-se em caso de dúvida por decretar a liberdade do indivíduo”. (tradução livre)

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu, através do seu informe Nº 12/96<sup>38</sup>:

(...) se trata de uma medida necessariamente excepcional em vista do direito preponderante da liberdade pessoal e o risco que representa a prisão preventiva ao direito de presunção de inocência e as garantias do devido processo legal, incluindo o direito de defesa.

Este princípio também está plasmado na disposição 6.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas (Regras de Tóquio)<sup>39</sup>: “no procedimento penal só se recorrerá à prisão preventiva em último caso”.

---

<sup>35</sup> “(...) el *fumus comissi delicti*, que se hace presente através de la constancia de la existencia de un hecho delictivo y de la posible atribución de este hecho al imputado”.

<sup>36</sup> Ver por todos, LOPES JÚNIOR, Aury. Medidas Cautelares no Processo Penal espanhol. Revista Âmbito Jurídico, n.69, 1997.

<sup>37</sup> “La prisión provisional, en cuanto limitativa del derecho fundamental de la libertad personal, tiene que aplicarse excepcionalmente, debiendo optarse en caso de duda por decretar la libertad del imputado”.

<sup>38</sup> Disponível no *site* Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Acesso em 20 jan 2015

<sup>39</sup> Disponível no *site* da Organização das Nações Unidas. Acesso em 20 jan 2015.

Por isso, a possibilidade de utilização de uma medida cautelar diversa da prisão, com menor potencial lesivo deve ser buscada preferencialmente, deixando a prisão para situações extremadas.

O Código de Processo Penal, após reforma operada pela lei 12.403/2011, estatuiu no seu art. 319 um rol de medidas cautelares diversas, como a monitoração eletrônica, comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso a determinados lugares, o recolhimento domiciliar noturno, suspensão de função pública, dentre outras, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Isso significa que para decretar a prisão, além de demonstrar a presença dos requisitos referidos anteriormente, o magistrado necessita avaliar se as demais cautelares suprem a necessidade procedimental ou, em caso contrário faz-se necessária a prisão.

Um segundo princípio é a jurisdicionalidade, ou seja, a obrigatoriedade de que toda decisão que importe na determinação de uma medida cautelar seja oriunda de um magistrado, mormente a prisão, posto que, se a mesma dirige-se à proteção do resultado final de um processo, não pode outro sujeito processual, que não seja o exercente de jurisdição, determinar-lhe, sob pena de lesão ao juiz natural.

O Pacto de San José, no artigo 7(5), estabelece que logo que uma pessoa seja detida, deve dar-se a intervenção de um juiz ou "outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais".

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, esse controle é exercido exclusivamente por magistrados, por ocasião da ocorrência de prisão em flagrante, os quais devem examinar, em um primeiro momento a legalidade da prisão, ou seja, se se amolda a uma das hipóteses previstas em lei e, em um segundo momento (e desde que chancelada a legalidade) apontar a existência ou não dos motivos que autorizam a conversão do flagrante em prisão cautelar.

Isso se deve a que só um magistrado pode assinalar a existência de *periculum libertatis* porque é ele quem conduz a marcha procedimental e a ele detinam-se as provas, bem como é ele quem deve decidir sobre a existência de um crime e sua autoria. Ademais, são as autoridades judiciais encarregadas de velar pelos direitos fundamentais que o exercício de outros poderes por parte do Estado podem violar.

O art. 283, Código de Processo Penal<sup>40</sup>, traz dispositivo neste sentido,

---

<sup>40</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado Federal, 2014.

repetindo disposição constitucional já mencionada:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Vale, todavia, a advertência de Geraldo Prado (2005, p. 158) no sentido de que esta jurisdicionalidade, no sistema processual acusatório, em que vigora o princípio *ne procedate ex officio*, impede que o magistrado atue de ofício, decretando medidas cautelares à revelia de uma provocação pela autoridade policial ou pelo Ministério Público.

Chama a atenção, pois, permissão existente no art. 311, Código de Processo Penal, para que o juiz decrete a preventiva de ofício, algo que nem a recente reforma foi capaz de expurgar.

Um terceiro princípio que rege a prisão cautelar é a provisionalidade, segundo o qual as medidas, inclusive a prisão, só podem durar enquanto subsistirem os motivos pelos quais foram deferidas.

A lei processual penal, neste sentido, prescreve em seu art. 316 que “o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista”.

A disposição 6.2 das Regras Mínimas das Nações Unidas estabelece:

[...] a prisão preventiva não deverá durar mais do que o tempo que seja necessário para a obtenção dos objetivos indicados na regra 6.1 [investigação do suposto crime] (...).

Desde esse ponto de vista, resulta necessário que o decreto de prisão seja reexaminado periodicamente, devendo cessar sempre que desapareçam os motivos ou substituídas por outras de menor gravidade e impacto, mormente em países como o Brasil que não fixa um prazo máximo de duração para a preventiva.

Inclusive, o Conselho Nacional de Justiça<sup>41</sup>, preocupado com o crescimento do número de presos provisórios, editou a resolução 66/2009, determinando a necessidade de revisão pelos magistrados de todas as prisões decretadas a cada período de três meses.

Por fim, o último princípio limitador da prisão cautelar é a proporcionalidade, o qual prescreve que uma pessoa considerada inocente não pode receber um

---

<sup>41</sup>Resoluções disponíveis no *site* do Conselho Nacional de Justiça. Acesso em 20 jan 2015.

tratamento pior, mais gravoso, do que uma pessoa condenada.

Assim, não se poderá recorrer a prisão cautelar quando a pena prevista para o crime supostamente cometido não seja privativa de liberdade, ou quando as circunstâncias do caso permitam, abstratamente, alguns benefícios despenalizantes como a suspensão condicional do processo ou a transação penal.

Imagine-se algumas situações bastante corriqueiras na prática que ajudam a entender a proporcionalidade.

Uma acusação pelo crime de furto simples de um aparelho telefônico móvel, cuja pena de detenção varia entre um mínimo de um e máximo de quatro anos, comporta prisão cautelar?

A resposta é negativa se considerarmos que a lei 9.099/95, em seu art. 89 prescreve como direito subjetivo do acusado a suspensão condicional do processo nos crimes cuja pena mínima não ultrapasse um ano.

Significa, pois, que o réu terá direito a suspensão do processo por período entre dois e quatro anos e a extinção da punibilidade em caso de aceitação e cumprimento de algumas medidas restritivas de direitos.

Por outro lado, ainda que não lhe seja deferida tal suspensão, considerada a hipótese de condenação, a pena máxima autoriza a conversão da pena privativa para outra, restritiva de direitos; logo, mantê-lo preso enquanto aguarda julgamento significa impor medida muito mais gravosa que aquela destinada aos condenados.

Outra não pode ser a conclusão se considerarmos o crime de lesão corporal leve praticado em relação de violência doméstica contra a mulher, cuja pena máxima é de três anos de reclusão e o regime de cumprimento é o aberto. Assim, manter preso preventivamente alguém acusado de tal conduta importa em tratamento que os condenados pelo mesmo crime não receberão.

Importante registrar que o projeto de lei 4.208/2001<sup>42</sup> encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional e que restou convertido na lei 12.403/2011 e alterou uma série de dispositivos da legislação processual penal, pretendia dar ao art. 312, do Código de Processo Penal uma redação que absorvia em boa parte esse pensamento da prisão como cautela.

---

<sup>42</sup> O projeto encaminhado dava ao art. 312 a seguinte redação: “A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha praticar infrações relativas ao crime organizado, à probidade administrativa, à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa”.

O projeto originário, entretanto, acabou não sendo aprovado, optando os congressistas por manter quase que integral a redação de 1941, de forte influência do Código Rocco, como veremos mais a frente.

Aliás, a atual redação da lei processual penal brasileira denomina a prisão preventiva como uma das medidas cautelares, porém, como disse, não incorporou uma redação, quanto aos requisitos, que contemplasse o pensamento denominado garantista.

Considerados todos esses princípios e os requisitos da cautelaridade, é muito provável que o número de presos provisórios fosse menor, especialmente quando se toma como parâmetro os países da comunidade europeia que desde algum tempo tem incorporado essas limitações aos ordenamentos dos países membros<sup>43</sup>.

Entretanto, ainda representam a negação da presunção de inocência e, parafraseando Ferrajoli (2011, p. 559), nenhum princípio ou valor pode satisfazer-se sem custos, ainda que esse custo seja a possibilidade de fuga ou a obstacuralização das provas, que o Estado tem como minimizar.

E, ademais, se a cautelar visa proteger a eficácia de um provimento final, em caso de prisão provisória, o provimento final que se quer proteger é a condenação.

### **2.1.2 A prisão preventiva como “defesa social”**

Uma visão bastante distinta da presunção de inocência foi legada pelos substantivistas, de clara orientação positivista, que, como já visto, defendiam, em sua vertente mais radical, a prisão provisória obrigatória, e sob a roupagem mais eufemística, sempre que necessário para impedir que o investigado ou acusado praticasse novos delitos.

Ferrajoli (2011, p.553) vê nessa passagem da finalidade da prisão provisória desde a “necessidade de remover perigos processuais” para a prevenção de novos delitos, a subversão do princípio, transmutado agora em verdadeira presunção de culpabilidade baseada unicamente na suspeita do cometimento de um delito.

Segundo o jurista italiano, a ascensão política do modelo político fascista contribuiu profundamente para o desprestígio da presunção de inocência e, por

---

<sup>43</sup> Ver a respeito Livro Verde sobre a aplicação da legislação penal da União Européia no domínio da detenção. Acesso em 20 jan 2015.

consequente, para o uso desenfreado da prisão provisória e sua legitimação como medida de “defesa social”, ideologia construída, como visto no primeiro capítulo, para legitimação da pena, e que foi construída, dentre outros, sob o princípio do bem e do mal, já explicitado no capítulo inicial.

Zaffaroni (2011, p. 112) também afirma a apreensão deste desprezo pela presunção de inocência por parte do regime político nazista, o qual justificava a prisão provisória sobre o prisma da necessidade de construção de uma sociedade que garantisse “paz e segurança”.

Em socorro do seu argumento cita Hans Eichler (*Apud* ZAFFARONI, 2011, p.112), para quem:

Enquanto no direito vigente a prisão preventiva só serve para evitar o perigo de fuga do culpado ou do apagamento de provas, no futuro (como prisão preventiva profilática) também terá como objetivo a proteção da comunidade diante dos fatos que o culpado poderia cometer em liberdade ou diante do risco de quebra da ordem pacífica do povo de qualquer forma.

Na Itália fascista, o Código Rocco alargou as hipóteses de prisão automática e obrigatória, suprimiu os prazos máximos e, por consequência, a obrigatoriedade de soltura em casos de ultrapassagem dos prazos e condicionou a prisão e soltura à avaliação pelo magistrado das condições pessoais e morais do indivíduo (FERRAJOLI, 2011, p. 553)

A prisão provisória perdeu seu caráter de medida cautelar para assumir a fisionomia de medida de “defesa social” em face de indivíduos perigosos e autores de “crimes graves” e, sem qualquer máscara, assumiu a natureza de pena antecipada.

No Brasil, o Código de Processo Penal de 1941, ainda em vigor, foi e ainda é, em que pese reformas posteriores, fortemente influenciado pela referida legislação italiana e fascista.

Da exposição de motivos do Código Rocco, constava que os indivíduos,

(...) tem um diferente valor moral e social e alguns não tem nenhum; seria, em consequência, incoerente, imoral e antijurídico tratar a todos do mesmo modo, especialmente quando se aplicam restrições de precaução, manifestamente inúteis e, portanto, iníquas que **por sua personalidade** apresenta séria necessidade de apresentação à autoridade judicial (tradução livre) (grifei)

Ao passo que da exposição de motivos do Código de 1941<sup>44</sup>, consta orientação ideológica semelhante:

---

<sup>44</sup> Disponível no *site* da Presidência da República. Acesso em 25 jan 2015.

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. **Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.** Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. **O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.** (grifei)

A primeira redação dada ao art. 312 da lei processual, da mesma maneira que na Itália, previa a prisão preventiva obrigatória para os crimes considerados graves, medida a gravidade pelo máximo da pena imposta, no caso, quando superior a dez anos de reclusão.

Manuela Abath (2014, p.11) registra que só em 1967 essa possibilidade de prisão obrigatória foi revogada, através da lei 5.349, o qual, em sua justificativa, aduzia ser necessário “varrer de nossa legislação medidas que trasladamos do processo penal italiano da Era Mussolini”.

Neste sentido, importante a análise da disposição legal da prisão preventiva na legislação processual brasileira.

### **2.1.2.1. A prisão preventiva na legislação brasileira**

O Código de Processo Penal, em seu art. 311 dispõe sobre a prisão anterior ao julgamento definitivo, denominando-a de preventiva, com a seguinte redação:

Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Logo, existe permissão legal para a prisão no curso da investigação, seja como conversão de um anterior flagrante ou por decreto autônomo, sempre por ordem judicial, facultando-se, inclusive que este o faça de ofício, algo que vai de encontro ao princípio acusatório, como adverte Geraldo Prado (2005, p.158).

Os requisitos da prisão preventiva, por sua vez, encontram-se no já referido art. 312, segundo o qual:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria

Chamam a atenção as preposições “como” e “para”, que cumprem aqui o mesmo sentido: finalidade. A prisão poderá ser decretada “como” garantia de algo, ou seja, com a finalidade de garantir algo, neste caso a ordem pública, econômica e a instrução criminal; poderá ser decretada também “para” assegurar, ou seja, com a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal.

Ao fim da redação, o legislador apresenta, então, qual seria o único requisito necessário para o decreto de prisão, sempre que as finalidades exigirem: a existência de indícios de autoria pela prática de um crime (*fumus comissi delicti*).

Por outro lado, a exigência do requisito do *periculum libertatis*, ou seja, de um obstáculo que a liberdade do investigado ou acusado represente para a coleta de provas ou para a eficaz aplicação da lei penal - exigência de uma visão cautelar, como visto anteriormente -, está ausente do texto legal.

Ou, com algum esforço interpretativo possa ser inferido da locução “conveniência da instrução processual”, posto que a expressão “conveniência” pode ser entendido como “utilidade” e esta, por sua vez, pode ser oriunda do perigo processual que a liberdade do acusado representa.

Então, de alguma forma, em que pese a rejeição pelo Congresso Nacional de um texto que destacasse os requisitos para uma prisão de natureza cautelar, muitos autores tem buscado uma interpretação que adeque a norma do art. 312 a essa orientação.

Neste sentido, Miguel Wedy (2013, p. 114):

Nessas situações – garantia da instrução processual e garantia da aplicação da lei penal – não se pode negar, há de se aceitar o cerceamento de liberdade, pois os fins são evidentemente instrumentais (...). **O mesmo não se pode afirmar naquelas hipóteses de prisão em razão** da gravidade abstrata do delito, **da ordem pública**, do clamor público, da integridade das instituições, da ordem econômica, do risco de cometimento de novos delitos.

O fato é que a disposição legal permite a interpretação que Wedy e outros já citados querem dar, mas também, e principalmente, autoriza que se decrete a prisão

como garantia da ordem pública, como argumento autônomo e de clara orientação no direito ítalo-fascista.

Segundo historia Ferrajoli (2011, p. 795), o Texto Único da Lei de Segurança Pública aprovado na Itália em 1931, determinava que “a autoridade de segurança pública”, leia-se, polícia, “vela pela manutenção da ordem pública, pela segurança e incolumidade dos cidadãos e pela tutela da propriedade”.

Essas medidas, diz Ferrajoli (2011, p. 795), ao contrário do que ocorre com as cautelares, estão reservadas à competência funcional dos órgãos de segurança pública.

A Constituição de 1988, em um único dispositivo menciona a “ordem pública”, e o faz no art. 144, nos seguintes termos: “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, e será exercida pela polícia.

Assim como a lei processual, a constitucional também não define o que é ordem pública ou que a afetaria a ponto de ser necessário intervir para preservá-la, mas um ponto separa as duas normas, além da sua estatura no ordenamento jurídico: a norma constitucional reserva para a polícia a preservação da ordem pública, ao passo que a norma processual defere-lhe aos magistrados.

É a magistratura com funções pára-policiais, fenômeno típico de governos despóticos, como os fascistas, em que a função de polícia se mescla com a função de aplicar a lei penal e que nos regimes livres estão zelosamente apartadas. (CARRARA *apud* FERRAJOLI, 2011, p. 769)

Segundo relata Wedy (2013, p. 114), é bastante comum na jurisprudência a associação entre “ordem pública” e “credibilidade do Poder Judiciário”, “o clamor público ou social”, “o clamor da mídia”, “a gravidade do delito”, “os antecedentes do criminoso” e o “risco de reiteração delitiva”, seja pela ausência de uma definição legal, seja pela abertura semântica da expressão.

Nereu Giacomolli (2013, p. 79), no mesmo sentido, constatou que a ordem pública pode significar a “comoção social, a enorme repercussão do delito no seio da sociedade, o clamor público oriundo do delito, a periculosidade do agente e o *modus operandi*”, além de se justificar também na inquietação social, na necessidade de manter a credibilidade da justiça etc (ABATH, 2014, p. 14).

Paulo Rangel (2012, p.357) conceitua o termo como “a paz e tranquilidade social que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em

perfeita harmonia, **sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi em sociedade***". (grifo nosso)

Eugênio Pacelli (2011, p.549), diz que "dirige-se à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social".<sup>45</sup>

Lopes Júnior (2009, p.108), por sua vez, a descreve como "conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante".

Fauzi Choukr (1993, p.92), em trabalho pioneiro, já advertia que

[..] se alguma definição para ordem pública os Tribunais constituíram não foi ela de caráter positivo, mas sim negativo (...) a partir do momento em que saiu do mundo jurídico a necessidade da prisão em virtude da presunção legal de periculosidade ou gravidade do delito, a utilização da expressão ordem pública passou, no mais das vezes, a tomar-lhe o lugar. Assim, não foi com surpresa que se encontrou, no início da década de setenta uma enxurrada de decisões utilizando a idéia nos casos em que o agente se mostrava perigoso, como observado nos julgados contidos nas RT 447/401, 504/436, 534/366, 549/398, 538/458 e 489/344.

