



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS**

**GABRIEL CAMPOS DE ASSIS**

**A Lei 12.403/2011 e as dificuldades de contenção do poder punitivo**

**BRASÍLIA**  
**2015**

**GABRIEL CAMPOS DE ASSIS**

**A Lei 12.403/2011 e as dificuldades de contenção do poder punitivo**

Pesquisa monográfica apresentada como requisito para conclusão de curso de bacharelado da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, do Curso de Direito, do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Camilla Magalhães  
Gomes

**BRASÍLIA**  
**2015**

**GABRIEL CAMPOS DE ASSIS**

**A Lei 12.403/2011 e as dificuldades de contenção do poder punitivo**

Pesquisa monográfica apresentada como requisito para conclusão de curso de bacharelado da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, do Curso de Direito, do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Camilla Magalhães Gomes

Brasília, 04 de dezembro de 2015

**BANCA EXAMINADORA**

---

Examinadora: Prof<sup>a</sup>. Camilla Magalhães Gomes

---

Examinadora: Prof<sup>a</sup> Carolina Costa Ferreira

---

Examinador: Prof. Fernando Parente dos Santos Vasconcelos

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1. A LEI 12.403/2011: PRISÃO PREVENTIVA E OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS.....</b>	<b>10</b>
1.1 Contexto histórico: Binômio Prisão cautelar/liberdade provisória .....	10
1.2 O Princípio da não culpabilidade e as medidas cautelares .....	12
1.3 Liberdade Provisória e a Lei 12.403/11 .....	13
1.4 Processo Legislativo do projeto de lei 4.208/2001.....	15
1.5 A reforma operada pela Lei 12.403/2011 .....	16
1.5.1 <i>A prisão em flagrante tão somente como medida preparatória.....</i>	<i>16</i>
1.5.2 <i>A Prisão Preventiva.....</i>	<i>17</i>
1.6 Medidas Cautelares Diversas da Prisão.....	21
<b>2. A CULTURA DE APRISIONAMENTO E A LEI 12.403/11 .....</b>	<b>27</b>
2.1 A Cultura de Aprisionamento.....	28
2.2 A ideologia da defesa social.....	31
2.3 A mídia como construtora da realidade .....	33
2.4 O juiz como ser humano, e a resposta humana ao advento de normas que contrariem o ideal punitivista midiático (Lei 12.403/2011).....	36
2.4.1 <i>O ser humano juiz e as pressões sociais .....</i>	<i>37</i>
2.4.2 <i>Possíveis efeitos da “ineficácia treinada” sob a ótica da lei 12.403/11 .....</i>	<i>39</i>
<b>3. CONTROLE DO PODER PUNITIVO E CRIMINOLOGIA CAUTELAR.....</b>	<b>43</b>
3.1 Reflexões político-econômicas de criminologia crítica e a necessidade de contenção do poder punitivo .....	43
3.2 Criminologia cautelar e a contenção jurídica do poder punitivo (lei 12.403/11)...	45
3.2.1 <i>Não se deve fazer antipolítica .....</i>	<i>45</i>
3.2.2 <i>A criminologia cautelar deve ser interativa e livre de preconceitos .....</i>	<i>46</i>
3.2.3 <i>A criminologia cautelar e lei 12.403/11. Uma resposta positiva, mas insuficiente.....</i>	<i>47</i>

3.2.4. A Lei 12.403/11, relegitimação e ampliação do poder punitivo .....	50
3.3 As frentes de ação da criminologia cautelar .....	51
3.4 Proposta de ação de contenção do poder punitivo: a solução do “ <i>percentual</i> ”, a necessidade de um tratamento mais humano e a interação sociedade-presos .....	52
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>59</b>

## RESUMO

A presente monografia tem por objetivo a reflexão a respeito da dificuldade de contenção do poder punitivo sob o marco teórico da criminologia cautelar. Para tanto utiliza como base exemplificativa uma norma desprisionalizante do ordenamento jurídico brasileiro (lei 12.403/11). Uma vez explicitados os contornos teóricos que envolvem a norma desprisionalizante (lei 12.403/11), busca-se apresentar e examinar os fenômenos que dificultam a contenção do poder punitivo como a criminologia midiática e a ideologia da defesa social relacionando-os pontualmente com a referida norma. Em seguida intentam-se reflexões a respeito da própria necessidade de contenção do poder punitivo, trazendo as contribuições reflexivas da criminologia crítica, e principalmente da criminologia cautelar, relacionando tais reflexões com a norma desprisionalizante (lei 12.403/11), reforçando, ao cabo, a necessidade de práticas que tenham identidade de propósitos com a criminologia cautelar tais como a limitação de vagas e a promoção de programas sociais dentro dos presídios.

**Palavras-chave:** Criminologia Cautelar. Criminologia Midiática. Lei 12.403/11.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como temática a dificuldade de contenção do poder punitivo Estatal, partindo-se do princípio que a sua utilização tem servido a propósitos não coincidentes com os anseios de progresso social. Difundem-se as notícias desalentadoras a respeito da forma como são tratados os tutelados de nosso sistema penal. Situações escabrosas de abusos e maus-tratos são comumente relatadas pelas fontes midiáticas<sup>1</sup>, mas prevalece no espírito social a insensibilidade quanto ao destino daqueles que passam pelo aparato penal do Estado.

Tomando como marco teórico desta pesquisa as reflexões de criminologia cautelar levadas a cabo por Eugênio Raul Zaffaroni em sua obra: *A palavra dos mortos*<sup>2</sup>, pretende-se compreender um pouco da forma como as sociedades latino-americanas, e em especial a brasileira, lidam com a questão da conflitividade interpessoal e, por fim, propor práticas que sejam compatíveis com os objetivos da criminologia cautelar, qual seja: preservar as vidas humanas que têm sido desperdiçadas em profusão nos cárceres latino-americanos.

Toma-se uma norma penal brasileira, no caso a Lei 12.403/11, para relacionar a teoria abordada com a prática vivenciada em nosso sistema de justiça. A escolha pela lei citada se deu especialmente pelo fato de se tratar de uma norma desprisionalizante, ou seja, que possui a finalidade de contenção do poder punitivo, ao menos em sua vertente privativa de liberdade cautelar.

Em um capítulo inicial essencialmente teórico, objetiva-se clarificar as possibilidades de produção de efeito da lei 12.403/11 desde antes do seu

---

<sup>1</sup> Fazendo-se a ressalva de que visibilidade midiática ressalta, em geral, o caráter violento e perigoso das instituições totais:

(...) como é freqüente na mídia, um acontecimento excepcional [fala-se dos motins que ocorreram simultaneamente em diferentes penitenciárias do estado de São Paulo no ano de 2001], que significou a quebra radical da rotina carcerária, fez com que um assunto pouco abordado merecesse atenção, desta vez ao longo de meses. Mas como pouco ou quase nada se fala dos presídios no seu dia a dia, sobre seu cotidiano de isolamento, quando enfatiza esses acontecimentos extraordinários que são os motins de presos, explorando-os até a exaustão de forma sensacionalista, produz uma imagem invertida das penitenciárias, que passam a ser representadas como locais onde não há rotina, mas apenas manifestações violentas e ameaçadoras dos presos. O que é excepcional assume assim aparência de regra. GÓES; Eda. MAKINO, Rosa Lúcia. *As unidades prisionais do Oeste Paulista: implicações do aprisionamento e do fracasso da tentativa da sociedade de isolar por completo parte de si mesma*. Terra Livre, São Paulo, Vol.2, número 19, p. 163-176, jul./dez. 2002. p.166.

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*, São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

processo legislativo, período em que se vislumbrava um cenário bem pouco complexo no que se refere ao instituto das medidas cautelares penais. Por tratar-se de uma norma que buscou dar efetividade aos princípios constitucionalmente estabelecidos<sup>3</sup>, especialmente ao princípio da não-culpabilidade, fez-se necessária a abordagem da tradicional questão da incompatibilidade de tal princípio com as prisões cautelares. Tratou-se da movimentação legislativa que deu origem à norma, sendo abordadas algumas questões políticas que auxiliam a compreensão geral. Falou-se das inovações trazidas pela lei, muito especialmente a respeito da criação de um modelo polimórfico de medidas cautelares e das novas restrições à aplicação da prisão preventiva.

O capítulo segundo trata em especial de algumas das relações existentes entre sociedade, opinião pública, criminologia midiática e sistema penal. Em tal dinâmica de relações, não se furta ao fato de que o sistema penitenciário brasileiro está superlotado e falido, de modo que se busca compreender as relações que favorecem tal estado de coisas. Aborda-se a cultura de aprisionamento, padrão de conduta penal importado dos países centrais, mas que nos sistemas latino-americanos por razões de incompatibilidade estrutural e econômica é muito mais devastadora nos seus efeitos danosos. Chega-se assim à deslegitimação dos sistemas penais em estudo, que, em face de sua fragilidade patente não têm mais conseguido sustentar-se com base em discursos e ideologias falsas como fizeram desde há muito. Nesse aspecto, os meios de comunicação assumem relevantíssimo papel na construção da opinião pública que se vê constantemente instada por mensagens de medo e violência, estimulando reações sociais igualmente irrefletidas e violentas. A criminologia midiática, fruto dos discursos sediciosos alimentados pela mídia no espírito social, cuja raiz remonta à dita ideologia da defesa social, que será devidamente analisada, torna mais dificultosa qualquer tentativa de êxito na

---

<sup>3</sup> O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca, assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguraram o sistema. Exemplo significativo é o da fiança, que passa, com as alterações do Código, de instituto central no regime de liberdade provisória, a só servir para poucas situações concretas, ficando superada pela liberdade provisória sem fiança do parágrafo único do artigo 310. **As novas disposições pretendem ainda proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes à prisão e à liberdade provisória** e colocá-lo em consonância com modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 111, de 2008 (PL nº 4.208, de 2001, na origem), que *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*. Relator: Senador Demóstenes Torres.

contenção do poder punitivo. É o que se demonstra em parte com a análise dos efeitos da pressão midiática sobre a atividade de uma das mais importantes agências de nosso sistema de justiça, o poder judiciário. Busca-se, por fim, exemplificar o funcionamento dos fenômenos estudados tomando como base a lei 12.403/11.

No capítulo terceiro inicia-se com o reforço das necessidades de contenção do poder punitivo, que na atual conjuntura de globalização político econômica concretiza-se de pela contração das garantias sociais e pela ampliação do Estado penal. Tal ambiência político-econômica é propícia ao surgimento de massacres, fenômeno em que grande número de pessoas, tem suas vidas expostas a situações de risco e grande vulnerabilidade por não serem mais funcionais ao sistema dominante. Assim, naquilo que se refere à ambiência político-econômica propícia aos massacres, a presente pesquisa traz breve apanhado de reflexões político-econômicas originárias da criminologia crítica. Adentra-se, então, no estudo da criminologia cautelar propriamente dita e nas suas proposições de ação, uma vez que trata-se de uma forma de pensamento essencialmente prática e objetiva. Parte-se do pressuposto de que vidas estão sendo inutilmente desperdiçadas e algo deve ser feito.