Neste sentido, Ministro Ayres Britto, em voto proferido no julgamento do habeas corpus 111.760/DF<sup>46</sup>, referiu-se à vagueza e abertura do conceito de ordem pública, nos seguintes termos:

[..] a expressão ordem pública, justamente, é a que me parece de mais difícil formulação conceitual. Como a Constituição fala de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, fico a pensar que ordem pública é algo diferente da incolumidade do patrimônio, como é algo diferente da incolumidade das pessoas. É um *tertium genus*. **Mas o máximo que consegui até agora foi esse conceito negativo mesmo: ordem pública é bem jurídico distinto da incolumidade das pessoas e do patrimônio.** (grifei)

E prosseguiu afirmando:

(...) cuida-se de bem jurídico a preservar por efeito, justamente, do modo personalizado ou das especialíssimas circunstâncias subjetivas em que se deu a concreta violação da integridade das pessoas e do patrimônio de outrem, como também da saúde pública. Pelo que ela, ordem pública, revela-se como bem jurídico distinto daquela incolumidade em si, mas que pode resultar mais ou menos fragilizado **pelo próprio modo ou em função das circunstâncias em que penalmente violada a esfera de**

<sup>45</sup> Importante registrar que o referido autor é bastante crítico com relação ao uso do argumento da ordem pública que pode prestar-se a "perigoso controle da vida social".

<sup>46</sup> Disponível no *site* do Supremo Tribunal Federal. Acesso em 20 jan 2015

**integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros.** (grifo nosso)

Para ao final arrematar e afirmar o caráter da “garantia da ordem pública” como expressão da ideologia da defesa social:

**Daí a sua categorização jurídico-positiva, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na mencionada gravidade incomum na execução de certos crimes (...) levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito, ou, então, atuará de modo a facilitar o respectivo acorbamento.** (grifei)

Em que pese dizerem que se trata de conceito vago, impreciso, todos os autores citados, e outros não citados, enxergam a ordem pública sob a ótica da ideologia da “defesa social”, ou seja, como “legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais” (BARATTA, 2002, p. 42)

Em suma, como antecipação de pena ou pena sem juízo definitivo, verdadeira negação da presunção de inocência.

## **2.2 A prisão preventiva sob a ótica da câmara criminal do Tribunal de Justiça de Alagoas**

Considerados os números de presos provisórios em Alagoas, a afirmação de Zaffaroni (2011, p. 70) de que o poder punitivo na América Latina fez uma opção por “medidas de contenção provisória”, tendo por referencial teórico a criminologia crítica, decidi analisar as decisões denegatórias de *habeas corpus* proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça de Alagoas através de sua única câmara criminal, com a finalidade de buscar no conteúdo delas como percebem a presunção de inocência e a possibilidade de prisão anterior à pena.

Ou ainda: o que declaram em suas decisões ou o que manifestam sobre o sentido da prisão provisória, especificamente da prisão preventiva? Que arcabouço teórico podemos inferir destas decisões?

E, afinal, senti-me provocado pelo autor Luciano Oliveira, quando este afirma a necessidade de uma base empírica para a especulação teórica, sobretudo na área do

direito, em que continuam prevalecendo estudos “doutrinários” dotados de “retórica de mais e realismo de menos”. (OLIVEIRA, 2004)

Segundo o referido, autor boa parte das pesquisas realizadas no nível de pós-graduação em Direito carecem de referência a casos práticos e dados de realidade e recaem no “manualismo” e no “reverencialismo”, o primeiro como expressão da redundância em explicar noções básicas e gerais sobre um determinado tema, sem deter-se no problema da pesquisa, e o segundo como expressão do recurso a inesgotáveis citações doutrinárias, sem a construção de um raciocínio propriamente dito, o que implica na mencionada “reprodução” do pensamento. (OLIVEIRA, 2004)

As decisões jurisprudências passaram a ser a minha fonte de preocupação e a análise de conteúdo o método que me serviu de suporte.

### **2.3 Metodologia**

No Direito, é comum a análise documental, ou seja, a representação condensada da informação, para consulta e armazenamento. Assim, são vários os trabalhos com a jurisprudência, no sentido de que esta corrobore a hipótese defendida. (XIMENES, 2010)

Aliás, é muito comum o uso de decisões jurisprudenciais como argumento de autoridade por parte de advogados, representantes do Ministério Público e especialmente por juízes, como forma de dar suporte aos pedidos ou argumentos lançados em diferentes documentos, de maneira que quanto mais decisões jurisprudenciais forem possíveis trazer em socorro do argumento do sujeito, mais próximo da verdade ele está.

As referências, pois, às decisões jurisdicionais não se fazem senão para apontar a correção do argumento, sem qualquer preocupação crítica em demonstrar o conteúdo delas e o substrato teórico sob que se fundamentam.

Chega-se à situação de magistrados que fundamentam suas decisões utilizando-se de outros julgados seus, ou seja, magistrados que citam a si mesmos, mas através de outros julgados, o que concede à decisão posterior o reforço de não ser isolada, ao tempo que legitima a primeira pela sua repetição, prescindindo de uma real fundamentação.

A expressão “diversos precedentes” funciona quase como um salvo conduto contra a necessidade de ter que explicar as próprias conclusões; é aquilo que Salo de Carvalho (2013, p.67) chama de “fetiche pela jurisprudência”.

A pesquisa empírica (quantitativa ou qualitativa), por seu turno, não está dissociada de referenciais teóricos. Pelo contrário, ela só fará sentido quando imersa em um quadro referencial que sustente as hipóteses suscitadas para responder o problema científico. (XIMENES, 2010)

É imperioso, pois, entender o que fundamenta o discurso da prisão processual; importa-nos entender os fundamentos de decisões judiciais decretadoras de prisão preventiva; o que essas decisões declaram e se é possível encontrarmos um outro conteúdo, oculto, não-aparente, enfim, não dito.

Na obra “Desumanização”, Valter Hugo Mae (2014, p. 43), através da protagonista, uma menina de doze anos de idade, expressa que:

As palavras são objetos magros, incapazes de conter o mundo. Usamo-las por pura ilusão. Deixamo-nos iludir assim para não parecermos de imediato conscientes da incapacidade de comunicar.

Chama-nos a atenção a assertiva final: “*conscientes da incapacidade de comunicar*”.

O autor português vai além e afirma que:

As palavras não são nada. Deviam ser eliminadas. Nada do que possamos dizer alude ao que o mundo é. Com trinta e duas letras num alfabeto não criamos mais que objetos equivalentes entre si, todos irmanados na sua ilusão. As letras da palavra cavalo não galopam, nem as do fogo bruxuleiam. E que importa como se diz cavalo ou fogo se não se autonomizam do abecedário. Nenhuma pedra se estende por caracteres. As pedras são entidades absolutamente autônomas às expressões. (HUGO MAE, 2014)

Porém, em última instância, qualquer comunicação, isto é, qualquer transporte de significações de um emissor para um receptor controlado ou não por este, pode ser escrito e decifrado pelas técnicas da análise de conteúdo.

Hugo Mae decerto não desconhece o poder das palavras, dos diferentes significados que cada signo de uma língua é capaz de expressar; se elas não são capazes de aludir ao que o mundo é, isso dá-se justamente pelos diferentes significados. (2014, p. 44)

Quando se quer ir além dos significados, da leitura simples do real, o método da análise de conteúdo é usado. Aplica-se a tudo que é dito em entrevistas ou

depoimentos ou escrito em jornais, livros, textos ou panfletos, como também à imagens de filmes, desenhos, pinturas, cartazes, televisão e toda comunicação não verbal: gestos, posturas, comportamentos e outras expressões culturais.

A proposta da análise de conteúdo - enquanto método-, de um documento jurisprudencial, visa a manipulação da mensagem expressa na decisão (conteúdo e expressão desse conteúdo) para evidenciar os indicadores que permitam inferir sobre uma outra realidade que não a da mensagem. (BARDIN, 2009)

Nos dizeres de Laurence Bardin (2009, p.13),

Um conjunto de técnicas de análise das comunicações, visando obter por procedimentos, sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) **que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção destas mensagens. Indicadores que permitam inferir uma outra realidade que não a da mensagem (grifo nosso)**

Decisões judiciais, quaisquer que sejam elas, decretadoras de prisão preventiva ou de reintegração de posse, pressupõem o posicionamento dos atores envolvidos – os juízes não são atores neutros. Na verdade, a manifestação dos magistrados nos *habeas corpus* pode ser compreendida como reproduzindo o discurso da corporação, ou seja, a ideologia dominante; ou ainda como um posicionamento do ator no campo jurídico (BOURDIEU, 2007), que luta pela melhor definição de sua posição neste campo.

Portanto, a análise não se resumiria à descrição (enumeração das características do texto) e nem da interpretação (a significação concedida a essas características), mas a um procedimento intermediário que permite a passagem, explícita e controlada em referenciais teóricos – no caso, a criminologia crítica -, da descrição à interpretação.

A identificação de valores que nortearam magistrados na formação do convencimento para além da esfera estritamente legal, alcançando motivações ideológicas que coadunariam, muitas vezes, com as interpretações do senso comum sobre criminalidade.

Se a *descrição* (a enumeração das características do texto, resumidas após tratamento) é a primeira etapa necessária e se a *interpretação* é a última fase, a *inferência* (*processo lógico de obter conclusões a partir de premissas conhecidas*) é o procedimento intermediário, que vem permitir a passagem, explícita e controlada de uma a outra. (XIMENES, 2010)

Trata-se, pois, de uma pesquisa qualitativa, uma vez que, apesar de um prévio levantamento de dados, fundamental para a obtenção da *frequência* com que surgem certas características do conteúdo, é a *presença ou a ausência* de uma dada característica do conteúdo ou de um conjunto de características num determinado fragmento de mensagem que é tomado em consideração. No caso, a expressão “garantia da ordem pública” e as demais expressões que são utilizadas para explicitação do seu conteúdo.

Uma pesquisa que se utiliza da análise de conteúdo, como é o caso presente, se desenvolve em três fases: a primeira, de pré-análise, com formulação de hipóteses, objetivos, elaboração de indicadores e escolha dos documentos; o segundo momento, de exploração do material - relacionar elementos do conteúdo coletado com os referenciais teóricos, de forma que inferências e interpretações possam ser feitas na fase seguinte. (BARDIN, 2009)

A seguir farei a exposição da pesquisa, as razões das escolhas, os dados obtidos, para só então proceder com a análise de algumas decisões no capítulo final.

### **2.3.1 O *corpus* da pesquisa.**

A opção pela análise de conteúdo de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas deu-se, conforme afirmei na introdução, por motivos vários e complementares: a atuação como Defensor Público naquele estado e a facilidade de acesso aos dados; o expressivo número de presos cautelares frente à média nacional, bem como a existência de uma única câmara criminal, responsável pelo julgamento de *habeas corpus*.

O Tribunal de Justiça de Alagoas é formado por 15 (quinze) membros e possui 03 (três) câmaras cíveis e apenas 01 (uma) câmara criminal, formada esta por 04 (quatro) membros que à época da pesquisa eram: os Desembargadores “A”, “Juiz B”, “C”, “D”, “E”<sup>47</sup>.

Registre-se que até o ano de 2010 a câmara criminal não tinha competência para apreciação de *habeas corpus*, sendo esta do tribunal pleno, composto pelos 15 (quinze) magistrados. Após mudança no regimento interno, que alterou a composição e acresceu um membro ao órgão, passou a câmara a apreciar, além dos recursos, a

---

<sup>47</sup> Disponível no *site* do Tribunal de Justiça de Alagoas. Acesso em 10 dez 14

ação autônoma de *habeas corpus*.<sup>48</sup>

Importante ainda dizer que os *habeas corpus* que versam sobre prisão civil decorrente de não pagamento de pensão alimentícia são julgados pelas câmaras cíveis.

As sessões ocorrem uma vez por semana, sempre às quartas-feiras, acompanhadas por um representante do Ministério Público e outro da Defensoria Pública, este último apto a realizar sustentação oral quando entender necessário.

O universo de investigação constituiu-se dos processos de *habeas corpus* apreciados pela câmara criminal no período entre 01 de julho de 2013 e 30 de junho de 2014, ou seja, por um ano de atividade jurisdicional.

Neste período, a câmara criminal passou a ter a atual formação com variação apenas no mês de julho de 2013, quando o Juiz “B” recebeu convocação para substituir o Desembargador “C”, recém-promovido ao cargo de desembargador, o que em nosso entendimento permite uma melhor compreensão sobre o pensamento do colegiado, já que mudanças na composição dos julgadores pode levar à alteração dos resultados finais dos julgamentos.

A câmara criminal recebeu um total de 837 (oitocentos e trinta e sete) *habeas corpus*, distribuídos entre os seus membros na seguinte razão numérica, consoante tabela abaixo:

GRÁFICO 1: PERCENTUAL DOS HABEAS CORPUS DISTRIBUÍDOS ENTRE OS INTEGRANTES DA CÂMARA CRIMINAL

RELATOR	Total	Total %
“A”	236	28,20%
Juiz “B”	34	4,06%
“C”	170	20,31%
“D”	175	20,91%
“E”	222	26,52%
<b>TOTAL</b>	<b>837</b>	<b>100,00%</b>

Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Alagoas.

Pode-se observar uma diferença entre o número de distribuição de processos - que deveria ser igualitária -, a qual pode ser resultado do gozo de férias pelos magistrados.

<sup>48</sup> O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Alagoas remete a composição das câmaras para o Código de Organização Judiciária (lei 6.564/05), o qual em seu art.16 determina o número de quatro componentes para a câmara criminal e de três para as câmaras cíveis. Quanto a competência para o conhecimento e julgamento dos *habeas corpus*, remeto o leitor ao art. 21 da referida lei.

No segundo semestre de 2013, o Desembargador “E” gozou férias no mês de novembro; o Desembargador “C”, nos meses de agosto e novembro; o Desembargador “A” gozou seus sessenta dias de férias partilhando-os por quinze dias no mês de julho e mais quinze no mês de setembro, bem como por todo mês de outubro; o Desembargador “D” não gozou férias. No primeiro semestre de 2014, o Desembargador “E” gozou férias em fevereiro e entre o período de 15 de maio e 15 de junho; o Desembargador “A” no mês de janeiro; os Desembargadores “C” e “D” não requereram férias<sup>49</sup>.

O regimento interno do tribunal alagoano prevê a convocação de substitutos apenas na hipótese de férias e licença superiores a 30 (trinta) dias ou, quando estiver vago um cargo de desembargador e até que ocorra a promoção, como foi o caso da convocação do juiz “B” em julho<sup>50</sup>, o que explica o abismo numérico na distribuição de ações entre ele e os demais.

O primeiro recorte que realizei foi entre os habeas corpus distribuídos e aqueles que foram conhecidos e os não conhecidos.

Os primeiros são aqueles que têm os seus pedidos analisados pelos julgadores, ao passo que os do segundo grupo, por alguma razão formal ou por perda do objeto (concessão da liberdade pelo órgão de primeira instância), como se diz, não são objeto de análise pelo órgão julgador, sendo exterminados em seu nascedouro ou antes de serem apreciados pelo relator.

GRÁFICO 2: RELAÇÃO PERCENTUAL ENTRE OS HABEAS CORPUS IMPETRADOS E OS CONHECIDOS E NÃO CONHECIDOS

<b>HC</b>	<b>Total</b>	<b>Total %</b>
<b>HC impetrado</b>	837	100%
<b>HC conhecido</b>	682	81,48%
<b>HC não conhecido</b>	155	18,52%

Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Alagoas

Importante consignar que entre o número de julgados de habeas corpus conhecidos e não providos encontramos vários em que o acórdão faz referência ao não provimento pela impropriedade da via eleita, como, por exemplo, nos pedidos de

<sup>49</sup> As informações a respeito do gozo de férias pelos desembargadores foram obtidas junto à Secretaria Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

<sup>50</sup> Disponível no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Acesso em 10 dez 2014

trancamento da ação penal em virtude da aplicação do princípio da insignificância.

Ocorre que, nestes casos, o correto do ponto de vista processual seria o não conhecimento, posto que se a via eleita era inapropriada, os julgadores não poderiam analisar o pedido veiculado “pela via eleita”.

Esse tipo de atecnia é recorrente no âmbito da câmara criminal, mas por não ser o objeto em si da pesquisa não desenvolveremos com mais profundidade o tema. O registro, porém, é importante porque tivessem esses habeas corpus não conhecidos, a proporção entre o número de habeas corpus conhecidos e distribuídos teria sido diferente, bem como o seria entre os conhecidos e providos e aqueles não providos.

Além disso, parece-me importante consignar que no julgamento da totalidade dos *habeas corpus* encontramos aquilo que se tem denominado de “crise de unanimidade” (ABATH, 2012). Explico: dentre todos os acórdãos, apenas em dois deles, ou seja, algo como 0,25% (zero virgula vinte e cinco por cento), houve divergência. Este fenômeno já havia sido estudado por Manuela Abath no âmbito das quatro câmaras criminais do Tribunal de Justiça de Pernambuco, também por ocasião do julgamento dos pedidos de liberdade, o que levou a pesquisadora à utilizar-se da metáfora do “julgamento em linha de montagem”, em virtude da existência de uma produção de julgamentos em larga escala que indica a possibilidade de criação, pelos desembargadores, de categorias prévias para processar e julgar, agilizando, assim, o ritmo de julgamento (ABATH, 2012)

O segundo recorte que realizei foi entre os habeas corpus conhecidos e os que foram providos e improvidos. Os providos são aquele grupo de decisões em que se reconhece a procedência do pedido, ou seja, em que resta evidenciada para o tribunal a coação ilegal contra o direito de ir e vir e, por conseguinte, expede-se alvará de soltura.