Observa-se que, para melhor efetivação de seus pressupostos, tal criminologia não prescinde de atuação política, carregando mesmo propensões de tornar-se uma política de Estado. Nada obstante, a sua linha de alcance vai muito além, de modo que a espera por sua institucionalização nos mecanismos estatais não limita em nada a sua concretização nos mais variados âmbitos da sociedade que possam ter influência em nossas práticas penais e sociais. Exemplo disso é a postura sugerida aos operadores do Direito para que contribuam com a causa da produção e disseminação de informações da realidade, colaborando, por exemplo, com organizações sérias que tenham por finalidade a cata e divulgação desses dados uma vez que a ausência dessas informações permite que a criminologia midiática expanda os seus horizontes de ignorância sobre a opinião pública. Por fim, busca-se contextualizar a lei 12.403/11 no âmbito da criminologia cautelar, por meio de pesquisa empírica que teve como objetivo a mensuração do impacto das medidas cautelares no sistema de aprisionamento provisório da cidade de São Paulo, a cidade mais populosa do Brasil. A esse respeito pôde-se tirar algumas

conclusões e refletir algumas práticas que podem ser de grande valia no objetivo de contenção do poder punitivo.

# 1. A LEI 12.403/2011: PRISÃO PREVENTIVA E OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

## 1.1 Contexto histórico: Binômio Prisão cautelar/liberdade provisória

O Código de Processo Penal Brasileiro entrou em vigor na primeira metade do século passado, mais precisamente em 1941. Ser preso em flagrante à época tinha como consequência uma antecipação do resultado final do processo. O que havia era uma presunção de culpabilidade, decorrente de outra presunção a de que o acusado não esperaria pelo resultado final do processo<sup>4</sup>. Tudo isso indicava que longe estava-se ainda de estabelecer a presunção de inocência como pilar do nosso Direito Processual Penal.

Nas palavras de Eugênio Pacelli: “A liberdade provisória, àquele tempo, era uma exceção à regra da prisão, concedida mediante certas garantias, não como direito do preso, mas como faculdade do Poder Público”<sup>5</sup>.

Vislumbra-se assim que os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição atual ainda encontravam-se em primitiva etapa de seu processo histórico de conquista e efetivação. O autor contextualiza o período, aduzindo que:

Foi nesse cenário que se implantou o **regime de prisão e liberdade do Código de Processo Penal de 1941**, no qual, **como regra, foi mantida, como única modalidade de liberdade provisória, aquela realizada mediante o pagamento de fiança**, salvo quando se pudesse comprovar, desde logo, que o crime tinha sido praticado por meio de conduta penalmente justificada, isto é, quando presente alguma excludente de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa etc) conforme previsto no art. 310, caput, do CPP.<sup>6</sup> (grifo nosso)

Historicamente consolidada, a prática de se aguardar preso o próprio julgamento remonta do Brasil Império, de maneira que ainda não se cogitava uma maior concretude na proteção dos direitos do réu. Tal “indiferença”, ou opção política, acabou por gerar uma escassez de alternativas ao acusado, que, ou estaria preso, ou estaria liberto sob certas condições:

---

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.453.

<sup>5</sup> Ibidem. p.453.

<sup>6</sup> Idem.

Na legislação imperial, a Constituição de 1824 e, posteriormente, o Código de Processo Criminal de 1832 resumiram todas as diversas modalidades de liberdade provisória a uma única: a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, já transformada, então, em garantia real, e não mais fidejussória.<sup>7</sup>

Comparativamente aos ordenamentos jurídicos pretéritos, pode-se vislumbrar a grande repercussão gerada pelos pressupostos do Princípio da não culpabilidade. Princípio de ordem ética, antes do que de ordem técnico-jurídica, caracteriza-se por ser uma opção política pela valorização dos direitos fundamentais do imputado em detrimento de uma forte intervenção cautelar do Estado.

Quanto à fundamentação do princípio da não culpabilidade<sup>8</sup>:

(...) tudo isto está calcado nos ideais iluministas que, como uma espécie de aposta no valor ético do ser humano, primou por não retirar seus direitos fundamentais enquanto tal, uma vez que possa vir a ser considerado inocente. Esta “aposta” deve-se ao fato de que se os interesses do homem são mais relevantes aos demais, muito mais gravoso seria retirar direitos de alguém que futuramente seja considerado inocente.

De forma contrária aos nossos atuais pressupostos constitucionais, o Código de Processo Penal partia, como se viu, de uma presunção de culpa daqueles que eram pegos em flagrante delito.

Problematizou-se, então, a questão de como se justificar a manutenção da prisão cautelar mesmo após encerrados os procedimentos do flagrante. Uma vez cumpridos os objetivos da prisão em flagrante, quais sejam, afastar os efeitos da infração penal, de modo a impedir a consumação ou o exaurimento do crime; bem como ensejar o aproveitamento de todo o material probatório resultante do próprio flagra, qual seria o sentido de se manter o confinamento?<sup>9</sup>

A resposta à referida problemática foi dada com o advento da Lei nº 6.416 de 1977, que inseriu o parágrafo único do então art. 310 do Código de Processo Penal, somente passando a admitir a manutenção do flagrante caso fosse constatada a ocorrência de razões que determinassem a decretação da prisão

---

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de Processo Penal*. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.453.