GRÁFICO 3: RELAÇÃO PERCENTUAL ENTRE OS HABEAS CORPUS CONHECIDOS QUE FORAM CONCEDIDOS E DENEGADOS

<b>HC</b>	<b>Total</b>	<b>Total %</b>
<b>HC conhecido</b>	682	100%
<b>HC concedidos</b>	203	29,77%
<b>HC denegados</b>	479	70,23%

Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Alagoas.

Certamente outra pesquisa poderia ser dirigida ao conhecimento das decisões

que reconheceram a ilegalidade ou abuso de poder das prisões, seja pela inexistência de motivos para a prisão cautelar ou mesmo por excesso de prazo, porém isso ultrapassaria os objetivos traçados inicialmente.

Desta forma, passei a realizar recortes nos dados específicos dos julgamentos denegatórios, os quais, conforme tabela acima, correspondem a cerca de 70% (setenta por cento) dentre os conhecidos e mais de 50% (cinquenta por cento) do total de impetrações.

A partir desta perspectiva observei que quatro grupos de crimes concentram a maior parte dos julgados (cerca 70%) de denegação de liberdade e, pois, que ratificam a prisão determinada anteriormente. São eles o roubo majorado pelo uso da arma de fogo e o roubo simples; o homicídio, simples e qualificado, tentado e consumado; o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido; e, por fim, o tráfico de drogas ilícitas e a associação para o tráfico, com assento na lei n. 11.343/06.

Advirto que, por observância da legislação penal, aglutinei o crime de latrocínio entre os crimes patrimoniais, embora tal conduta implique na morte de alguém.

GRÁFICO 4: RELAÇÃO DE CRIMES QUE JUSTIFICARAM A PRISÃO PREVENTIVA DENTRE OS HABEAS CORPUS DENEGADOS

<b>MATÉRIA</b>	<b>Total</b>	<b>Total %</b>
Ameaça	7	1,46%
Homicídio	132	27,56%
Roubo Majorado, Roubo Simples, Furto Qualificado, Extorsão, Receptação e Latrocínio	137	28,60%
Associação e Tráfico de Drogas Ilícitas	100	20,88%
Porte/Posse Ilegal de Arma de Fogo	18	3,76%
Estupro	12	2,51%
Lesão Corporal	9	1,88%
Quadrilha	32	6,68%
Outros <sup>51</sup>	32	6,68%
<b>Total Geral</b>	<b>479</b>	<b>100,00%</b>

Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Alagoas.

<sup>51</sup> Neste item constam não só outros crimes com número menos expressivo, mas principalmente os *habeas corpus* impetrados em favor de presos já condenados contra ato do juízo da execução penal.

A tabela em si revela um grupo pequeno de crimes, dos quais resultaram prisões pela suposta violação, quando considerado o discurso declarado do sistema penal de proteção a uma quantidade muitíssimo maior de bens jurídicos, como me referi anteriormente quando do tratamento da criminalização secundária e seletividade.

Em reforço do argumento, crimes como corrupção ativa (HC 775) e passiva (HC 697), tortura (HC 583), fraude em licitações (HC's 82, 389, 400), peculato (HC 60), exercício ilegal da medicina (HC 446), crimes de trânsito (HC 593), crimes contra ordem econômica (HC 321) e crime ambiental (HC 602), não se encontram na tabela referente aos habeas corpus denegados, mas podem ser encontrados em profusão dentre os concedidos.

Há nítida seleção entre crimes que comportam prisão e os que não comportam prisão, no entendimento da câmara criminal, sendo relevante notar que a maior parte dos *habeas corpus* concedidos versam sobre condutas que exigem um capital social elevado, como, por exemplo, corrupção e fraude em licitações.

Por outra perspectiva, quando buscamos nos *habeas corpus* denegados as razões veiculadas como justificativa para a existência de manifesta coação ilegal ou abuso de poder, encontramos os seguintes dados:

GRÁFICO 5: RELAÇÃO PERCENTUAL DOS FUNDAMENTOS PARA OS PEDIDOS DE HABEAS CORPUS

<b>FUNDAMENTO DO PEDIDO</b>	<b>Total</b>	<b>Total %</b>
Ausência de motivos para monitoração eletrônica	3	0,63%
Ausência de requisitos para a internação	1	0,21%
Ausência de requisitos para a prisão	291	60,75%
Ausência de requisitos para busca e apreensão	1	0,21%
Cassação das medidas protetivas	4	0,84%
Excesso de fiança	1	0,21%
Excesso de prazo	119	24,84%
Nulidades	9	1,88%
Pedido de extensão/ impronúncia	1	0,21%
Prisão domiciliar	3	0,63%
Prisão ilegal/relaxamento	2	0,42%
Progressão de regime	9	1,88%
Reforma da sentença	1	0,21%
Regressão de regime	1	0,21%
Trancamento/ extinção da punibilidade	2	0,42%
Trancamento/ falta de justa causa para a ação	18	3,76%

penal		
Trancamento/ prescrição	1	0,21%
Trancamento/ princípio da insignificância	6	1,25%
Transferência de preso	6	1,25%
<b>Total Geral</b>	<b>479</b>	<b>100,00%</b>

Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Alagoas

Tais dados merecem algumas considerações.

Encontrei um único *habeas corpus*, dentre os denegados, registre-se, que versa sobre a defesa do direito a liberdade de um adolescente, cujo objetivo era sua desinternação, decretada como medida cautelar, e não como medida sócio-educativa.

Outros 04 (quatro) *habeas corpus* tinham o escopo de garantir o direito fundamental de ir e vir de indivíduos que, apesar de não estarem presos, encontravam-se submetidos a medidas protetivas determinadas pelo Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher, com arrimo na lei Maria da Penha.<sup>52</sup>

O tribunal alagoano denegou os pedidos sob o argumento de que, por não estarem presos, os pacientes não experimentavam constrangimento ilegal em seu direito de ir e vir. Ou seja, deram interpretação restritiva ao direito de locomoção para excluir restrições a liberdade que não seja a prisão em si<sup>53</sup>.

Um grupo de 16 (dezesesseis) *habeas corpus* denegados versam sobre matéria afeta à execução penal<sup>54</sup>, ou seja, foram impetrados em favor de pessoas já condenadas a uma pena privativa de liberdade. Dentre eles encontrei questionamentos ao indeferimento da progressão de regime ou a deliberação sobre regressão para regime mais gravoso. Interessante que a câmara criminal, em que pese ter denegado o pleito, o fez sob o argumento de que inexistiam motivos autorizadores para a progressão ou motivo legal para a regressão, o que significa, por outro lado, que enxergam a possibilidade do uso da remédio constitucional para defesa do direito a liberdade de quem está preso e condenado.

Importante neste ponto salientar aquilo que parece ser um um contrassenso no

<sup>52</sup> Medidas cautelares como proibição de aproximação, de comunicação, de ida à residência ou local de trabalho da vítima.

<sup>53</sup> O Superior Tribunal de Justiça em grau de recurso reformou as decisões referidas, reconhecendo o constrangimento ilegal e a tese de que as medidas cautelares diversas da prisão devem observar os princípios da excepcionalidade e da duração razoável.

<sup>54</sup> O número foi obtido com a soma dos *habeas corpus* que versam sobre progressão e regressão de regime, além daqueles que questionam a transferência de presos para estabelecimentos federais em outras unidades da federação e, portanto, com possibilidade reduzida de visita por familiares e advogados.

âmbito da câmara criminal, qual seja a interpretação sobre o alcance do *habeas corpus* enquanto proteção ao direito de ir e vir (liberdade ambulatorial): a mesma câmara que não vislumbra possibilidade de concessão de um *habeas corpus* a quem está livre, mas sofre restrições de distância, de afastamento do lar, de frequentar certos lugares, entende cabível quando o indivíduo, privado de sua liberdade por força de condenação, pretende discutir regime de cumprimento de pena.

Ou seja, um condenado à privação de liberdade pode questionar ato de constrangimento ao direito de ir e vir, ao passo que um homem em liberdade, mas privado de frequentar certos lugares, não; e assim, transita a câmara criminal entre uma interpretação mais elástica em alguns momentos e mais restrita em outros, sem que fique claro o referencial teórico e interpretativo dessas escolhas.

Outros exemplos de uma interpretação mais restrita da ação de *habeas corpus* são as 27 (vinte e sete) denegações de pedidos de trancamento<sup>55</sup> de ações penais em curso, ou seja, extinções de processos em andamento por motivos que a doutrina processual normalmente se refere como ausência de justa causa<sup>56</sup>: inexistência de motivo idôneo para o exercício do direito de ação, como atipicidade (princípio da bagatela) e extinção da punibilidade.

Nestes casos, apesar da câmara criminal ter denegado a ordem, os desembargadores entenderam pela impropriedade da via eleita, razão pela qual não deveriam sequer ter conhecido o feito, conforme observamos acima, mas que demonstra uma visão restrita sobre o uso do remédio constitucional, posto que há precedentes no âmbito Supremo Tribunal Federal em sentido contrário ao entendimento da corte alagoana, ainda que a título de exceção, ante a sumariedade da ação de *habeas corpus*.

A maioria absoluta, entretanto, dos *habeas corpus* denegados versam sobre duas matérias: excesso de prazo da prisão e ausência de motivos para a decretação da prisão cautelar.

No pedido de liberdade por excesso de prazo<sup>57</sup> não se questiona a prisão em si

---

<sup>55</sup> O número foi obtido pela soma de todos os fundamentos presentes na tabela cujo pedido é o trancamento da ação penal, como extinção da punibilidade, falta de justa causa e o princípio da insignificância.

<sup>56</sup> Ver por todos, MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>57</sup> Conforme já afirmamos anteriormente, não nos preocupamos em conhecer nesta pesquisa as razões da concessão da ordem de *habeas corpus*, por isso não sabemos quantos, dentre os concedidos alegavam a mesma matéria; porém, avulta em importância a temática do tempo da prisão, mormente a cautelar. Chama-nos a atenção também que em vários julgados o tribunal denega a ordem, mas

ou os motivos que a ensejaram, mas sim o tempo da prisão. Quando se trata, porém, de ausência de motivos para a prisão cautelar, o questionamento se dá sobre as razões fáticas, mas também legais que autorizam ou não a prisão.

Tem-se, assim, que a maioria das denegações da câmara criminal se dá em circunstâncias de reconhecimento de motivos para a decretação da prisão cautelar e, como demonstram os números abaixo, em enorme medida o tribunal o faz sob o argumento da “garantia da ordem pública”.

GRÁFICO 6: RELAÇÃO PERCENTUAL DOS FUNDAMENTOS GERAIS PARA A DENEGAÇÃO DOS PEDIDOS DE HABEAS CORPUS.

<b>FUNDAMENTO GERAL DA DENEGAÇÃO</b>	<b>Total</b>	<b>Total %</b>
Ausência de requisitos	4	0,84%
Decisão fundamentada	21	4,38%
Impossibilidade pela via do HC	25	5,22%
Inexistência do excesso de prazo	54	11,27%
Inocorrência da extinção da punibilidade	1	0,21%
Inocorrência da nulidade	9	1,88%
Inocorrência da prescrição	1	0,21%
Não incidência do princípio da insignificância	6	1,25%
Ordem pública	294	61,38%
Prisão legal	2	0,42%
Razoabilidade do prazo	61	12,73%
Razoabilidade do valor	1	0,21%
<b>Total Geral</b>	<b>479</b>	<b>100,00%</b>

Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Alagoas

Para o presente trabalho, questões afetas a inexistência de excesso de prazo ou sua razoabilidade, em que pese o significativo número, não interessa, posto que versam sobre o aspecto temporal (a duração da prisão), e não sobre os fundamentos para o decreto.

Como pretendo examinar o sentido declarado e real da prisão preventiva para a câmara criminal alagoana, passei ao recorte do fundamento da “garantia da ordem pública”, a fim de cumprir o desiderato.

Um último recorte de dados, portanto, foi realizado, considerando apenas os denegados sob o fundamento de que a prisão era legal ante a necessidade de garantia

---

determina prazo aos magistrados para que encerrem a marcha procedimental e profiram decisão.

da ordem pública.

Buscamos, pois, os fundamentos específicos da denegação, ou seja, quais as expressões que os magistrados utilizavam ao lado da ordem pública para expressar o sentido desta e a necessidade da prisão preventiva.

Como em nenhum dos julgados se define o que vem a ser ordem pública, mesmo porque se o fizessem não seria necessária a pesquisa, mas sim se decreta a prisão “para” a garantia da ordem pública, é de fundamental importância este recorte.

GRÁFICO 7: PERCENTUAL DOS FUNDAMENTOS ESPECÍFICOS PARA A DENEGAÇÃO DO HABEAS CORPUS

<b>FUNDAMENTOS ESPECÍFICOS DA DENEGAÇÃO</b>	<b>Total</b>	<b>Total %</b>
Clamor social	3	1,02%
Fuga do réu	15	5,10%
Gravidade do crime	52	17,69%
Gravidade do crime/ paz social	2	0,68%
Gravidade do crime/ reiteração delitiva	10	3,40%
Gravidade do crime/clamor social	1	0,34%
Paz social	9	3,06%
Periculosidade do agente	64	21,77%
Periculosidade do agente/ gravidade do crime	52	17,69%
Periculosidade do agente/ paz social	4	1,36%
Periculosidade do agente/ reiteração delitiva	15	5,10%
Periculosidade do agente/clamor social	3	1,02%
Reiteração delitiva	53	18,03%
Reiteração delitiva/ paz social	4	1,36%
Réu foragido	5	1,70%
Risco à integridade física da vítima	2	0,68%
<b>Total Geral</b>	<b>294</b>	<b>100,00%</b>

Fonte: elaboração a partir dos dados colhidos no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Alagoas

Dentre todos os fundamentos específicos para a denegação, encontram-se 08 (oito) expressões ligadas a expressão “garantia da ordem pública”, usadas de forma isolada ou combinadas entre si, sendo que a “garantia da ordem pública” surge como a finalidade da prisão e as expressões, ao que parece, os motivos que concretizam a necessidade de proteção da ordem pública.

Usadas isolada ou cumulativamente, as expressões “periculosidade do réu”, “gravidade do crime” e “reiteração delitiva” representam cerca de 88% (oitenta e oito por cento) de todos os fundamentos específicos de denegação lastreado na garantia da

ordem pública.

Realizei em primeiro lugar a separação de todas as decisões em três grupos: um primeiro referente ao uso da “periculosidade” como fundamento específico; um segundo referente à “reiteração delitiva” e, por fim, sobre “gravidade do crime”, com o objetivo de conhecer o sentido dessas expressões no conjunto das decisões e determinar, a partir de então, como procederia a análise qualitativa do conteúdo.

Neste ponto, tinha por preocupação saber quais decisões iria analisar e como garantir a representatividade do material. Essa preocupação começou a dispersar-se com a leitura uma a uma das decisões, posto que entendi que a escolha para fins de amostragem não seria resolvida em termos de número ou percentual, mas pelo grau de saturação.

Dá-se a saturação quando os dados obtidos passam a apresentar, na avaliação do pesquisador, uma certa redundância ou repetição, de maneira que aumentar a quantidade de investigação passa a ser tarefa pouco ou nada frutífera para o significado do conteúdo da representação (MINAYO, 2012)

Por essa razão, nos limitamos aquelas decisões em que o argumento da “periculosidade”, “reiteração delitiva” e “gravidade do crime” foram utilizados unicamente e não de forma cumulada, pois percebemos uma uniformidade no sentido dado pela câmara criminal a cada uma dessas expressões-chave.

“Com a saturação do material fez-se possível compreender certas regularidades orientadas pelo quadro teórico proposto” (MINAYO, 2012), razão pela qual escolhi, dentro de cada um dos três grupos, uma decisão para ser analisada, por serem representativas, ou seja, típicas daquela grupo; cada uma capaz de refletir a totalidade do seu conjunto.

De posse do material selecionado, empreendi a análise das decisões à luz do referencial teórico proposto, qual seja, a criminologia crítica, procurando desvelar o significado do seu conteúdo declarado, mas principalmente como é possível encontrarmos um outro conteúdo, oculto, não-aparente, enfim, não dito.

### **CAPÍTULO 3 – A prisão preventiva e sua função oculta, mas real.**

Por um lado, só nos podemos reconhecer a nós próprios em presença de um Outro, e sobre isto regulam-nos as regras de convivência e mansuetude. Todavia, de bom grado achamos este Outro insuportável, porque, nalguma medida não é nós. Desde modo, reduzindo-a a inimigo, construímos o nosso inferno na Terra. (Umberto Eco)

#### **3.1 A periculosidade como fundamento específico para manutenção da ordem pública.**

Como apresentei no capítulo anterior, dentre todas das decisões denegatórias de habeas corpus proferidas pela câmara criminal no período compreendido pela pesquisa, o fundamento específico ligado à “garantia da ordem pública” mais referenciado foi da “periculosidade do agente”, que, de forma isolada, alcançou um pouco mais de um quinto das decisões.

Além disso, um pouco mais de outro quinto das decisões trazem a “periculosidade do agente” aliada a outras referências como a “gravidade do crime” e a “reiteração delitiva”, o que significa que quase metade das decisões se fundam na necessidade de preservar a “ordem pública” fragilizada por indivíduos reputados como perigosos pelos desembargadores.

Registro, de plano, que não há uma única decisão que expresse com todas as letras um conceito de “periculosidade”, a base teórica ou legal, científica ou literária, que legitimem seu uso. No entanto, é comum a todas as decisões a formulação do seguinte argumento: “a conduta que lhes é imputa é reveladora de um **comportamento perigoso**” ou “**a periculosidade do paciente** restou demonstrada a partir da **conduta que lhe foi imputada**”. (grifei)

Em todas as decisões, pude observar, pois, a elevada importância que os desembargadores concedem aos elementos informativos colhidos durante a investigação, uma vez que “a conduta imputada” não é outra senão aquela atribuída pela autoridade policial por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, sem qualquer referência aos princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa.

Assemelham-se no conteúdo a decisões condenatórias (sentença), posto que, como veremos, trazem afirmações fortes sobre a conduta atribuída, dando-lhe tratamento de conduta verdadeiramente praticada.

Dentre as decisões proferidas, após a leitura dos acórdãos e voto, como era comum a todas a referência a “conduta”, escolhi ante sua tipicidade, conforme referido no capítulo anterior, a decisão proferida no *habeas corpus* 314 para realizar uma análise à luz do referencial teórico da criminologia crítica.

O julgamento que originou a decisão número 314 foi realizado em 13 de dezembro de 2013 e mereceu, como praticamente todas, decisão unânime, após relatório e voto do desembargador João Lessa.

Aliás, esta é a estrutura de todas as decisões: um relatório prévio com a apresentação dos argumentos trazidos pelo impetrante, o desenvolvimento do procedimento (se foi ou não deferido pedido liminar, por exemplo), manifestação do Ministério Público para, após, o magistrado relator posicionar-se sobre a concessão ou não da ordem, ou seja, sobre a manutenção da prisão ou a concessão da liberdade, ao que se seguiriam o debate com os demais membros da corte, se debate houvesse.

Importa salientar que quando os magistrados da câmara criminal, em sede de *habeas corpus*, negam o pedido e mantêm a prisão cautelar, esta decisão substitui formal e materialmente a anterior, oriunda de primeira instância e monocrática.

### **3.1.1 O objeto do *habeas corpus* e os fundamentos da prisão preventiva**

O *habeas corpus* foi impetrado em razão de decreto de prisão preventiva da lavra do Juízo da Terceira Vara Criminal da Comarca de São Miguel dos Campos, Alagoas.

Segundo consta do relatório, o paciente foi preso pela suposta prática do crime roubo majorado por uso de arma de fogo tentado, previsto no art. 157, 2, I c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, na data de 23 de setembro de 2013, portanto, um pouco menos de três meses antes da análise do pedido de concessão de liberdade pelo tribunal.

Os impetrantes, advogados privados, alegaram a inexistência de motivos autorizadores do decreto de prisão cautelar, qual seja a garantia da ordem pública, utilizando-se, em reforço, circunstâncias como a primariedade do paciente, seus bons antecedentes, residência e empregos fixos, além do fato de ser estudante.

Registraram, ainda, que o paciente havia sido alvejado por projétil de arma de fogo, necessitando de tratamento médico, sob pena de ter seu estado de saúde

agravado.

Ao final, requereram a revogação do decreto de prisão preventiva com a expedição de alvará de soltura ou, subsidiariamente, a concessão de prisão domiciliar.

O magistrado de primeira instância, instado a prestar informações sobre os motivos que o levaram a converter a prisão em flagrante em preventiva, o fez nos termos seguintes:

Ao avistarem a viatura da polícia militar, evadiram-se do local e começaram a atirar contra a guarnição, tendo os policiais reagido e atirando contra os 3 indivíduos, dos quais 2 foram atingidos pelos disparos de arma de fogo. O terceiro elemento evadiu-se para dentro do canal. (...) **A periculosidade resta evidenciada em razão de o autuado ter usado arma de fogo, agido em concurso de pessoas e praticado o fato contra policiais militares.** (grifei)

Assim, para os fundamentos da conversão foram considerados o uso da arma de fogo, a pluralidade de pessoas (concurso) e ter sido o fato praticado contra policiais militares, tudo a demonstrar a periculosidade dos pacientes.

Importa, então, registrar, que também em primeira instância o fundamento da prisão foi a “periculosidade” dos indivíduos e o fato de o autuado “ter” usado arma de fogo, ou seja, que a periculosidade, foi considerada pelo magistrado a partir de um comportamento que lhe foi atribuído pela polícia.

### **3.1.2 O fundamento da decisão unânime: “não se trata de periculosidade em abstrato”**

O desembargador relator inicia o desenvolvimento do seu posicionamento afirmando claramente que quanto à falta de motivo idôneo ao decreto de prisão cautelar, trazido pela defesa, “desde já vejo que não lhe assiste razão”.

Numa inversão entre a explicação do caso, o desenvolvimento do argumento e a conclusão, opta o julgador por deixar evidente sua conclusão desde o início, para, então, explicar os motivos.

Segundo o desembargador, “percebe-se que o magistrado se deteve, exaustivamente acerca do modus operandi empregado pelo acusado quando da ação delitiva, o que foi suficiente para caracterizar a necessidade da medida extrema”. E arremata: **“é evidente que não se trata de periculosidade em abstrato do acusado”**. (grifei)

Talvez para distanciar-se do conceito de periculosidade da criminologia

positivista - já explorado no capítulo primeiro - não obstante algumas linhas depois consigne que: “**pessoas como o paciente, supostamente voltadas para o crime**, em liberdade, **constituem perigo constante ao meio social**”, o que me faz crer que o desembargador acredita que o paciente tem personalidade voltada para a prática de crimes, posto que não fosse assim não falaria em perigo constante.

Em socorro do próprio argumento repete a narrativa fática constante do auto de prisão de flagrante, antes utilizado na conversão do flagrante em preventiva, segundo a qual os pacientes teriam recebido policiais “com balas” e que foram encontrados na posse de duas armas de fogo.

Cita, ainda, dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça em que o argumento da garantia da ordem pública em face da periculosidade do agente também foi utilizado.

Aliás, citações de ementas de acórdãos dos tribunais superiores, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, são uma constante nas decisões proferidas pela câmara criminal.

Além disso, comum a todas as decisões denegatórias o recurso da transcrição de pareceres dos Procuradores de Justiça, membros do Ministério Público, que em tese atuam na condição de fiscal da lei, e que são usados como reforço ao argumento da necessidade de prisão.

Na decisão em tela, os desembargadores reconheceram, ainda, a existência de condições pessoais favoráveis aos pacientes, mas afirmam que “por si só, não é capaz de afastar a prisão cautelar”.

E, ao fim, rejeitou também a possibilidade de prisão domiciliar ao argumento de que não estava provado que o paciente estava, apesar do seu estado de saúde, desassistido no âmbito do sistema penitenciário, condição indispensável para o “benefício”.

Assim, temos uma decisão típica, representativa das demais em que muito pouco se declara, mas que cremos, à luz do referencial teórico da criminologia crítica, muito pode ser revelado.

### **3.1.3. Análise do conteúdo da decisão**

Consoante dito, a decisão a ser analisada negou ordem de habeas corpus e, por

consequente, decretou novamente a prisão cautelar com arrimo no mesmo fundamento que a decisão anterior: a garantia da ordem pública diante da periculosidade do indivíduo, a qual poderia ser inferida da conduta que lhe foi atribuída pela autoridade policial.

Destaque-se por toda a decisão não há menção à Constituição Federal, especialmente ao princípio constitucional da presunção de inocência, não obstante o magistrado afirmar a existência de circunstâncias pessoais favoráveis ao preso, como a primariedade.

E, ao invés de enfrentar o conflito entre as “circunstâncias pessoais favoráveis”, o referido princípio e a prisão que já mantinha desde o início do voto, o desembargador lança mão de um argumento de autoridade como suporte: uma simples ementa de um acórdão do Superior Tribunal de Justiça, o qual diz que “eventuais condições pessoais favoráveis [...] por si sós, não obstam a segregação cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção”.

Logo, para o desembargador, o motivo de as circunstâncias pessoais favoráveis não ilidirem a possibilidade de prisão cautelar reside em o Superior Tribunal de Justiça ter dito o mesmo, ainda que não explore as razões, inclusive fáticas, que levaram os ministros da corte superior a firmar posição neste sentido.

O magistrado chega a afirmar que a prisão é exceção, quando diz que “diante da mudança na legislação processual penal, ocasião em que a prisão passou a ser exceção(...)”, mas ignora o texto constitucional, não se preocupa em interpretá-lo e não declara por que a exceção deve afastar a regra de liberdade.

Como ressaltei no capítulo segundo, a Constituição Federal, e não a lei processual penal, estabeleceu que a prisão deveria ser medida excepcional, ao passo que alteração introduzida na lei processual pela lei 12.403/2011 apenas reforçou a necessidade do uso de medidas cautelares diversas da prisão, como a monitoração eletrônica, proibição de frequentar certos lugares, dentre outras.

A visão que o magistrado apresenta sobre prisão cautelar, apesar de em momento algum esforçar-se por explicar o que é este instituto, seus requisitos e finalidade, é a de que esta se destina a neutralizar um indivíduo, visto que não se pode preservar a ordem pública sem o “acautelamento” de alguém que entende ser perigoso.

Registre-se, inclusive, que há, no voto, uma confusão entre requisito e finalidade:

Dessa feita, venço-me de que não só o decreto de prisão mostrou-se devidamente fundamentado, como também **estão presentes os requisitos da custódia cautelar**. No particular, vale consignar que **a necessidade de garantia de ordem pública é patente**. (grifei)

Ora, se a garantia de ordem pública é a finalidade da prisão cautelar, sua razão de existir e sua justificação, qual é ou quais são os requisitos que devem estar presentes? No voto, diz-se que os requisitos estão presentes, mas não se afirma quais são eles.

No caso, a percepção dos magistrados da câmara criminal de que o preso é perigoso, calcada na conduta atribuída a ele pela autoridade policial é o suficiente para o decreto de prisão, uma vez que consigna: **“pessoas como o paciente, supostamente voltadas para o crime, em liberdade, constituem perigo constante ao meio social”**. (grifei).

O que a decisão não declara, todavia, é no que consiste ser perigoso ou que faz alguém ser perigoso e porque as informações trazidas num procedimento investigatório como o é o flagrante, sem acusação formal pelos órgãos do Ministério Público e antes de conferida ampla defesa e contraditório, são suficientes para a conclusão desta “periculosidade”.

O texto só deixa claro que o tratamento a ser dado ao “perigoso” é a prisão antecipada e por todo curso do processo.

Aliás, chama a atenção na decisão o uso de frases em que, apesar da construção semântica voltada a dar margem a dúvida, - tais como **“o que denota que o crime, ao menos em tese, era uma constante em sua vida”** e **“supostamente voltadas ao crime”** -, o magistrado não consegue disfarçar um juízo de reprovabilidade prévio, assemelhando sua decisão cautelar à verdadeira sentença condenatória, reforçando as palavras de Zaffaroni (2011, p.71), o qual afirma que existe uma notória resistência dos tribunais em absolver indivíduos que foram encarcerados preventivamente, fazendo-o apenas em situações de arbitrariedade incontestável.

Ora, como esperar que um magistrado que ainda na fase de investigação declara o perigo que o indivíduo representa, o absolva ao fim da instrução? No mesmo sentido, Gustavo Vitale (2007, p.68):

Por outro lado, só a apresentação do acusado preso em juízo gera um efetivo risco de má predisposição do julgador, que pode ver-se inclinado a considerá-lo culpado antes de sentenciar. A situação se

agrava, também, porque o julgamento de uma pessoa que esteve encarcerada durante todo o processo (e que apresenta-se presa para o debate oral) produz um sério perigo de orientar os juízes a condenar, ainda que seja apenas para legitimar o encarceramento que o fez cumprir anteriormente (advirta-se, em tal sentido, a quantidade de condenações existentes em que se deu por cumprida a pena ante o tempo de prisão sofrida no curso do processo. (tradução livre)<sup>58</sup>

O magistrado, em seu voto, também não o faz e sequer cita uma fonte que seja na qual tenha haurido sentido para a expressão “periculosidade”; simplesmente a usa.

Zaffaroni (2013, p. 42) afirma que o primeiro registro conhecido do uso da expressão “classe perigosa”, no sentido de grupo de indivíduos que por seus vícios, ignorância e miséria moral deveria ser melhorada, data de 1840, quando a Academia de Ciências Morais da França lançou concurso para investigar os quem são os indivíduos que compõem essa parte da população.

No referido artigo, o criminólogo argentino analisa a obra de H. A. Frégier, vencedor do indigitado concurso e chefe de polícia em Paris, com a finalidade de mostrar que antes mesmo do discurso médico positivista ter se apropriado do saber criminológico já havia um discurso de legitimação da oposição entre uma sociedade sadia, observadora da lei, por conseguinte, e uma minoria que por seus vícios era “perigosa”.

Essa visão, aliás, de oposição entre a maioria virtuosa e a minoria deturpada, calcada em elementos de comportamento e moral, antecede em muito a obra de Frégier, consoante refere Umberto Eco (2011 p. 13), citando Cícero e sua obra *Catilinárias*:

Indivíduos que acampam nos banquetes, que estão agarrados a mulheres desavergonhadas, que amolecem pelo vinho, empanturrados de comida, coroados de grinaldas, besuntados de unguentos, debilitados pela copulação, vomitam nas palavras que é preciso massacrar os cidadãos honestos (...) Estes ‘meninos’ tão graciosos e delicados aprenderam não apenas a amar e ser amados, a dançar e a cantar, mas também a brandir punhais e a administrar venenos.

O filósofo italiano percorre neste pequeno artigo os motivos pelos quais se

---

<sup>58</sup> Por otro lado, la sola presentación del imputado preso en el juicio genera un efectivo riesgo de mala predisposición del juzgador, que puede verse inclinado a considerarlo culpable antes de sentenciar. La situación se agrava, también, porque el juzgamiento de una persona que ha sido encarcelada durante el proceso (y que concurre presa al debate oral) produce el serio peligro de orientar a los jueces a condenar aunque más no sea para legitimar el encarcelamiento que ya se le hizo cumplir con anterioridad (advírtase, en tal sentido, la cantidad de condenas existentes en las que se dio por cumplida la pena carcelaria con el tiempo de prisión sufrido durante el proceso).

tem construído “inimigos” ao logo da história e como se dá o processo de construção e afirma:

Ter um inimigo é importante, não apenas para definir nossa identidade, mas também para arranjarmos um obstáculo em relação ao qual seja medido o nosso sistema de valores, e para mostrar, no afrontá-lo, o nosso valor. Portanto, quando o inimigo não existe, há que construí-lo. (ECO, 2011, p. 12)

No seu percurso, Umberto Eco ressalta a “diferença” como expressão mais importante da definição de um inimigo, mas assevera que “não apenas aquele que está fora e que exhibe sua estranheza de longe, mas aquele que está dentro, entre nós” (2011, p. 14), e não se amolda a determinadas normas, pode vir a ser inimigo.

Indivíduos que se comportam segundo costumes que não são os “nossos” costumes; “alguém diferente, por excelência” (2011, p. 13) e, por isso mesmo, ameaçador.

Não diferentes porque ameaçadores, mas ameaçadores porque diferentes, visto que “como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos” (ZAFFARONI, 2007 p. 22)

Plínio não encontra pontos de acusação significativos para os cristãos, visto que tem de admitir que estes não se dedicam a cometer crimes, mas apenas a fazer acções virtuosas. Todavia, manda-os matar, porque não sacrificam ao imperador, e esta obstinação em recusar uma coisa tão óbvia e natural estabelece a sua diferença (ECO, 2011, p. 14)

Eufemisticamente tratados como “estranhos” ou, declaradamente, de “inimigos” ou “perigosos”, “insubordinados” ou “indisciplinados”, chamados por quaisquer desses nomes, trata-se de conceito que “de cara limpa ou com mil máscaras”, atravessa a história ocidental para servir de legitimação para a negação de direitos, a neutralização e até, em casos extremos, a eliminação de pessoas.

Não à toa que tanto Zaffaroni como Muñoz Conde e outros, em obras distintas, buscam demonstrar que está aí a raiz do tratamento diferenciado entre pessoas portadoras de direitos e outras sem quaisquer direitos, pois, afinal, se não houver o que os diferencie não há como tratá-los diferente:

Com efeito, os perigosos ou inimigos foram parasitas para os soviéticos, subumanos para os nazistas e inimigos do Estado para os fascistas, todos submetidos a um sistema penal paralelo, composto por tribunais especiais inquisitoriais/policiais. É claro que, na realidade, os nazistas foram mais cruéis (...) porém isso não exclui outras atrocidades nem impede que, no fundo, houvesse uma base ideológica comum no campo penal, que era o

perigosismo médico/policial proveniente do século XIX.  
(ZAFFARONI, 2007, p. 54)

Esse discurso, que se tornou hegemônico a partir de meados do século XIX e ainda hoje sobrevive, acentua as causas da criminalidade na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo, como explicitarei no capítulo primeiro.

Segundo o criminólogo argentino, a corporação policial necessitou do discurso médico por não ter obtido êxito em elaborar um próprio, em que pese tê-lo tentado. (ZAFFARONI, 2007, p. 41)

O emprego da expressão “periculosidade”, num contexto de denotação da personalidade defeituosa e predisposta à criminalidade, é de responsabilidade de Garofalo, que junto a Lombroso e Ferri foram os mais destacados pensadores da criminologia positivista ou etiológica, sobre a qual já discorreremos na capítulo inicial.

A ideia deriva da palavra italiana *temibilità* e é entendida como a “perversidade constante e ativa do delinquente, e a quantidade do mal previsto que se deve temer do mesmo delinquente” (GAROFALO, 1916, p. 97).

A atribuição de periculosidade, que substitui a responsabilidade moral (livre-arbítrio) dos clássicos (BARATTA, 2011, p.39), corresponde às cinco categorias antropológicas de criminosos (que os positivistas chamam delinquente): o nato, o louco, o habitual, o ocasional e o passional.

Em que pese essas múltiplas classificações, é a partir dessa noção de *indivíduo irrecuperável, incorrigível e reincidente* que se cria a noção de periculosidade, a qual está atrelada a negação de direitos a transgressores das normas sociais, não apenas pela ameaça que representam, mas principalmente pela ausência de perspectivas quanto a sua recuperação.