<sup>8</sup> RAMOS, Gisela Gondin. *O Princípio da Presunção de Inocência*, 2011. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 08 de novembro 2014.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de Processo Penal*. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.454.

preventiva, fato que, nas palavras de Pacelli, operou “verdadeira revolução copérnica no sistema prisional do Código de Processo Penal”.<sup>10</sup>

Segundo o autor, **tratou-se de uma clara opção do legislador pela excepcionalidade da prisão provisória**, que não poderá ser prolongada sem os devidos fundamentos, o que tornou, desse modo, a liberdade do acusado como regra do Processo Penal.<sup>11</sup>

Foi somente, então, com a Constituição de 1988, especialmente no que se refere ao asseguramento das garantias individuais do réu, que se consolidou o princípio da não culpabilidade e lhe foi conferida a possibilidade de que seus preceitos tivessem aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, §1º da Constituição<sup>12</sup>.

## 1.2 O Princípio da não culpabilidade e a prisão cautelar

Constitui-se entendimento sedimentado na doutrina brasileira que o princípio da não culpabilidade não constitui óbice absoluto ao cerceamento preventivo da liberdade. Assim como o princípio de não culpabilidade, também o aprisionamento cautelar encontra respaldo em nossa Constituição. Citando Afrânio Silva Jardim<sup>13</sup>, assim leciona Antônio Alberto Machado:

**não obstante a adoção do princípio da inocência pelo legislador constituinte, o próprio texto constitucional vigente admitiu também a prisão provisória ou cautelar, ao lado daquele princípio, uma vez que permitiu a prisão —por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente** (art. 5º, inciso LXI), sem fazer qualquer restrição à oportunidade processual de tal medida cautelar – se antes, no curso ou no fim do processo. Tal significa dizer que, se a presunção de inocência é princípio com dignidade constitucional, as prisões cautelares também se encontram nesse patamar de hierarquia legislativa, e podem, portanto, conviver perfeitamente com esse princípio dentro do mesmo sistema constitucional. Logo, **sob tal ponto de vista formal, não haveria nenhuma restrição jurídico-constitucional às prisões provisórias em face da presunção de inocência.** (grifo nosso)

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.454.

<sup>11</sup> Ibidem. p.454.

<sup>12</sup> Art. 5º, §1º, da CF: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

<sup>13</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *A prisão no curso do processo em face da nova Constituição*. In Revista Justitia, 145/16 apud MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 239.

Tal é o entendimento da Suprema Corte brasileira, conforme considerações do Ministro Gilmar Mendes<sup>14</sup>:

Discute-se se no âmbito de proteção do princípio da não culpabilidade estaria eventual proibição contra a prisão preventiva ou cautelar ou se contrariaria tal postulado a valoração dos antecedentes criminais antes do trânsito em julgado.

**Desde logo, assentou o Supremo Tribunal Federal que “o princípio constitucional da não culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.<sup>15</sup>**

**No caso da prisão cautelar, tem o Tribunal enfatizado que a sua decretação não decorre de qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal, estando jungida a pressupostos associados, fundamentalmente, à exitosa persecução criminal.<sup>16</sup> (grifo nosso)**

Não há controvérsia, portanto, no que se refere à compatibilidade declarada por nosso ordenamento jurídico entre medidas cautelares e o princípio de não culpabilidade, de modo que, somente sob situações excepcionais, é que o sujeito de direitos poderá sofrer coações cautelares por parte do Estado.

### 1.3 Liberdade Provisória e a Lei 12.403/11

Em razão de a liberdade provisória ser, até a entrada em vigor da Lei 12.403, a principal alternativa à prisão cautelar, faz-se necessário que aborde-se um pouco mais aprofundadamente o funcionamento desse instituto antes de viger a referida reforma.

Assim lecionou Guilherme S. Nucci<sup>17</sup> quanto ao instituto da liberdade provisória da época:

É a liberdade concedida em caráter provisório, ao indiciado ou réu preso em decorrência de determinadas espécies de prisão cautelar, que, por não necessitar ficar segregado, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, deve ser liberado sob determinadas condições.

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 479.

<sup>15</sup> Cf. HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 12-04-2002; HC 75.077, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 15-05-1998; HC 73.489, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 13-09-1996.

<sup>16</sup> Cf. HC 82.903, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1º-8-2003; HC 82.797, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 1º-8-2003; HC 80.379, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 25-5-2001.

<sup>17</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.p.575.

Menciona, ainda, que a liberdade provisória com ou sem fiança, compatibilizava-se com os institutos da prisão em flagrante, com a prisão decorrente da pronúncia e com a resultante de sentença condenatória recorrível, não sendo compatível, porém, com as prisões preventiva e temporária. Nestas últimas, por tratarem-se de prisões essencialmente provisionais, ou seja, que instituem-se em razão de situações fáticas e jurídicas de cada caso, o mais acertado é que a custódia seja revogada e os acusados postos imediatamente em liberdade.<sup>18</sup>

No mesmo sentido explicou Fernando Tourinho<sup>19</sup>:

Salvante a prisão temporária e a prisão preventiva, que são incompatíveis com a liberdade provisória, todas as outras – resultante de flagrante, de pronúncia ou de sentença penal condenatória recorrível – admitem sucedâneos.

Adentrando nas próprias **espécies de liberdade provisória**, Tourinho assim as discrimina<sup>20</sup>:

São medidas substitutivas da prisão provisória entre nós: **a) a prisão domiciliar** (prevista no Estatuto da OAB); **b) o compromisso de comparecer perante a autoridade competente quando da prática de atos processuais – ou um simples comparecimento periódico**, ainda que não seja para a prática de atos processuais (**é a chamada liberdade provisória vinculada sem fiança**); e **c) a fiança**. Elas procuram substituir a prisão provisória, evitando, assim, que a pessoa sofra um maior padecimento.