O direito penal que se fundamenta na Escola Positiva não considera tanto o delito e ação delitiva, tomada abstratamente, mas sim o autor do delito, cujas condições pessoais determinam sua condição de criminoso.

A constatação de que determinados indivíduos são incapazes de conviver em sociedade, já tendo dado mostras disso com o cometimento de um crime, faz recair sobre eles toda sorte de intervenção pelo aparato estatal com vistas a neutralizá-los ou curá-los e, em casos extremos, eliminá-los.

Para o positivismo criminológico, o inimigo ou estranho não era alguém

assinalado pelo poder, mas sim pela natureza, pretendendo deste modo a natureza ôntica do inimigo (ZAFFARONI, 2011, p. 93)

O juiz, pois, deveria avaliar o “potencial ofensivo” ou o “grau de periculosidade” em cada indivíduo.

Dessa forma:

Se o criminoso se demonstra muito pouco perigoso para o futuro, a lei deve admitir o perdão, que é uma forma jurídica de condenação, em razão de atribuir ao acusado a consumação do crime, em virtude de o poder obrigar a reparação do dano. (FERRI, 1928, p. 121)

No outro extremo, para os delinquentes muito perigosos, a lei deve autorizar e o juiz determinar o sequestro por tempo indeterminado, “que para os incorrigíveis e incuráveis pode equivaler ao sequestro perpétuo” (FERRI, 1928, p. 121), ou seja, a prisão perpétua.

A partir dessas premissas teóricos como Van Lizst e Carl Stoos engendraram um sistema de imposição de sanções que permitiu a imposição da pena como retribuição para a prática de um crime para os “ocasionais”, e de uma “medida de segurança” para os “incorrigíveis”, ou seja, aqueles que pela “periculosidade” deveriam ser “contidos”, “tratados”, enquanto portadores dos sinais que indicavam sua condição, o que em alguns casos significava todo o sempre.

Vários ordenamentos jurídicos, inclusive da periferia, como o Brasil, acolheram esse sistema consagrado como duplo binário em suas legislações, como faremos referência mais adiante.

O esquema positivista de definição do criminoso pretendia um caráter científico, mas não fugia dos mitos e preconceitos que sempre permearam a nomeação do inimigo, do estranho ou do perigoso.

Lombroso chegou a afirmar que os ciganos cheiram mal porque se alimentam de cadáveres em decomposição (Apud ECO, 2011, p. 17).

Essa caracterização do “inimigo” a partir de descrições físicas, citada no capítulo inicial é muito similar a outras citadas por Eco (2011, p.16) , na obra já referida, como, por exemplo, a dos judeus:

Em geral, tem o rosto lívido, o nariz adunco, os olhos encovados, o queixo saliente e os músculos constritores da boca fortemente pronunciados. (...) Além disso, os hebreus estão sujeitos a doenças que indicam corrupção de sangue (...).

A impropriedade das conclusões formuladas pelos positivistas, mas principalmente as tragédias provocadas por regimes totalitários que se legitimaram em torno desse saber<sup>59</sup>, seriam suficientes para que fossem referências históricas; no entanto, sua sobrevivência, ainda que sob discurso velado, é nítida.

A preocupação do magistrado no voto que estamos analisando, em não ser confundido com o pensamento positivista é muito claro quando afirma: “**é evidente que não se trata de periculosidade em abstrato do acusado**”. (grifei)

São vários os julgados em que esta mesma assertiva é feita, como por exemplo no habeas corpus número 582:

**É evidente que não se trata da periculosidade em abstrato do paciente**, mas de dados concretos colhidos no processo. As interceptações telefônicas, ao menos em tese, demonstram estabilidade e permanência do bando criminoso, o que gera a necessidade de garantir a ordem pública. (grifei)

Ou seja, ele não quer afirmar que o preso é perigoso em virtude de um dado biológico ou psicológico, o que não significa, entretanto, que sua noção de periculosidade esteja afastada dos mitos e preconceitos que permeiam qualquer definição de periculosidade, uma vez que não há uma definição de periculosidade que não seja aquela (discutível) referida aos inimputáveis.

Zaffaroni (2011, p. 110), referindo-se a realidade de decisões como a que estamos analisando, própria do peculiar sistema de contenção cautelar latino-americano, sustenta que:

Essa periculosidade, própria do sistema penal cautelar, não se enquadra na velha classificação positivista, posto que não é pré-delitual (porque suspeita-se da comissão de um delito) nem pós-delitual (porque a periculosidade não pode ser avaliada até que o delito tenha sido comprovado), configurando-se antes como uma terceira categoria alheias às duas tradicionais do positivismo, que é a **periculosidade da suspeita**” (ZAFFARONI, 2011, p. 110) (grifei)

Supõe-se que o enquadramento de uma ação em um tipo penal específico, notadamente o roubo majorado pelo uso de arma de fogo, o tráfico de entorpecentes e o homicídio, é suficiente para conferir uma identidade a todos os indivíduos que

---

<sup>59</sup> Muñoz Conde, citando Giorgio Agamben, diz que umas das características dos regimes nazi-fascista foi a separação entre o homem como simples ‘vida nua’, coisa viva sem direito, e um homem como cidadão, ser político e titular de direitos. A distinção se baseava em critérios biológicos, de raça e herança genética

cometem ações enquadráveis nestes tipos penais, ainda que, como nos casos dos *habeas corpus*, trate-se de indivíduos sem culpa formada.

Para uma tal conclusão, não apenas se deve supor a homogeneidade entre todos os “criminosos”, como se deve ainda supor que essa pretensa homogeneidade seja fruto de uma intrínseca personalidade voltada para o crime.

São diversas as decisões da câmara criminal que fazem uso de justificativas amparadas no diagnóstico leigo (senso comum) da personalidade do acusado de um crime. Essa personalidade é concebida como “marcadamente perigosa”, aludindo a uma escala de perigo que não encontra qualquer arrimo científico.

Por exemplo, os seguintes enxertos de decisões distintas:

Assim, vê-se que trata-se de uma complexa rede e que ultrapassa a mera eventualidade criminosa, de onde se denota **uma periculosidade incomum**”. (HC 71) (grifei)

A conduta narrada, consistente em praticar assalto, junto com outra pessoa, disparando arma de fogo contra a vítima, revela ousadia e **periculosidade intolerável**, que gera sentimento de insegurança, demandando, por isso, a imposição da prisão preventiva para preservar a ordem pública. (HC 104) (grifei)

A conduta que lhes é imputada, consistente em praticar assalto a mão armada e subtrair uma motocicleta, na porta da residência da vítima, **revela comportamento nocivo e perigoso**, sendo necessária a imposição da prisão preventiva, como garantia da ordem pública, uma vez que a liberdade dos pacientes geraria sentimento de insegurança. (HC 194) (grifei)

Em outros acórdãos se faz referência à “personalidade defeituosa”, em contraste com a pueril ideia de existência de uma personalidade perfeita, boa, que seria aquela da maioria em oposição à minoria desviante, como se a formação da personalidade fosse um processo linear e padrão.

São exemplos as afirmações que retiramos de diferentes decisões:

utiliza-se de um *modus operandi* típico de pessoas que dedicam seu tempo à atividade criminosa, situação esta que, a princípio, **demonstra frieza e agressividade, características reveladoras de uma periculosidade acentuada** e justificadora, portanto, do afastamento cautelar do indivíduo do convívio em sociedade. (HC 582) (grifei)

A **evidência da periculosidade** da agente, pautada na **premeditação e frieza** na prática do ato delitivo. (HC 712) (grifei)

Como se nota, o paciente não apenas descumpriu a condição que lhe foi imposta, mas também demonstrou **temperamento explosivo e comportamento distorcido, impulsivo e violento**. (HC 837) (grifei)

Interessante que em pelo menos quatro ocasiões (HC's 82, 389, 400 e 423), os desembargadores da câmara criminal, no período compreendido pela pesquisa, tiveram a oportunidade de analisar *habeas corpus* envolvendo pedidos de revogação de prisões de ex-prefeitos e secretários municipais acusados pelo Ministério Público pelos crimes de peculato e fraude à licitação. As condutas descritas como peculato ou fraude à licitação em momento algum dos julgamentos são tratadas sob o prisma da existência ou não de periculosidade dos agentes, mas sim sobre a possibilidade ou não destes interferirem na marcha processual.

Em um outro julgamento de concessão de ordem, ocorrido no *habeas corpus* 283, o desembargador relator, no que foi seguido pelos demais, afirmou que “não consigo vislumbrar o risco proveniente da liberdade do paciente (*periculum libertatis*) amparado na garantia da ordem pública, ante a ausência de demonstração concreta da periculosidade do agente”, que foi preso em flagrante com uma quantia “razoável em dinheiro, além de armas, munições e bombinhas de fogos de artifício”, tudo para realizar roubos a bancos.

Difícil compreender os motivos pelos quais essa conduta não é perigosa, ao passo que a conduta descrita na decisão sob análise o é, posto que ambas referem-se ao crime de roubo. Ou seja, os magistrados simplesmente afirmam em cada caso, ainda que em casos similares, se uma conduta atribuída é ou não reveladora de periculosidade, ao passo que sequer cogitam disso quando está sob julgamento condutas como peculato, fraude à licitação, o que reforça o entendimento de julgamento a partir de estereótipos e numa dinâmica de seletividade.

Ao analisar a incidência de estereótipos, preconceitos e das chamadas “teorias de todos os dias” (senso comum) na aplicação da lei na jurisprudência, Baratta (2011, p. 177) afirma que:

[...] o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz é desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população. Isto não só pela ação exercida por estereótipos e preconceitos, mas também pela exercida por uma série das chamadas ‘teoria de todos os dias’, que o juiz tende a aplicar na reconstrução da verdade judicial.

O mesmo autor chama a atenção, ainda, para o fato de que só metade da sociedade, as camadas altas e médias, extrai do seu seio os magistrados que julgarão a outra metade, o que, decerto, caso mirasse apenas o Brasil, apresentaria proporção

bastante diversa, posto que as camadas médias e altas no país são bastante inferiores à metade.

E arremata:

Pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa) quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado) e, pois, à individualização e à mensuração da pena destes pontos de vista. (BARATTA, 2011, p. 177)

Em uma entrevista dada quase vinte anos depois do início dos estudos a que se refere, Baratta (2014, p. 411) insiste:

(...) é forte a mistificação implícita naquelas teorias que, tratando de dar uma explicação para o comportamento de infração às leis penais, insistem sobre a maior possibilidade ou a maior disposição que tem as camadas mais baixas de uma sociedade de cometer crimes. (tradução livre)<sup>60</sup>

Robert Merton (teoria funcionalista da anomia), por exemplo, interpreta o crime como um produto da estrutura social, explicando-o da seguinte maneira: num determinado estágio do desenvolvimento da sociedade, propõe-se ao indivíduo determinadas metas de bem-estar e felicidade (atualmente bens de consumo), ao tempo em que determinan-se os meios legítimos para o alcance das referidas metas. No entanto, os diversos graus de acesso aos meios legítimos de alcance dessas metas está condicionado pela posição que o indivíduo ocupa na estrutura social. (Apud BARATTA, 2011, p. 63)

Segundo Merton, a origem de comportamentos denominados criminosos estaria na desproporção existente entre os fins culturalmente reconhecidos como válidos, tais como bem estar, sucesso profissional, prosperidade econômica e os meios legítimos postos à disposição do indivíduo para alcança-los.

Assim, numa sociedade em que “o desejo do desejo não é a satisfação, mas o desejo do desejo é o desejo” (SAARINEN *Apud* BAUMANN, p. ), em que o estímulo aos bens de consumo não encontra limites e a satisfação, portanto, nunca chega,

---

<sup>60</sup> (...) es fuerte la mistificación implícita en aquellas teorias que, tratando de dar una explicación de la actitud a la infracción de las leyes penales, insisten sobre la mayor oportunidad o la mayor disposición que tienen las capas más bajas de una sociedade a realizar delitos.

condutas como a de subtrair coisa alheia móvel (no caso brasileiro, furto) seria cometida com mais probabilidade por pobres do que por membros da classe média e alta.

Tanto para a maior como para a menor possibilidade de tornar-se criminoso, como para atingir os graus mais elevados da ‘pirâmide de instrução’, não são decisivas as características biológicas dos indivíduos, mas sim a pertinência a um ou outro setor da sociedade. (BARATTA, 2011, p. 65)

/Por outro lado, é necessário considerar quem define culturalmente as “metas” e se esses não são justamente os que detém maiores possibilidades de acesso aos meios de conquista das metas, ou seja, se as condutas definidas como criminosas não são efetivamente criadas com destinatário certo, sem que isso implique dizer que a pobreza seja a causa da conduta criminosa.

Além disso, tal teoria não explica as razões, então, da existência de pessoas com maior poder econômico que tem acesso aos meios legítimos de realizar seus desejos de consumo e bem estar e que são responsáveis por crimes de corrupção ou ligados a corrupção (peculato, lavagem de dinheiro, evasão de divisas etc)<sup>61</sup>. Parece claro que o elemento objetivo de inexistência de acesso aos meios legítimos para obtenção dos fins culturais não se aplica a esses casos, acentuando, Merton, nessas situações um outro elemento: a ausência de interiorização das normas) (BARATTA, 2011, p. 67)

Ao que nos parece, contudo, as decisões proferidas no âmbito da câmara criminal e de que emerge como exemplo a que analisamos, sustenta-se no senso comum, certamente forjada por preconceitos e mistificações vinculados à ideologia da defesa social, em que pese, isto não seja declarado.

A realidade é que não temos um “inimigo”<sup>62</sup> ou um “indesejado” reconhecível

---

<sup>61</sup> Note-se aqui a radical diferença de posição entre a criminologia crítica, já acentuada no capítulo primeiro, e as teorias liberais a que se refere Baratta: a vulnerabilidade social implica, sim, na maior possibilidade de ser selecionado para fazer parte da “população criminoso”, não por ser a causa da criminalidade, mas ser a base sobre a qual o status de criminoso é atribuído.

<sup>62</sup> Nas palavras de Zaffaroni, “como carece de inimigo fixo e também de mito, é desbotado, não tem o colorido do entreguerras nem a inventividade do biologismo racista. Seu histrionismo é bem mais patético, sua pobreza criativa é formidável, é órfão de todo e qualquer brilho perverso; antes, possui uma horrível e deprimente opacidade perversa. Não há monumentos neoclássicos, cientistas racionalizando, paradas ostentatórias; ele é pobre, funciona porque é pouco inteligente, é elementar, não pensa e promove uma greve de pensamento ou um pensamento nulo, porque explodiria ao menor sopro de pensamento. O exercício do poder punitivo tornou-se tão irracional que não tolera sequer um discurso acadêmico rasteiro, ou seja, ele não tem discurso, pois se reduz a uma mera publicidade. (2011, p. 77)

aprioristicamente, sendo possível e muito provável como mostram os números de *habeas corpus* denegados, que qualquer pessoa venha a ser considerado como tal, mormente se acusadas de crimes contra a vida, ao patrimônio e ao tráfico de entorpecentes.

Essas medidas de contenção são aplicadas automaticamente a todos aqueles suspeitos de serem infratores e só se lhes faz cumprir um resto de pena formal nos poucos casos e que uma sentença firme pronunciada depois de anos verifica que se trata efetivamente de um infrator e que, além disso, a pena excede o tempo que a medida durou. (ZAFFARONI, 2011, p. 164)

Constitui, ademais, um ato de poder de quem entende ter a prerrogativa de definir quem é perigoso e de tratá-lo como tal.

Não deixa de ser interessante notar que, nem o Código de Processo Penal em vigor, que disciplina a prisão cautelar, nem o Código Penal em vigor, que disciplina as penas, definem o que vem a ser periculosidade ou indivíduo perigoso.

Na Espanha, por exemplo, a Lei 16/1970, sobre Periculosidade e Reabilitação Social, permitia a privação de liberdade de certos indivíduos, independentemente de prática de um crime - mas sempre em função de um *status* revelador da possibilidade da prática de delitos - através de medidas de segurança e reabilitação social, considerada a “periculosidade social”, a exemplo dos “vadios, ébrios habituais, consumidores de drogas, prostitutas, reincidentes e alguns outros”. (BANACLOCHE PALAO, 1996, p. 464)

Apenas em 1995, com a edição de um novo código penal espanhol, a lei referida foi revogada, pondo fim às discussões sobre sua aplicabilidade da mesma frente à nova ordem constitucional.

No caso brasileiro, a exposição de motivos n. 5, do Código Penal de 1940, anterior ao atual, portanto, afirmava que:

É notório que as medidas puramente repressivas e propriamente penais se revelaram insuficientes na luta contra a criminalidade, em particular contra suas formas habituais. Ao lado disto existe a criminalidade dos doentes mentais perigosos. Estes, isentos de pena, não eram submetidos a nenhuma medida de segurança ou custódia senão nos casos de imediata periculosidade. Para corrigir a anomalia foram instituídas, ao lado das penas, que tem finalidade repressiva e intimidante, as medidas de segurança. Estas, embora aplicáveis em regra *post delictum*, são essencialmente preventivas, destinadas à segregação, vigilância, reeducação e tratamento dos indivíduos perigosos, ainda que moralmente irresponsáveis.

Na exposição de motivos n. 24, do mesmo diploma legal, lemos:

(...) o juiz, ao fixar a pena, não deve ter em conta somente o fato

criminoso e suas circunstâncias objetivas e consequências, mas também o delinquente, a sua personalidade, seus antecedentes, a intensidade do dolo ou grau de culpa e os motivos determinantes. O réu terá de ser apreciado através de todos os fatores, endógenos e exógenos, de sua individualidade moral e da maior ou menor desatenção à disciplina social. Ao juiz incumbirá investigar, tanto quanto possível, os elementos que possam contribuir com o exato conhecimento do caráter ou índole do réu – o que importa dizer que serão pesquisados o seu curriculum vitae, as suas condições de vida individual, familiar e social, a sua conduta contemporânea ou subsequente ao crime, a sua maior ou menor periculosidade (probabilidade de vir ou tornar o agente a praticar um crime). Esta, em certos casos, é presumida pela lei, para o efeito da aplicação obrigatória de medida de segurança; mas, fora desses casos, fica ao prudente arbítrio do juiz o seu reconhecimento.

A lei, como transcrito no texto acima, presumia a periculosidade nas seguintes situações (art. 78): a) os que por força de lei eram isentos de pena (art.22); b) os referidos no parágrafo único do art. 22; c) os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez; d) os reincidentes em crime doloso; e) os que fossem condenados por crime de associação para o crime, quadrilha ou bando.

A revisão da parte geral do Código Penal em 1984 acabou com o sistema do duplo binário, reservando a presunção de periculosidade e a medida de segurança aos inimputáveis, nos termos do art. 26 da legislação em vigor.

Consoante a exposição de motivos da nova parte geral de 1984, “a medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade – pena; periculosidade – medida de segurança’.

As medidas de segurança, consoante nossa legislação atual, já o dissemos, reservada aos inimputáveis, podem ser o tratamento ambulatorial e, em sua forma mais severa, a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Em que pese a opinião de alguns<sup>63</sup> no sentido de que não constitui pena, entendemos que a medida de segurança se diferencia da pena, apenas em seu aspecto negativo: ausência de prazo máximo e gritante desproporção entre a sanção e a lesão jurídica causada.

Ferrajoli (2011, p. 778) corrobora isso ao afirmar que as medidas de

---

<sup>63</sup> Ver a discussão em: SOUTO, Ronya Soares de Brito. Medidas de segurança: da criminalização da doença aos limites do poder de punir. In CARVALHO, Salo. Crítica à Execução Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

segurança<sup>64</sup> se diferenciam das penas porque o pressuposto daquela, “não é, ou é somente, ou nem sempre é, a comissão de um crime, mas a qualificação de uma pessoa como socialmente perigosa” por ser provável que cometa qualquer delito no futuro.

Uma vez considerado inimputável e, por conseguinte, criminoso, o indivíduo é submetido a intervenção do estado e, em alguns casos, jamais tornará ao convívio social.

No Reino Unido, desde o ano de 2005 foi instituído o *Imprisonment Public Protection (IPP)*, através de lei, e que consiste num aprisionamento para a proteção da sociedade, por tempo indeterminado, diante da constatação de periculosidade do preso, assemelhando-se muito a anterior medida de segurança para imputáveis (RAMSAY, 2014, p. 130). Após o cumprimento da pena imposta na sentença, o indivíduo não será libertado, enquanto o conselho de liberdade condicional estiver convencido da necessidade do aprisionamento.

Neste sentido,

(...) uma sentença de prisão perpétua ou uma sentença de aprisionamento para proteção pública podem ser impostas quando um criminoso que é julgado por apresentar um risco significativo de graves danos, já tenha sido condenado por um delito que acarreta pena máxima de 10 anos ou mais. (...) No caso de a sentença máxima ser menor que a perpétua ou quando a corte não considerar o delito ‘sério o suficiente para justificar a prisão perpétua, uma IPP deve ser imposta. No entanto, uma sentença de IPP deve somente ser imposta se, no momento em que o delito foi cometido, o criminoso já tiver sido condenado por um delito de uma série especificada de infrações graves. (RAMSAY, 2014, p. 132)

Apesar de as medidas de segurança não serem nosso objeto de estudo, não podemos deixar de ver nítida semelhança entre este instituto e o atual panorama das decisões sobre prisões cautelares, como a que estamos a analisar.

É muito nítido, desde o nosso ponto de vista, que a prisão cautelar tal e qual como determinada no âmbito da câmara criminal do tribunal alagoano é a expressão daquilo que Nilo Batista (2007, p. 138) denominou “embuste das etiquetas”, posto que nada mais é, a prisão cautelar fundamentada na periculosidade, do que uma nova roupagem do duplo binário, revogado legalmente, mas presente na prática, como se

---

<sup>64</sup> Segundo Ferrajoli (2011, p. 778), a introdução das medidas de segurança nos diversos ordenamentos jurídicos da Europa e América Latina ou, ao menos, a sua legitimação ideológica, se deu pela escola positiva que, como já vimos no primeiro capítulo, substituiu a responsabilidade pessoal pela periculosidade e considerou o delito como um ‘sintoma’ de patologia que deveria ser tratada.

fora um cadáver insepulto.

A tentativa da reforma de 1984 de associar “culpabilidade – pena” e “periculosidade – medida de segurança”, ao que parece, não foi bem digerida na prática.

Carlos Ayres Britto, em voto proferido nos atos do habeas corpus 111.760/DF, pontuou que:

(...) no que toca à decretação de prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e circunstâncias, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente. Não propriamente da respectiva culpabilidade. Pelo que o *quantum* da pena está para a culpabilidade do agente assim como o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social quanto a possibilidade de reiteração delitiva”.

A relação feita pelo ministro entre culpabilidade e pena e periculosidade e prisão cautelar é declarada e nos dá uma mostra do que vimos sustentando após percorrermos a decisão sob análise.

O discurso declarado pela reforma de 1984, pela dogmática jurídica, desde então, e pela jurisprudência é a de que a periculosidade restou reservada aos inimputáveis, sob os quais pesa presunção, e que a medida de segurança não mais se aplica aos imputáveis.

A realidade é que a prisão cautelar não só faz as vezes da medida de segurança, como o faz com maior eficácia, uma vez que a aquela dependia de decisão judicial definitiva e esta apenas de uma decisão proferida, na maior parte das vezes, antes mesmo da conclusão da fase de investigação.

A medida de segurança para os imputáveis “perigosos” dependia de fundamentação judicial ou presunção legal, ao passo que a atual presunção de “periculosidade” levada a efeito pelos desembargadores alagoanos é fundada na opinião pessoal sobre condutas atribuídas aos presos por autoridades policiais.

Em que pese a câmara criminal não o declarar, essa mesma relação está presente<sup>65</sup> e, em que pese também, buscar afastar-se do paradigma etiológico da periculosidade, não consegue esconder sua adesão, ainda que, como pontuou Zaffaroni (2011, p. 77), se utilize de um discurso diferente, mais pobre, inclusive, “sem o colorido do entreguerras, nem a inventividade do biologismo racista, sem

---

<sup>65</sup> A exposição de motivos do Código Rocco sobre a definição das medidas de segurança poderia ser encontrada nos julgamentos sobre prisão cautelar, pois aquela era descrita exatamente como esta o é pelos magistrados da câmara criminal alagoana: “medida de prevenção individual da delinquência”.

racionalizações científicas”, mas com a mesma “perversidade” de quem acredita que tem o poder realizar o antigo sonho positivista de medir a periculosidade de alguém.

Ao fim, apesar de referir-se a prisão que mantinham como cautelar, ou seja, uma prisão que teria o escopo de preservar a eficácia de um provimento final, o que a câmara criminal efetivamente busca acautelar, ou seja, garantir, preservar, por meio da prisão preventiva (processual ou provisória), é a sociedade dos bons e da qual fazem eles parte (princípio da legitimidade) contra elementos nocivos que precisam ser neutralizados (princípio do bem e mal), estando alinhados, pois, a antiga mas imorredoura doutrina da defesa social.

### **3.2 A reiteração delitiva como fundamento específico para a manutenção da ordem pública.**

O segundo fundamento mais importante e recorrente, utilizado isolada ou cumulativamente, como motivo para evidenciar a necessidade de preservação da ordem pública e manter a prisão é a chamada possibilidade de “reiteração delitiva”.

A partir da leitura dos acórdãos sobre a possibilidade de “reiteração delitiva” identificamos que este é um juízo de prognose sobre a conduta futura do paciente/preso realizado sob a consideração de dois elementos principais: um primeiro é a existência de inquéritos policiais ou ações penais em desfavor do preso, ainda que não exista decisão condenatória; um segundo é a própria conduta descrita pela autoridade policial, a qual revelaria uma “habitualidade” na prática da conduta/pela qual foi preso, servindo a liberdade como estímulo.

Os seguintes trechos são exemplificativos dos dois elementos principais que embasam o referido juízo de prognose, que acabamos de afirmar:

Como se nota, a prisão do paciente foi mantida sob o fundamento de que ele teria praticado crime de roubo qualificado pela lesão corporal, **além de responder pela prática de outros crimes - o que demonstra reiteração delitiva.**

Dessa forma, **apontados indicativos de que a paciente faz do tráfico de entorpecentes seu meio de vida, estando habituada à prática criminosa**, torna-se necessária a prisão preventiva, como garantia da ordem pública.

Dentre as decisões proferidas, após a leitura dos acórdãos e voto, como era comum a todas, a referência a esse juízo de probabilidade do cometimento de novos

crimes, optamos pela análise da decisão proferida no *habeas corpus* 340, pela sua tipicidade.

### 3.2.1 O objeto do *habeas corpus* e os fundamentos da prisão preventiva

O julgamento que originou a decisão número 340 foi realizado em 04 de dezembro de 2013 e mereceu, como praticamente todas, decisão unânime, após relatório e voto do desembargador Fernando Tourinho.

O *habeas corpus* foi impetrado em razão de decreto de prisão preventiva da lavra do Juízo da Segunda Vara Criminal da Comarca de Maceió, Alagoas.

Segundo consta do relatório, o paciente foi preso pela suposta prática do crime de furto qualificado, não obstante do voto não constar qual o bem móvel subtraído, nem as circunstâncias de tempo ou local, o que nos impede de conhecer qual eram as qualificadoras, dentre as previstas em lei.

A omissão do desembargador em dar a conhecer aos seus pares, através do voto qual a conduta praticada pelo paciente revela-se bastante importante no contexto desta pesquisa, já que constitui um indicativo de que se levou em consideração não o suposto ato praticado, mas o histórico do preso.

A impetração foi realizada pela Defensoria Pública estadual e cingiu-se às alegações de excesso de prazo da prisão, posto que a instrução processual não havia ainda se iniciado, encontrando-se o paciente, então, preso há seis meses; alegou, ainda, a inexistência de motivo que autorizasse o decreto de prisão preventiva, razão pela qual requereu a revogação da decisão do juízo de primeira instância.

O magistrado de primeira instância, instado a prestar informações sobre os motivos que o levaram a converter a prisão em flagrante em preventiva, o fez nos termos seguintes:

É necessária a prisão preventiva do **indiciado, que revela ser figura contumaz na prática delitiva**, já respondeu a outros procedimentos criminais, também por delitos contra o patrimônio, inclusive com duas condenações transitadas em julgado. (grifei)

Assim, o fundamento da conversão do flagrante foi a necessidade de impedir que o paciente continue na “prática delitiva”, ou seja, a reiteração foi elevada a possibilidade de que, diante de um comportamento anterior que lhe foi atribuído, volte a realizar a mesma conduta.

### 3.2.2 O fundamento da decisão unânime: “figura contumaz na prática delitiva”

Consoante dito, a decisão analisada negou ordem de habeas corpus e, por conseguinte, decretou novamente a prisão cautelar com suporte no mesmo fundamento que a decisão de primeira instância: a garantia da ordem pública diante da possibilidade de “reiteração delitiva”, a qual poderia ser inferida da vida pregressa do próprio preso.

O início do voto é bastante interessante, pois, da mesma maneira que na decisão analisada por nós anteriormente e da lavra de outro desembargador, este traz a mesma afirmação sobre a excepcionalidade da prisão, “*sendo a liberdade a regra*”.

E se preocupa, inclusive em afirmar que existem requisitos legais que precisam ser observados para o decreto de custódia cautelar: “demonstração da existência do crime e de indícios suficientes de autoria”, além da “necessária caracterização do efetivo perigo que decorre do estado de liberdade do investigado”, com vistas a proteção da ordem pública.

Ora, a existência do crime não poderia ser demonstrada no momento do flagrante, a não ser que se prescindia de denúncia pelo Ministério Público, o do devido processo legal constitucional e de toda instrução probatória.

A não ser, também, que o flagrante delito goze de presunção de veracidade como parece emergir dos diversos votos, que, como já afirmamos antes, concedem demasiada importância às declarações das autoridades policiais.

Ao iniciar a análise do caso concreto, o desembargador faz uma afirmação muito interessante:

[...] ao analisar o caso concreto, em um primeiro momento, notadamente ao observar o crime a que está sendo imputado ao paciente – furto qualificado – **realmente não se vislumbra, de pronto, a necessidade da medida extrema** aplicada pelo juízo de primeiro grau. (grifei)

Ele só não diz os motivos pelo qual, diante do crime imputado ao paciente, a medida extrema não seria necessária. Acreditamos que o desembargador se referia a algo que só posteriormente fez registrar no voto, qual seja “o crime imputado ao paciente não ser revestido de violência contra a pessoa, não sendo os objetos furtados de grande valor monetário”.

Ademais, a sanção cominada abstratamente ao crime autoriza cumprimento da pena em regime aberto e semiaberto, sendo a prisão cautelar, pois, medida mais rigorosa, por mais estranho que isso possa parecer.

Ocorre que, no entendimento do desembargador,

[...] a medida extrema do acautelamento é indispensável **existindo uma grande probabilidade dele vir a cometer novos delitos** caso seja posto em liberdade. Isto é, **sua vida pregressa revela sua propensão a prática de delitos** da qual o Poder Judiciário não pode fechar os olhos.

Sem qualquer provocação do Ministério Público, ou como consignou o desembargador, “por cautela”, este realizou consulta ao sistema de acompanhamento processual do Tribunal de Justiça e constatou que o paciente respondia a dois processos e havia sido condenado a outros dois, embora no último a punibilidade já estivesse extinta.

Daí porque se viu na contingência de afastar a regra da liberdade e determinar a prisão preventiva.

### 3.2.3 Análise do conteúdo da decisão

Como ninguém - e nem sequer nós mesmos - pode prever o que algum nós fará no futuro, o que justifica a certeza da câmara criminal de que em liberdade o indivíduo praticará novos crimes?

Além disso: existe no ordenamento jurídico brasileiro norma que autorize a neutralização de alguém, ainda que sob a denominação de prisão cautelar, com vistas a impedir que torne a praticar crimes?

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 123),

nada faz presumir ser mais provável que venha praticar um delito de emissão de cheques sem provisão de fundos, quem antes causou um homicídio culposo com o seu veículo, do que aquele que nada fez até então.

Referindo-se ao argumento dos “futuros delitos por parte do imputado, Ferrajoli (2011, p. 775) afirma que além de ser um argumento insusceptível de prova ou refutação, a prisão que lhe é decorrente é irremediavelmente policial e revela caráter de medida de defesa social.

Então, o que justifica a certeza do julgador que utiliza deste argumento em número enorme de julgamentos?

Quando nos voltamos para a lei processual penal, encontramos disposição no art. 313 que autoriza o decreto de prisão preventiva, nos casos de réu reincidente, salvo se já reabilitado, na forma do art. 64, I, Código Penal.

Existem dois institutos previstos na lei penal e que apesar de estarem próximos entre eles, não se confundem e nem podem ser confundidos com “reiteração delitiva”: a reincidência e os maus antecedentes.

A reincidência é uma causa de agravamento, ou seja, de acréscimo à pena-base, oriunda de uma anterior condenação criminal por crime da mesma natureza ou de natureza diversa, também transitada em julgado; os maus antecedentes são aquilo que remanesce da reincidência após o decurso do prazo de cinco anos, quando ocorre a chamada “reabilitação”.

Ambos os institutos levam em consideração, pois, a vida pregressa do indivíduo, ou seja, aquilo que ele fez no passado, como forma de endurecer o tratamento de uma segunda sanção penal.

Registre-se, pois, que a lei processual penal admite a prisão de quem é reincidente e desde que presentes os demais requisitos legais, mas não autoriza a prisão *a priori* de quem tem maus antecedentes.

Por sua vez, conduta social, que também é considerada em lei penal (art.59) como circunstância para definição da pena, tem a ver com os diversos papéis que o indivíduo representa na sociedade, na família e no trabalho, não se confundindo com antecedentes criminais, na medida em que a circunstância de ter praticado um crime não significa que a totalidade das relações sociais ou pessoais sejam comprometidas.

Em resumo, desde o parâmetro legal, podemos dizer que um magistrado teria a possibilidade de decretar a prisão cautelar fundado na reincidência do réu, ou seja, quando este já tenha sido condenado anteriormente por sentença transitado em julgado; e no que toca a fixação de pena através de sentença condenatória, pode aplicar pena mais dura em casos de maus antecedentes ou reincidência.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal é firme a orientação quanto a impropriedade da consideração de flagrantes, inquéritos ou ações penais em curso para a caracterização de antecedentes criminais e de reincidência.

Neste sentido ementa do RHC 123.711/PE, Rel. Min. Dias Toffoli,

Inquéritos policiais e processos em andamento não podem ser valorados negativamente na fixação da pena-base, a título de maus antecedentes, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF).

Ou seja, se um juiz está convencido de que um indivíduo praticou um crime e o condena, não pode levar em consideração para fins de aplicar uma pena, além do mínimo legal, quaisquer acusações diversas a não ser que tenham resultado em anteriores decisões condenatórias transitadas em julgado.

Logo, se não se pode utilizar da vida pregressa do réu, para fins de imposição de uma pena, ainda quando observado o devido processo legal e demais garantias constitucionais e constatada a responsabilidade pelo fato, uma vez que isso implicaria desrespeito ao princípio constitucional de presunção de inocência, o que dizer da utilização da mesma vida pregressa para o encarceramento provisório ou cautelar?