**Diz-se, então, que nesses casos o autor da conduta punível goza de uma liberdade provisória.** (grifo nosso)

O que se tinha então, antes da Lei 12.403/11 era a vinculação das medidas cautelares à concessão da liberdade provisória. Importa destacar que a reforma ocorrida em 2011 deu autonomia a várias dessas medidas que estavam sob a dependência da liberdade provisória, entre elas a fiança, de maneira que “Na sistemática do art. 319, a fiança adquire o status de medida autônoma da liberdade provisória e por isso pode ser aplicada em qualquer fase do processo”.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.575.

<sup>19</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.692.

<sup>20</sup> Ibidem. p.692.

<sup>21</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.179.

#### 1.4 Processo Legislativo do projeto de lei 4.208/2001

Necessárias ainda se fazem algumas palavras a respeito do processo legislativo que envolveu a aprovação do Projeto de Lei (PL) 4.208/2001. O referido projeto resultou na Lei 12.403/11, a norma que é objeto de estudo da presente pesquisa. Foi elaborada por Comissão de Juristas presidida pela Profa. Ada Pellegrini Grinover<sup>22</sup>, renomada jurista que também se encarregou dos projetos que deram origem à reforma processual de 2008, por meio das Leis 11.689, 11.690 e 11.719.

Embora já houvesse, desde 2009, a tramitação de um projeto de lei para a criação de um novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado n.156), foi dado prosseguimento ao PL 4.208/2001, que, em maio de 2011 virou lei e terminou por operar a reforma das medidas cautelares.

Aury Lopes Jr, assim descreve essa movimentação legislativa:

Inicia-se o ano de 2011 e todas as atenções estão focadas na tramitação do PLS n. 156 na Câmara dos Deputados.

E então, para surpresa geral, ressurgiu o PL n. 4.208, de 2001 (agora, Lei n. 12.403/2011), que seguia na sua discreta e lenta tramitação para uma nova reforma parcial. Obviamente, a pergunta foi: por que mais uma reforma parcial se existe um CPP novo para ser discutido e votado? E a resposta para essa pergunta não é jurídica, mas política. Vem à baila, novamente, o argumento da dificuldade de discutir todo o processo penal e aprovar um código novo, frustrando, exatamente, o anseio de todos.<sup>23</sup>

A crítica não se deu somente pelo fato de se ter ignorado o conteúdo do novo Código de Processo Penal (CPP) que tramitava no Congresso, mas também por se ter enxertado alguns elementos (fundamento de garantia da ordem pública e da ordem econômica, por exemplo) que não estavam presentes nem mesmo no texto original elaborado pela comissão de juristas presidida por Ada Pellegrini Grinover:

Infelizmente, estamos diante de uma nova reforma pontual que nem sequer aproveitou o trabalho desenvolvido no PLS n. 156/2009, optando por um texto de 2001, que ainda foi violentado. Exemplo disso é a equivocada **manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica que não estava no texto originário do PL**

<sup>22</sup> Composta também por Antonio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Petrônio Calmon Filho, Sidney Beneti e Rui Stoco.

<sup>23</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.14.

**n.4.208/2001** e foi resgatada na Câmara dos Deputados em 2002 e mantida até o final da tramitação.<sup>24</sup>

Há, no entanto, outras razões, além daquelas referentes às dificuldades da discussão parlamentar. A aprovação do PL n 4.208/2001 foi uma resposta ao crescente número de presos cautelares em nosso país, de modo que essa decisão política de se passar o referido PL na frente do PLS n 156 foi tomada com base nos tristes fatos da realidade carcerária brasileira, que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça<sup>25</sup>, já possuía, ao final de 2014, 32% dos encarcerados presos provisoriamente.

## **1.5 A reforma operada pela Lei 12.403/2011**

A parte da discussão a respeito das expectativas e o contexto em que se deu a reforma operada pela Lei 12.403/2011, trataremos no presente subtópico das mudanças efetivas que a norma trouxe ao ordenamento jurídico pátrio.

### **1.5.1 A prisão em flagrante tão somente como medida preparatória**

Ante as pontuais alterações que sobrevieram da reforma ora estudada, tem-se a importante confirmação da precariedade da prisão em flagrante. Nada obstante a Lei 6.416/77 tenha alterado o antigo parágrafo único do CPP tornando a manutenção do flagrante possível apenas nos casos em que se detectasse algum dos fundamentos da prisão preventiva, ainda era entendimento de poucos que o flagrante poderia se estender como uma prisão cautelar caso fosse necessário, mesmo já tendo cumprido sua finalidade em prol da instrução probatória ou da interrupção da prática delituosa. É o que aduz Aury Lopes Jr.:

Finalmente, vem o flagrante colocado no seu devido lugar, como medida precauteladora, preparatória da prisão preventiva, sem qualquer possibilidade de "prender por si só", como ainda teimavam alguns em sustentar, ainda que o antigo art. 310, parágrafo único, não lhes amparasse.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.15.

<sup>25</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira> Acesso em: 14 nov.2014.

<sup>26</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.16

O autor sustenta que, por se tratar de uma medida precária, com objetivos próprios e solução certa de continuidade, e em razão de poder ser efetuado por qualquer pessoa do povo<sup>27</sup>, o flagrante não se constitui em instituto cautelar. Entende ainda que, ao optar pela restrição da manutenção do flagrante, o legislador estabeleceu o caráter de pré-cautelaridade do instituto. Explica também que “o flagrante não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar”.<sup>28</sup>

Dessa forma, Aury Lopes Jr. assevera que o flagrante não é uma medida independente, porquanto não se presta à assegurar eventual aplicação da pena, ou mesmo a presença do imputado na fase decisória do processo. Conclui seu pensamento arrematando que, dada a instrumentalidade da medida, “ninguém pode permanecer preso sob o fundamento “prisão em flagrante”, pois esse não é um título judicial suficiente”. O que está conforme a reforma alterada pela L.12.403/2011, que só admite a manutenção do flagrante em casos de existência de algum dos fundamentos da prisão preventiva.<sup>29</sup>

### **1.5.2 A Prisão Preventiva**

Inicialmente importam algumas considerações quanto ao requisito da prisão preventiva, o *fumus boni juris*. Alguns autores adaptam os conceitos das lições de processo civil às situações completamente específicas do Direito processual penal. Esse parece ser o caso do *fumus boni juris* (materialidade e indícios suficientes de autoria), que é largamente utilizado pelos doutrinadores de processo penal brasileiro. Aury Lopes leciona que “constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária existência de *fumus boni juris*. Como se pode afirmar que o delito é a “fumaça de bom direito”? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese!”<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Art. 301 do Código de Processo Penal: Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado flagrante delicto.

<sup>28</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.585.

<sup>29</sup> Ibidem. p.587.

<sup>30</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.573.

Dessa forma, entende-se que seja mais acertado o uso do termo ***fumus commissi delicti***, que melhor transparece o requisito da probabilidade da existência de um delito e não o requisito da existência de um direito.<sup>31</sup>

O mesmo ocorre com o fundamento do *periculum in mora*, que é, no entender de Aury Lopes Jr., inadvertidamente utilizado por muitos dos práticos e doutrinadores do Direito. Explica o autor que o tradicional conceito do *periculum in mora* refere-se ao risco que decorre do lapso temporal do ajuizamento de uma ação até o trânsito em julgado do processo. Aduz, ainda, que tal conceito aplica-se com grande pertinência às medidas cautelares reais, no entanto o mesmo não ocorre com as medidas cautelares pessoais. No processo penal, o intuito das medidas cautelares (pessoais) não é impedir que o patrimônio do devedor se dilapide com o passar do tempo, mas garantir que o processo tenha seu curso e alcance seu fim com uma decisão de mérito, seja protegendo a produção de provas, seja garantindo a aplicação da lei penal. Desta maneira, entende o referido doutrinador que, no processo penal, não é o tempo que fundamenta a imposição de uma medida cautelar, o que importa é a situação de perigo decorrente da situação de liberdade do acusado.<sup>32</sup>

Quanto às modificações operadas no instituto da prisão preventiva, tivemos a restrição do seu campo de aplicação, e isso se deu com a alteração do inciso I do artigo 313 do CPP que passou a vigor com a seguinte redação:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Assim sendo, o que anteriormente se podia aplicar a todos os crimes que fossem apenados com reclusão, foi modificado para que somente se prendesse preventivamente por delitos dolosos com pena privativa maior que 04 anos.

Não houve inovação, no entanto, no que se refere aos fundamentos da privação de liberdade em razão da garantia da ordem pública e da ordem econômica, os quais, conforme visto, não estavam presentes no original do PL

---

<sup>31</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2014.. p.573.

<sup>32</sup> Ibidem. p.574.

4.208/2001. Merece bastante atenção o entendimento de que tais fundamentos não se coadunam com um sistema penal democrático, haja vista que tratam-se de conceitos que permitem ampla subjetividade em sua interpretação e consequente aplicação. Não há, ademais, em nenhum outro dispositivo, a explanação do que viriam a ser as ordens econômica e política, ou mesmo daquilo que poderia ameaçar essas ordens. Aury Lopes entende que a reforma de 2011 deveria ter inovado nesse aspecto e ter modificado a lei no que se refere a essas fundamentações:

O abandono desse fundamento (garantia da ordem pública e econômica), cuja pseudoconstitucionalidade é fortemente atacada pela doutrina há muitos anos, sem falar na perigosa porosidade conceitual que encerra, ao recorrer a conceitos vagos, imprecisos e indeterminados, sem um referencial semântico claro, era imprescindível.<sup>33</sup>

Em outra oportunidade, Aury faz nova crítica à Lei 12.403/2011, asseverando que, nesse sentido, ela “não evoluiu em nada. E mais, representou, inclusive, um retrocesso à luz do Projeto de Lei n. 4.208/2001 originariamente apresentado (cuja redação era muito melhor e abandonava as categorias “ordem pública” e “ordem econômica)”.<sup>34</sup>

Entende-se que tais fundamentos não se coadunam com o princípio constitucional de ampla defesa, dificultando, assim, o próprio direito do acusado de se defender em fase inquisitorial ou judicial apropriadamente, de modo que a aplicação de tais fundamentos “serve à qualquer senhor, mas não serve a um processo democrático e constitucional”.<sup>35</sup>

A Prisão Preventiva é a *ultima ratio* no que se refere às medidas cautelares. Poderá ser aplicada a partir de requerimento do Ministério Público ou a partir de representação da autoridade policial. Existe, ainda, a possibilidade de que o querelante possa efetuar o pedido pela prisão preventiva. No entanto, em razão de os crimes de iniciativa privada possuírem, em geral, menor gravidade, isso é muito pouco comum. O que pode acontecer é que o querelante, em ação subsidiária da pública, atuando em substituição ao Ministério Público, possa requerer a prisão preventiva, desde que demonstre a existência dos seus pressupostos.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.15

<sup>34</sup> Idem. *Direito processual penal*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p.607.