Contraditoriamente, o mesmo Supremo Tribunal autoriza a prisão preventiva sob o argumento da reiteração delitiva com base em ações penais em andamento, consoante ementa do habeas corpus 122.167/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, em que uma paciente já condenada por furto teve negado pedido de trancamento de uma outra ação penal em que era acusada por subtrair a quantia de R\$ 70,00 (setenta reais):

II – Ocorre, contudo, que os autos dão conta da reiteração criminosa. A paciente tem em curso ações penais pelo mesmo fato, consoante certidão às págs. 58-60 do documento eletrônico.

Ao que se pode inferir, reincidência não é a mesma coisa que “reiteração delitiva” e esta, logo, deve ter um outro significado.

Retornando ao *habeas corpus* sob análise, assim como no antecedente sobre a “periculosidade”, nada temos além da afirmação de uma convicção pessoal, aliada ao velho argumento da autoridade denominado precedente jurisprudencial.

O desembargador, convicto de que o futuro repetirá o passado, usa em socorro de sua posição uma ementa de um julgado do Superior Tribunal de Justiça, uma fórmula comum a totalidade das decisões denegatórias da câmara criminal. E poderia ter usado um outro do Supremo Tribunal Federal, consoante demonstrei.

O ordenamento jurídico, assim como não menciona a “periculosidade” (ao menos para os imputáveis), também não traz, especialmente em sua legislação processual, o conceito de “reiteração delitiva”.

O argumento da “reiteração delitiva”, na verdade, esta umbilicalmente ligado à noção de “periculosidade” trabalhada no ponto anterior deste capítulo. Trata-se, apenas, de um rótulo distinto ou aspecto indissociável: quando se fala de reiteração

delitiva se está a especializar a “periculosidade”.

E há muitos exemplos disso nos julgamentos da câmara criminal; e não estamos aqui a nos referir aos casos em que os desembargadores combinam os dois argumentos que colocamos em relevo, mas sim de situações em que apesar de ora falarem em periculosidade ora em reiteração, partem do mesmo pressuposto: a conduta praticada pelo acusado.

No julgamento do *habeas corpus* 125, lemos o seguinte:

O que se apresenta no caso em tela, portanto, são indícios de que **o paciente costuma praticar assaltos utilizando-se da arma** – uma espingarda calibre 12 com numeração raspada e características modificadas – que possui acondicionada dentro de uma mochila vermelha. **Logo, os autos revelam periculosidade do paciente**, a tornar necessária a sua prisão preventiva, como garantia da ordem pública. (grifei)

Por outro lado, do julgamento do *habeas corpus* 210, consta que

Como se nota, o rosário de crimes imputados ao paciente revela **indícios de que ele é habituado com a prática de crimes, de modo que o prognóstico, caso ele seja posto em liberdade, é de alta probabilidade de reiteração criminosa**, o que enseja a manutenção da prisão como garantia da ordem pública. (grifei)

Quem costuma praticar “assaltos utilizando-se de armas” é habitual na prática deste crime e é caracterizado pelo desembargador no referido voto como perigoso, ao passo que no voto seguinte, considerando também que ele é habitual, em vista do “rosário de crimes” praticados, a prisão é decretada diante da “alta probabilidade de reiteração criminosa”.

O próprio Supremo Tribunal Federal costuma trazer as expressões sempre em conjunto, consoante demonstra, a título de exemplo, ementa do *habeas corpus* 123.303, de relatoria da Min. Carmem Lúcia:

Consideradas as circunstâncias do ato praticado e os fundamentos apresentados pelo juízo de origem, mantidos nas instâncias antecedentes, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão parece inadequada na espécie, harmonizando-se a constrição da liberdade do Paciente com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, **assentada em ser a periculosidade do agente evidenciada pelo modus operandi e pelo risco de reiteração delitiva, motivo idôneo para a custódia cautelar**. (grifei)

Um dos mais destacados entusiastas do positivismo criminológico, Franz von Liszt, afirmava que os fins da pena eram intimidação, correção e a neutralização, isto de acordo não com o crime praticado, mas sim com o tipo de criminoso que o magistrado tivesse diante de si.

No caso, a neutralização se dirigia aos chamados “irrecuperáveis”: mendigos, vagabundos, alcoolistas, prostitutas, rufiões, degenerados espirituais e corporais, toda sorte de enfermidades sociais que sinteticamente atendem pela denominação genérica de proletariado, escreveu von Liszt, identificando claramente a criminalidade com as camadas mais vulneráveis da sociedade.

Segundo von Liszt (1994, p. 84):

O combate enérgico contra a reincidência é uma das tarefas mais importantes do presente. Tal como um membro enfermo envenena todo o organismo, da mesma maneira o câncer da reincidência opera com crescente profundidade em nossa vida social. (tradução livre)<sup>66</sup>

E asseverava que a expressão máxima da delinquência habitual poderia ser encontrada nas estatísticas de reincidência. Para o jurista alemão, os reincidentes constituem a maioria dos “delinquentes” e os “irrecuperáveis” a maioria entre os reincidentes.

Pretender corrigir a tal gente em presídios comuns, celulares, a um custo muito alto, especialmente para depois devolvê-los ao convívio em sociedade para que tornem a cometer novos crimes e então encarcerá-los de novo, seria algo sem sentido.

Assim, como em Ferri, a justificativa para a indeterminação da pena reside em esta não estar ligada ao fato praticado, ao dano produzido, mas às condições pessoais do autor.

Não sendo possível, decapitar, enforcar, deportar ou, se a tecnologia o permitisse, castrar quimicamente, só restaria como solução a privação perpétua da liberdade, a fim eliminar-se “a periculosidade”.

Em congresso da União Internacional de Direito Penal, criada por Liszt e realizado em 1913, definiu-se os indivíduos perigosos como sendo os reincidentes, os alcoolistas e os mendigos e vagabundos. (MATSUDA, 2009)

A relação, pois, entre “periculosidade” e “possibilidade de reiteração delitiva” é evidente.

Por outro lado, explorei no capítulo inicial, como os estudos realizados no âmbito da *labeling approach* mostram que a ação das agências punitivas sobre os indivíduos determinam, na maioria dos casos, a assunção de uma identidade

---

<sup>66</sup> El combate enérgico contra la reincidencia es una de las tareas más importantes del presente. Tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, de la misma manera el cáncer de la reincidencia opera con creciente profundidad en nuestra vida social.

desviante e o ingresso em uma carreira criminoso e, por conseguinte, a possibilidade de reiteração.

Um estudo de D. Gipser (BARATTA, 2011, p. 182), realizado na década de 70, envolvendo duas amostras de jovens, uma de estrato social elevado e outra de jovens em situação de vulnerabilidade social, concluiu que a distribuição destes jovens entre os sistemas de sanção informal (família, por exemplo) e o de sanção institucional (nossas delegacias e varas de infância de juventude), guarda dependência com a estratificação social.

Em geral, os jovens mais abastados conseguem subtrair-se das reações institucionais e dos consequentes efeitos estigmatizantes, ao contrário do que ocorre com os mais vulneráveis, que a cada passagem pelas agências de controle social assumem a identidade que lhes é conferida: a de criminoso.

Segundo Baratta (2011, p. 182),

A espiral criminológica posta em ação pelas instâncias oficiais responde a uma lei geral do sistema penal: os efeitos das intervenções das instâncias oficiais são tão significativos para o prosseguimento do processo de criminalização, que aqueles que foram surpreendidos revelam uma mais alta criminalidade secundária do que aqueles que puderam se subtrair a esta intervenção (com igualdade de criminalidade antecedente entre os dois grupos).

Por isso que quando Franz von Liszt busca demonstrar sua hipótese de que a maior parte dos criminosos são habituais e, por serem habituais precisam ser neutralizados, e usa os dados de diversos presídios da Alemanha, estamos diante de uma profecia que se auto-cumpre (*self-fulfilling-prophecy*).

É muito provável que se a pesquisa fosse feita hoje nos presídios alagoanos, Liszt chegasse a mesma conclusão entre criminalidade, habitualidade e, por conseguinte, perigo, posto que se baseiam sobre uma falsa amostra da criminalidade, desconsiderando a chamada “cifra oculta”.

E em que pese a dogmática atual em relação a pena fazer a defesa desta como instrumento de reinserção e reeducação, ela cumpre o exato oposto, posto que “a educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem caráter repressivo e uniformizante (BARATTA, 2011, p. 184).

Daí porque Baratta (2011, p. 167) afirmava que o cárcere “é principalmente, o instrumento essencial para a criação de uma população criminoso, recrutada quase

exclusivamente” nos extratos sociais mais vulneráveis.

A habitualidade criminosa ou a “possibilidade de reiteração” existe não como querem os positivistas por uma degeneração moral ou outras causas bio-antropológicas, mas sim pela assunção de uma identidade social pela camada dos que são selecionados pelas instâncias oficiais, dentre elas o Judiciário.

As decisões da câmara criminal alagoana são parte, pois, do processo de criação de carreiras criminosas, acentuando o processo de criminalização secundária, com seus juízos de prognóstico sobre o futuro fundados em preconceitos e estereótipos.

### **3.3 A “gravidade do crime” como fundamento específico para a manutenção da ordem pública.**

O terceiro fundamento importante e recorrente, utilizado isolada ou cumulativamente, como motivo para evidenciar a necessidade de preservação da ordem pública e manter a prisão é a chamada “gravidade do crime”.

Da leitura que realizei de todos os acórdãos, pude depreender que basicamente eles se referem aos crimes de homicídio, latrocínio, estupro, roubo majorado, mas principalmente ao tráfico de drogas, ou seja, em um ordenamento jurídico com faraônica quantidade de crimes, as condutas correspondentes a basicamente cinco dentre eles é considerada grave.

Não há, por exemplo, um único acórdão que verse sobre crimes de corrupção passiva, peculato, crimes contra ordem econômica ou financeira, dentre aqueles que versam sobre “gravidade do crime”, apesar de existirem, como referi no segundo capítulo, dentre os concedidos, o que corrobora o pensamento de que, apesar da seletividade no processo de criminalização primária, a seletividade é realizada pelas agências de controle, que se dedicam mais a alguns tipos penais que a outros.

É comum a todas as decisões uma preocupação acentuada em deixar claro que não se trata de juízo quanto a gravidade abstrata do crime, porque isso redundaria no afastamento *a priori* do princípio constitucional da presunção de inocência, tornando automática a prisão cautelar nestes casos, algo sobre o que o Supremo Tribunal Federal já decidiu como inadmissível.

Só que entre o que se declara e o que se pratica existe uma distância enorme,

na medida em que constatamos a concentração de decisões sobre gravidade num universo tão pequeno de delitos.

Nos autos do *habeas corpus* 83, por exemplo, o relator consigna que a vítima: “teria morrido em decorrência do estupro que sofrera (...)” e que “essa fundamentação é suficiente para justificar a manutenção da prisão como garantia da ordem pública”.

Uma fórmula muito utilizada nas decisões é a descrição de uma conduta (que eles, desembargadores, chamam de *modus operandi*), com base em elementos informativos, as quais se amoldam a alguns dos crimes antes referidos, atribuindo-as com forte convicção aos pacientes, sempre com a preocupação de afirmar serem elementos concretos e não referências abstratas, como no exemplo abaixo:

Diante da situação posta, clarividente que a conduta perpetrada pelo paciente e seu comparsa foi revestida de extrema gravidade, considerando o *modus operandi* empregado e a premeditação para a prática do intento delituoso, mostrando-se evidente a imprescindibilidade da manutenção da custódia provisória, com o fim de se preservar a ordem pública.

No entanto, como afirmei anteriormente, a maior parte das decisões versa sobre o crime de tráfico de entorpecentes, sempre sob o argumento da “*quantidade e qualidade da droga apreendida*”, como no seguinte exemplo, colhido do *habeas corpus* 280: “(...) a considerável quantidade de droga apreendida (doze barras de pasta base de cocaína com um peso aproximadamente de 7.700g”.

Dentre as decisões proferidas, após a leitura dos acórdãos e voto, como era bastante recorrente a associação entre o crime de tráfico e gravidade, mormente com referência ao tipo de droga e quantidade, decidi pela análise da decisão proferida nos autos do *habeas corpus* 780 para análise.

### **3.3.1 O objeto do *habeas corpus* e os fundamentos da prisão preventiva**

O julgamento que originou a decisão proferida no *habeas corpus* 780 foi realizado em 30 de abril de 2014 e mereceu, como praticamente todas, decisão unânime, após relatório e voto do desembargador Otávio Leão Praxedes.

O *habeas corpus* foi impetrado em razão de decreto de prisão preventiva da lavra do Juízo da Décima Quinta Vara Criminal da Comarca de Maceió, Alagoas, que tem competência privativa para julgar crimes afetos a lei de entorpecentes.

Segundo consta do relatório, o paciente foi preso cerca de três meses antes do julgamento de seu pedido de liberdade, pela suposta prática do crime de tráfico de entorpecentes, no caso, 68 (sessenta e oito) pedrinhas de crack; 07 (sete) pedrinhas de maconha; 01 (uma) pequena barra de maconha; R\$ 39,70 (trinta e nove reais e setenta centavos), além de papel seda, conforme o auto de apreensão transcrito no voto.

A impetração foi realizada pela Defensoria Pública estadual e cingiu-se à alegação de inexistência de motivo que autorizasse o decreto de prisão preventiva e o de que **“o aumento da criminalidade na região, por si só, não configura motivo para justificar a restrição à liberdade do acusado”**. (grifei)

Chama atenção essa manifestação da Defensoria Pública porque ela é um indicativo de que um suposto aumento da criminalidade, ligada ao tráfico de entorpecentes vem sendo utilizado nas fundamentações denegatórias de pedido de liberdade provisória, no âmbito da vara criminal privativa de entorpecentes, de onde é originário o decreto de prisão, mas não somente lá.

Em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 106.174, vencido o Min. Marco Aurélio Mello, o posicionamento prevalente na Corte, após posição da Min. Rosa Weber, nos permite fazer essa inferência, *in verbis*:

O efeito disruptivo e desagregador do tráfico de drogas, este associado a um mundo de violência, desespero e morte para as suas vítimas e para as comunidades afetadas, justifica tratamento jurídico mais rigoroso em relação aos agentes por eles responsáveis e que deve refletir na análise dos casos concretos.

O magistrado de primeira instância, instado a prestar informações sobre os motivos que o levaram a converter a prisão em flagrante em preventiva, o fez nos termos seguintes:

Com efeito, **há nos autos fundados elementos que indicam a periculosidade do autuado, diante da quantidade dos entorpecentes apreendidos**, bem como da forma em que se desenvolveu o flagrante. É que este fora preso quando policiais militares, após receberem uma denúncia anônima, lograram encontrar na residência do acusado as substâncias entorpecentes descritas no auto de apreensão e apresentação, a saber: 68(sessenta e oito) pedrinhas de crack; 07 (sete) pedrinhas de maconha; 01(uma) pequena barra de maconha; R\$39,70 (trinta e nove reais e setenta centavos) e diversos papeis de seda, conforme descritos no auto de apresentação e apreensão. (grifei)

Importante sublinhar que a decisão de primeira instância relacionou a conduta praticada como elemento revelador de “periculosidade” e que só no corpo da decisão que ora se analisa o elemento “gravidade do crime” o substituiu; isso mostra, porém,

a íntima relação entre os conceitos.

### 3.3.2 O fundamento da decisão unânime: “a quantidade e a qualidade da droga”

Consoante dito, a decisão analisada negou ordem de habeas corpus e, por conseguinte, decretou novamente a prisão cautelar com suporte no mesmo fundamento que a decisão de primeira instância: a garantia da ordem pública diante da “gravidade do crime”.

Como em todos os votos lidos, e nestes analisados, a Constituição Federal é omitida sem qualquer cerimônia; ao que nos parece, o prestígio da Constituição é nenhum ou menor do que o de qualquer decreto legislativo.

Em matéria de prisão cautelar, reina soberano, neste voto, o art. 312, da lei processual penal e sua “garantia da ordem pública”, não se preocupando o julgador nem mesmo em registrar “a excepcionalidade da medida extrema”, como aconteceu em votos outros.

Apesar das muitas páginas, recheadas de cópias de outras decisões, o suporte da decisão é muito simples e encontra-se em dois parágrafos:

O Magistrado destacou, ainda, a quantidade e diversidade de substância encontrada, 68 pedras de crack, 07 pedras de maconha, 01 barra de maconha, além de dinheiro e diversos papéis de seda. Nessa linha, avalio que a custódia cautelar em tela está devidamente amparada na **necessidade de garantir-se a ordem pública, tendo em vista que foi decretada com base na gravidade concreta do delito e na quantidade e diversidade de drogas encontradas em poder do Agente.**

### 3.3.3. Análise do conteúdo da decisão

A previsão de prisão preventiva fundamentada na gravidade do delito não é estranha a algumas legislações.

Na Espanha, por exemplo, como referem Ferrajoli (2011) e Banacloche Palao (1996), é regra a prisão preventiva sempre que o acusado responder a crime de que possa resultar pena superior há seis anos, como forma de evitar a possibilidade de fuga, a qual se presume. Apenas em casos de réus primários, acusados de crimes que não tenham causado alarme social e não sejam frequentes naquela jurisdição, o magistrado poderá facultar a liberdade.

Neste caso, em que pese ser discutível o caráter de cautelaridade, como pretende Banacloche Palao (1996, p. 381), o fato é que existe naquele país um critério objetivo: a quantidade de pena, posto que ali se presume que quanto maior a pena mais grave a lesão produzida e mais importante o bem jurídico violado.

No Brasil, como referi na parte final do capítulo segundo, já houve legislação em sentido parecido, revogada, todavia.

Ocorre que, o raciocínio estampado nos votos sobre a “gravidade do crime”, no âmbito da câmara criminal, é exatamente o mesmo realizado naqueles sobre periculosidade: parte-se da conduta atribuída ao preso pela autoridade policial para decretar-lhe a prisão, como forma de “acautelar o meio social”.

Trocando-se apenas a etiqueta, diz-se o mesmo, ou seja, que é necessário neutralizar um indivíduo perigoso; perigoso porque autor de uma conduta grave.