<sup>35</sup> Op. cit. p.15.

<sup>36</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.85

Critica-se ainda, o fato de a reforma ter mantido a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício. Argumenta-se que, sob o sistema processual penal acusatório, não é papel do julgador investigar a existência de requisitos da preventiva com o intuito de decretar a prisão cautelar. Isso violaria o princípio da imparcialidade, garantia constitucionalmente assegurada em decorrência do princípio do juiz natural:

Integra também o conceito de juiz natural, para os fins constitucionais, a ideia de imparcialidade, isto é, a concepção de “neutralidade e distância em relação às partes”[...]

Daí a necessidade de que o sistema preveja e desenvolva fórmulas que permitam o afastamento, a exclusão ou a recusa do juiz que, por razões diversas, não possa oferecer a garantia de imparcialidade.<sup>37</sup>

Alega-se que tal proceder caracteriza-se como ativismo judicial, o que deturparia a posição de órgão estatal supraordenado às partes, conflituando com a teoria da equidistância necessária entre os sujeitos do processo. Aury Lopes assevera que a posição de julgador exige “um estar alheio aos interesses das partes na causa”, sustentando que, a partir do momento que o julgador decreta a prisão preventiva de ofício, ele incorre em incompatibilidade com a postura exigida pelo sistema acusatório.

Atenta-se ainda para o fato de que a norma em estudo não foi capaz de dar aplicabilidade ao direito de ser julgado em tempo razoável, nos termos do inciso LXXVIII<sup>38</sup> da Constituição Federal, direito esse que subsiste expressamente em nossa Carta Magna desde a EC 45/2004.

Já no século XVIII Beccaria<sup>39</sup> trazia-nos reflexões sobre a celeridade processual. Aduzia ele que a demora processual deveria ser a mais reduzida possível conforme o delito praticado. Bem como que caso se desejasse houvesse alguma utilidade na aplicação da pena, esta deveria acompanhar de perto o delito.

Não pretende-se adentrar nas finalidades da pena defendidas pelo autor, no entanto pode-se compreender que a demora judicial em si já constitui grande prejuízo ao réu, haja vista os sofrimentos e angústias por ele suportado durante todo o trâmite. Se o acusado liberto já pode ser considerado um apenado, o

---

<sup>37</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 438.

<sup>38</sup> Art. 5º, LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>39</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ed. São Paulo: Martin Claret, 2009. p.43.

que se dirá daquele que responde ao processo sem a sua liberdade? Tal é a importância da presente discussão, de modo que constitui-se em grave escolha política a ausência de limites temporais para um julgamento razoável.

Assim leciona Aury Lopes Jr.<sup>40</sup>:

O fato de o Código de Processo Penal fazer referência a diversos limites de duração dos atos (v.g. arts 400, 412, 531 etc.) não retira a crítica, posto que são prazos despidos de sanção. Ou seja, aplica-se aqui a equação prazo – sanção = ineficácia.

Aduz o autor que o nosso ordenamento adota a chamada *Doutrina do Não Prazo*, que constitui-se na **ausência de prazos processuais com uma sanção pelo descumprimento**. Tal modo de proceder permite que continuem a surgir em nosso Sistema Jurídico aberrações como o caso de acusados que permanecem longos períodos presos sem que haja uma sentença condenatória irrecorrível.<sup>41</sup>

## 1.6 Medidas Cautelares Diversas da Prisão

Certamente a criação de um rol de medidas cautelares foi a medida de maior impacto trazida pela lei 12.403/11. Abaixo estão discriminadas as medidas cautelares alternativas introduzidas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal<sup>42</sup>:

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

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

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

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

<sup>40</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p.126.

<sup>41</sup> *Ibidem*. p.126.

<sup>42</sup> MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*, 2ª Edição. Saraiva, 2012. p.358.

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

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

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

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

IX — monitoração eletrônica (art. 319).

O art. 320 do CPP refere-se destacadamente à proibição de ausentar-se do país, dizendo que a imposição de tal medida será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 horas.

Uma peculiaridade refere-se ao fato de que duas das medidas que anteriormente eram tidas como meras condições impostas pelo juiz na concessão de liberdade provisória passaram a integrar o rol (não taxativo) das medidas cautelares (comparecimento periódico em juízo e proibição de ausentar-se da comarca).<sup>43</sup>

Anteriormente à entrada em vigor da referida reforma, em função da escassez de alternativas, aplicava-se a título de poder geral de cautela (art. 798 do CPC) diversas medidas cautelares atípicas. Aury Lopes exemplifica que havia decisões em que: “revogando uma prisão preventiva, impunham “condições” ao imputado, tais como entrega de passaporte, restrição de locomoção, dever de informar viagens etc.”<sup>44</sup>. Entende-se que embora a teoria do Poder Geral de Cautela seja muito bem recepcionada no âmbito cível, permitindo ao juiz a utilização de medidas cautelares nominadas e inominadas, perante a necessidade de se prevenir os danos e perdas patrimoniais, o horizonte garantista penal não o permite. Isso se dá em razão de a forma e as formalidades processuais serem um direito fundamental do acusado. Dessa forma, Aury Lopes entende que não deveria haver espaço para aplicação de medidas cautelares atípicas, uma vez que o princípio do

---

<sup>43</sup> INSTITUTO Sou da Paz. *O Impacto da Lei das Cautelares nas Prisões em Flagrante na Cidade de São Paulo*, 2014. p.19. Disponível em: [http://soudapaz.org/upload/pdf/lei\\_das\\_cautelares\\_2014\\_digital.pdf](http://soudapaz.org/upload/pdf/lei_das_cautelares_2014_digital.pdf) Acesso em 01 out.2015.