A questão que mais nos chama a atenção é o motivo pelos quais as condutas concernentes à posse de substância entorpecente são consideradas graves; isso nenhum dos acórdãos diz explicitamente e no máximo se referem ao potencial lesivo das drogas apreendidas.

No entanto, as manifestações do Ministério Público, na condição de fiscal da lei, sempre utilizadas nos votos em socorro da opinião dos magistrados, como verdadeiro argumento de autoridade, trazem algo extremamente revelador.

Segundo o *Parquet*,

[...] o tráfico de drogas, principalmente de *crack*, representa verdadeiro perigo para a sociedade, e vem se transformando em verdadeira epidemia, atingindo, principalmente a juventude, o que deve ser coibido com rigor, daí, porque, se faz necessária a segregação provisória dos que assim procedem.

A leitura de pareceres como o referido e de votos como o sob análise, talvez fizesse Zaffaroni (2011) reconsiderar sua opinião sobre a inexistência de um perfil de inimigo identificável na América Latina, vez que o “traficante de drogas” surge como forte candidato ao cargo, responsável que é por uma epidemia, degenerando a sociedade, destruindo famílias, especialmente os mais jovens, como se extrai de opiniões de ministros da mais alta corte de justiça, como apontei acima.

Em artigo escrito em 1988, Baratta (2014, p. 112) se debruça sobre a construção de uma imagem da realidade, que legitima discursos como o do voto sob análise, mas que na verdade não corresponde a realidade.

A imagem construída, segundo o criminólogo italiano (2014, p. 113), é

caracterizada por quatro elementos: a) vinculação entre consumo e dependência; b) ausência de vida produtiva por parte dos usuários; c) pertencimento dos consumidores e dependentes a uma subcultura que não compartilha dos valores da maioria ‘normal’; d) estado físico e patológico dos dependentes e a irreversibilidade da dependência.

A mistificação não podia ser maior, pois não há uma única evidência científica quanto a serem a maioria dos usuários dependentes químicos, ao contrário, existe um grande número de pessoas que fazem uso de entorpecentes e mantêm uma vida social produtiva; por outro lado, não é pequeno o número de pessoas feridas, doentes ou mortas pelo uso de tabaco e álcool, substâncias permitidas.

Pode-se afirmar, então, que alguns dos efeitos negativos atribuídos aos entorpecentes, resulta não de sua natureza (pois, do contrário, álcool e tabaco receberiam o mesmo tratamento), mas sim do processo de criminalização primária.

Conclui, então, Baratta (2014, p. 123) que essa falta de diferenciação é que explica a incongruência de um pensamento tributário do positivismo criminológico, o qual busca a causa da criminalidade na droga ou a criminalidade na dependência química.

Se fosse real que o direito penal busca, ao reprimir o tráfico de drogas, “proteger o estado em que o organismo social exerce normalmente as suas funções”, ou seja, a saúde pública, no dizer de Régis Prado (2011), alguém deveria explicar porque não é crime a comercialização de tabaco e álcool e, pior, porque não se permite o uso de certas substâncias, com propriedades medicinais, para o tratamento da saúde individual.

Além disso, estudos como o de Luiz Eduardo Soares (1996, p. 241) demonstram que dois terços das vítimas de homicídio o foram em função do tráfico de drogas, incluídos policiais militares e pessoas mortas pela polícia.

A incoerência entre a operacionalidade do sistema penal (sua função real) e sua programação ou discurso declarado encontra na temática da guerra ao tráfico a máxima expressão.

No primeiro capítulo, quando explorei as teorias da reação social e o processo de criminalização secundária pela via da seletividade, citei estudos de Orlando Zaccone e Luciana Boiteux, entre outros, que mostram como o perfil dos presos por tráfico no Brasil está distante do estigma construído de um indivíduo perigoso, armado, origem de todos os males, “associado a um mundo de violência, desespero e

morte”.

Segundo Zaccone (2011, p. 83),

Os estereótipos morais e médicos, presentes desde o início das políticas de proibição (...), apresentavam um alvo seletivo, que associava substâncias perigosas às classes perigosas, colocando sob suspeita toda uma faixa da população que, por seus hábitos e sua pobreza, já costumava ser vigiada e controlada pelos aparatos repressivos do Estado. (...) Todo esse mecanismo de criação de estereótipos criminais, **controle punitivo das classes perigosas e repressão ao tráfico de drogas ainda se encontra presente no modelo atual.** (grifei)

Rosa Del Omo (2009, p. 16), é ainda mais contundente, quando afirma que:

O problema da droga se apresenta como uma “luta entre o bem e o mal”, continuando o estereótipo moral, com o qual a droga adquire o perfil de “demônio”; mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se pânico devido aos “vampiros” que estavam atacando tantos “filhos de boa família”. Os culpados tinham de estar fora do consenso e ser considerados “corruptores”, daí o fato do discurso jurídico enfatizar o estereótipo criminoso, para determinar as responsabilidades; sobretudo o escalão terminal, o pequeno distribuidor, seria visto como incitador ao consumo, o chamado *pusher* ou revendedor de rua. **Este indivíduo geralmente provinha dos guetos, razão pela qual era fácil qualificá-lo como delinquente. O consumidor, em troca, como era de condição social distinta, seria qualificado como ‘doente’, graças à difusão do estereótipo da dependência, de acordo com o discurso médico.** (grifei)

Essa opinião expressa no acórdão sob análise representa aquilo que a criminologia denomina de *second code*, ou seja, a interpretação que utiliza-se de um conteúdo meta-jurídico, tais como preconceitos e estereótipos arraigados no senso comum, que influenciam a formação do convencimento que as decisões veiculam.

A respeito disso, importante decisão foi proferida pela mesma câmara criminal, desta feita para conceder ordem nos autos do *habeas corpus* 286, em que os acusados eram "jovens de classe média que estariam distribuindo droga sintética e maconha em festas raves", e em que havia

indícios de que o paciente (...) integraria uma das quadrilhas, sendo responsável pela venda de maconha e de medicamentos de uso controlado (psicotrópicos) através da falsificação de receituários, carimbos e assinaturas de médicos.

Ao fim, a decisão com referência ao jovem de classe média não poderia ser mais reveladora: **“não se pode presumir, automaticamente, que o paciente seja traficante tão nocivo ao convívio social que não possa responder ao processo em liberdade”.** (grifei)

No *habeas corpus* 228 foi concedida ordem para um indivíduo acusado de ser “membro de organização criminosa especializada no tráfico de entorpecentes e atuaria na ‘ponta’ da associação, negociando a droga e ‘recrutando’ pessoas”. Ao passo que no *habeas corpus* 229 foi concedida ordem ao paciente que era acusado de ser “responsável pela distribuição de drogas na região”, sem que nenhuma palavra fosse escrita sobre a gravidade de tal conduta.

No entanto acórdão que analiso, ou seja, o de número 780, em que foram apreendidas algumas “pedrinhas” de crack, faz-se nítida relação entre tráfico de drogas e crescimento da criminalidade, conservando um discurso perigosista que tem na prisão cautelar um instrumento de consolidação da ideologia da defesa social.

Não estou dizendo que por ocasião das concessões o tribunal errou e deveria ter mantido a prisão, da mesma forma que na decisão sob análise, mas apenas demonstrando do ponto de vista prático como se dá a seletividade multiplamente mencionada no trabalho, especialmente no que toca ao tráfico de drogas, em que o perfil das pessoas presas se amolda muito mais ao do vendedor autônomo, oriundo da periferia e das classes vulneráveis - mais afetos ao estereótipo -, do que aqueles que agem em associação, no financiamento ou distribuição.

Por outro lado, a relação entre a gravidade do tráfico, como intrínseca a uma conduta, demonstra que, também esse elemento de fundamentação para garantia da ordem pública, tem íntima relação com a periculosidade do sujeito, ou seja, a conduta do traficante é grave porque ele é perigoso, razão pela qual também o argumento da “gravidade do crime” demonstra ser uma especialização do sentido da “periculosidade”, examente como mencionei com referência à “reiteração delitiva”.

## CONCLUSÃO

O ponto de partida desta investigação, como expus inicialmente, foi a aparente contradição ou disfunção entre o discurso legal declarado e o mundo dos fatos, no que respeita ao encarceramento de pessoas que não foram ainda julgadas e, estão, portanto, presas “preventivamente”.

Os números apresentados pelos países latino-americanos e, no caso brasileiro não é diferente, levaram Zaffaroni (2011) a afirmação de que esta região do globo optou pelo exercício do poder punitivo por meio de medidas de constrição antecipadas, ou seja, com a determinação de prisão antes do julgamento definitivo e prolação de sentença.

Mas, se a programação dogmática do direito penal ou seu discurso declarado é de que a liberdade é a regra e a prisão uma exceção, reservada para situações limites, como compreender esse fenômeno?

Se a Constituição da República prevê como norma fundamental a presunção de inocência e esta, por seu turno, exige um tratamento aos acusados distinto daquele destinado aos condenados, o que explicaria um número de presos provisórios que em Alagoas chega a 60% (sessenta por cento) do total?

No entanto, o que parece ser um contrassenso, uma inversão de valores ou o descumprimento de um projeto constitucional, era, segundo a hipótese inicial de trabalho, na verdade, o exato reflexo de como o sistema penal funciona: ele funciona através dessa contradição, e não apesar dela.

A contradição, é um elemento ideológico inerente ao sistema penal, para assegurar a realização das funções que ele, sistema, tem no interior da estrutura social (BARATTA, 2014), de reprodução da desigualdade e manutenção de sua estratificação.

De posse do problema e da hipótese, empreendi pesquisa sobre o conjunto dos julgamentos das ações de *habeas corpus* proferidos pela câmara criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, e, a partir da coleta, realizei uma série de recortes que me levaram àquelas em que os magistrados denegaram o pedido ou, em outras palavras, mantiveram a prisão.

A leitura e a análise das decisões revelaram que em nenhuma das decisões denegatórias de *habeas corpus* os magistrados empreenderam algum esforço

interpretativo sobre o sentido e alcance do princípio constitucional da presunção de inocência, ignorando que, por ser a Constituição Federal a norma genética do ordenamento jurídico, deveriam, segundo a programação dogmática, inicialmente afastar a aplicação da referida norma, para, então, decretar a prisão.

Ao mesmo tempo, em todas as decisões encontrei a declaração de que a prisão era uma exceção, sem que fosse, contudo, explicitado em que condições normativas indigitada exceção seria permitida.

De qualquer forma, emerge das decisões declarações de que a prisão preventiva teria caráter cautelar, o que, como visto no segundo capítulo, significaria uma opção pelo afastamento do primado da presunção de inocência apenas em situações em que o normal desenvolvimento do procedimento e a eficaz aplicação da lei penal estivessem em perigo, diante da possibilidade concreta de fuga do investigado ou réu ou quando este obstaculizasse a coleta de elementos de prova.

Entretanto, a verdade é que o conteúdo das decisões revelam completa adesão ao referencial teórico da prisão preventiva como “defesa social”, o que explica a completa omissão de qualquer menção ao primado da presunção de inocência; afinal, a prisão como “defesa social” pressupõe o completo esvaziamento daquele princípio, alçando a prisão preventiva a verdadeira regra e, em determinadas situações, obrigatória.

A “defesa social” alça a prisão preventiva a recurso de proteção da comunidade em face do perigo que alguns indivíduos - incorrigíveis, irrecuperáveis e reincidentes – representam, tudo isso revelado pela conduta por “eles praticada”.

Em que pese os desembargadores não o afirmarem, transformaram a prisão preventiva em algo equivalente às medidas de segurança determinadas em face de imputáveis ou ao declarado aprisionamento para proteção pública dos britânicos, sempre sob o fundamento da “periculosidade do preso”.

Em todos os acórdãos a “periculosidade” do preso é evidenciada pelos julgadores, ainda que sob as roupagens da “possibilidade de reiteração delitiva” ou da “gravidade da conduta”, dando-se elevada importância aos elementos informativos colhidos durante a investigação, posto que “a conduta imputada” não é outra senão aquela atribuída pela autoridade policial.

A “possibilidade de reiteração” existe quando julga-se alguém como perigoso; e, sem dúvidas, alguém perigoso pratica condutas “graves”.

Mas, o tribunal não explica porque alguns presos são perigosos e outros não ou o que faz uma conduta ser avaliada aprioristicamente como perigosa e outras não, como acentuei no terceiro capítulo, como os casos de fraudes à licitação, todos com alvarás de soltura concedidos.

Por outro lado, existe uma forte concentração de decisões denegatórias de *habeas corpus* em um grupo diminuto de tipos penais, consideradas a extensão do projeto penal: tráfico de drogas, crimes patrimoniais (notadamente, o roubo) e o homicídio.

Neste sentido, a seletividade policial, realizada sobre os extratos mais débeis e precários da sociedade, é chancelada pela seletividade judicial, que contribui decisivamente para que o sistema penal realize suas reais funções de neutralização e disciplina das classes sociais inferiores.

No mundo material, prender sempre significa *penar*, impor um sofrimento irreparável e de consequências irreparáveis. Afinal, todo encarceramento tem, ontologicamente, natureza punitiva, importando (em todos os casos) em um tratamento como culpado (e se não, alguém pode realmente entender que aquele a quem se mantém atrás das grades, perdendo sua liberdade ambulatorial e, portanto, vínculos de trabalho, familiares e todos os contatos com a vida em sociedade, está sendo tratado como inocente?)

E, mesmo a pretensão de cautelaridade ou de proteção da sociedade, quando voltadas para a reafirmação da ideologia da defesa social, não ilide a contribuição das decisões analisadas para o conjunto do controle social ou, em outros termos, para a construção estigmatizante e seletiva da criminalidade.

## BIBLIOGRAFIA

ABATH, Manuela; LUCENA, Letícia. **Muitos pesos e a mesma medida: excesso de prazo, prisão preventiva e razoabilidade em acórdãos de *habeas corpus* do TJPE.** In: Nestor Eduardo Araruna Santiago; Paulo César Corrêa Borges; Claudio Macedo de Souza. (Org.). *Direito penal, processo penal e constituição*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 312-338.

ABATH, Manuela. **Julgando a Liberdade em Linha de Montagem: um estudo etnográfico do julgamento dos habeas corpus nas sessões das câmaras criminais do TJPE.** Diss. Universidade Federal de Pernambuco, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Vera Regina. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 48, p. 260-90, mai/jun. 2004.

ARAGONESES, Sarah. **Derecho Procesal Penal.** 8ª ed. Madrid: Ramón Areces, 2010.

BANACLOCHE PALAO, Julio. **La libertad personal y sus limitaciones.** Madrid: McGraw-Hill, 1996.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal: compilación *in memoriam*.** Montevideo-Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2014.

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo.** Lisboa: Edições 70, 2009.

BECKER, Howard. **Uma teoria da ação coletiva.** Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2011.

BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Drogas: uma nova perspectiva.** São Paulo: IBCCRIM, 2014.

BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** São Paulo: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, DF, 24 out. 1941.

- BRASIL. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, DF, 03 jan. 1941.
- BRASIL. Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, 2008.
- BRASIL. Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 mai. 2011.
- BRASIL. Projeto de lei da Câmara dos Deputados n. 4.208/2001. Altera o Código de Processo Penal.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 106.174
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 111.760
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 123.711
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 122.167
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 123.303
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11<sup>a</sup> ed. Brasília: Editora UnB, 1998.
- CARRANZA, Elias. **Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina e Caribe**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992.
- CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASTRO, Lola Anyar. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. A “ordem pública” como fundamento da prisão cautelar: uma visão jurisprudencial. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.4, out/dez. 1993.

- CHRISTIE, Nils. Uma razoável quantidade de crime. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- ECO, Umberto. **Construir o inimigo e outros escritos ocasionais**. Lisboa: Gradiva, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 10ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- FERRI, Enrico. **Sociologia Criminal**. Campinas: Minelli, 2006.
- GARCIA, Antônio; MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GAROFALO, Rafaelle. **Criminologia: estudos sobre um delicto e a repressão penal**. Rio de Janeiro: A M Teixeira, 1916.
- GIACOMOLLI, Nereu. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- LISZT, Franz von. **La idea de fin en el derecho penal**. Disponível em <http://new.pensamientopenal.com.ar/01102009/doctrina03.pdf>.
- LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone, 2013.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Medidas cautelares no processo penal espanhol**. Revista Âmbito Jurídico, n.69, 1997.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MAE, Valter Ugo. **Desumanização**. São Paulo: Cosac Naify, 2014.
- MARX, Karl. **Crítica ao Programa de Gotha**. São Paulo: Editorial Boitempo, 2012.
- MATSUDA, Fernanda Emy. **A medida da maldade: periculosidade e controle social no Brasil**. Diss. Universidade de São Paulo, 2009.
- MELLOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Pesquisa Social: teoria, método e criatividade**. 27ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- OLIVEIRA, José Luciano. **Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

- OMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- PACELLI, Eugenio. **Curso de processo penal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1993.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PRADO, Geraldo; BOITEUX, Luciana; WIECKO, Ela. **Tráfico de drogas e constituição. Série pensando o direito**. Brasília: Secretária de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2009.
- RAMSAY, Peter. **A political theory of imprisonment for public protection**. In TONRY, Michael. *Retributivism has a past. Has it a future?*. Oxford: Oxford Press, 2011.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- REGIS PRADO, Luis. **Elementos de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SOARES, Luiz Eduardo. **Legalidade libertária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SOUTO, Ronya Soares de Brito. *Medidas de segurança: da criminalização da doença aos limites do poder de punir*. In CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- VITALE, Gustavo. **Encarcelamiento de presuntos inocentes**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- XIMENES, Júlia Maurmann. **Levantamento de dados na pesquisa em direito**. Instituto de Direito Público (online), 2010.
- ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal.** Montevideo-Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La palabra de los muertos.** Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZALUAR, Alba. **Democratização inacabada: fracasso da segurança pública.** In Revista de Estudos Avançados, n.61, 2007.