<sup>44</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.574.

processo legal, balizador do processo penal, funda-se a partir da legalidade e daí retira a sua autoridade:

O processo penal é regido pelo princípio da legalidade, de modo que toda e qualquer restrição da esfera de liberdades individuais deve estar expressamente prevista em lei. Todo poder é condicionado e não existe espaço democrático e constitucional para falar em “poder geral de cautela penal”.<sup>45</sup>

Embora a nova lei tenha inserido no artigo 319 múltiplas medidas cautelares diversas da prisão, em momento algum ela estabelece que tais medidas cautelares diversas constituam um rol taxativo. Dessa maneira, aqueles que entendiam que o poder geral de cautela se aplicava ao processo penal antes da lei 12.403/11, não terão dificuldade em fundamentar a aplicação de medidas cautelares atípicas durante o período que viger a nova reforma<sup>46</sup>. **Entende-se, porém, que o mais acertado seja a aplicação exclusiva daquelas medidas cautelares que estão previstas nos artigos 319 e 320 do CPP**, devendo ser consideradas, portanto, como se fossem um rol taxativo fossem. Tal é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, corte responsável pela coerência e harmonia da legislação federal<sup>47</sup>.

Comparativamente, é incontestável que as medidas cautelares diversas (da prisão) são mais brandas e não dispõem da danosidade de que o aprisionamento é portador. Apenas como exemplo, vale dizer que ainda mesmo que não houvesse nenhuma consequência material ou psicológica para o indivíduo

<sup>45</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.31.

<sup>46</sup> Idem. *Direito processual penal*. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p.575-576.

<sup>47</sup> Nesse sentido a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, responsável pelo zelo da legislação federal: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA COM DETERMINAÇÃO DE AFASTAMENTO DO CARGO. ARTIGO 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/92. APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE. **PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL PARA FINS RESTRITIVOS. INEXISTÊNCIA.**

1. É inviável, no seio do processo penal, determinar-se, quando da revogação da prisão preventiva, o afastamento do cargo disciplinando no artigo 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, previsto para casos de improbidade administrativa.

2. **Não há falar, para fins restritivos, de poder geral de cautela no processo penal. Tal concepção esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência.**

3. Ordem concedida para revogar a providência do artigo 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92, determinada pelo Tribunal a quo, no seio da ação penal n. 2007.70.09.001531-6, da 1.ª Vara Federal de Ponta Grossa/PR.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC. 128599/PR, Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Brasília, 07 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-07/poder-geral-cautela-flagrante-ilegalidade-processo-criminal>> Acesso em: 20 nov.2015.)

advinda da segregação forçada, a tão só estigmatização advinda do aprisionamento lhe traria muitas dificuldades. Embora as medidas cautelares sejam menos invasivas, também limitam importantíssimos direitos fundamentais do indivíduo, como a liberdade de dispor do próprio tempo como se lhe aprouver.

Neste sentido aponta Renato Marcão, aduzindo que “não é possível conceber a aplicação indiscriminada destas medidas cautelares, que, embora não privativas de liberdade, determinam obrigações ou sérias restrições a direitos constitucionalmente assegurados”<sup>48</sup>.

À vista disso, e por disporem de natureza cautelar as medidas cautelares diversas da prisão não estarão isentas da análise do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Sujeitas que estão, assim como as prisões cautelares, ao princípio da provisionalidade, as situações fáticas e jurídicas é que irão determinar a imposição de cautela, de modo que: “uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus comissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão”<sup>49</sup>. Disso decorre a necessidade de soltura do sujeito que foi preso para preservação de alguma prova já colhida, ou para evitar que sua ação gerasse algum incidente, não sendo mais provável (probabilidade negativa) que tal incidente ocorra. Desse modo, as decisões que impõem o cumprimento de uma medida cautelar alternativa à prisão deverão ser sempre fundamentadas.<sup>50</sup>

Esclarece Aury Lopes, no entanto, que **há divergência na doutrina quanto ao cabimento ou não de tais medidas nos casos em que há restrição legal para a aplicação da prisão preventiva** (art. 313 do CPP)<sup>51</sup>.

**O entendimento majoritário assevera que as medidas cautelares poderão ser aplicadas em todos os casos que se verifique a existência dos pressupostos cautelares (*fumus e periculum*), de forma que aplicar-se-iam inclusive nas situações em que há restrição à decretação da prisão preventiva.**

<sup>48</sup> MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*, 2ª Edição. Saraiva, 2012. p.358. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502155367/page/358>> Acesso em 01 out.2015.

<sup>49</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.578.

<sup>50</sup> Idem. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.145.

<sup>51</sup> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos **crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;**

II - se tiver sido **condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado**, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

[...]

Desta feita, no entendimento desta corrente doutrinária, as possibilidades de aplicação entre medidas cautelares diversas e prisão preventiva resumem-se a estas<sup>52</sup>:

- Nos crimes dolosos cuja pena máxima é superior a 4 anos e existam *fumus comissi delict* e *periculum libertatis*, poderão ser utilizadas as medidas cautelares diversas ou, se inadequadas e insuficientes, a prisão preventiva;
- Nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos e existam *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, somente poderá haver decretação de medida cautelar diversa;
- Nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos em que existam *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, e exista uma das situações dos incisos II ou III do art. 313, poderá ser decretada medida cautelar diversa ou, excepcionalmente, a prisão preventiva.

Neste sentido discorre Renato Marcão, que assevera ser possível a imposição de medidas cautelares alternativas mesmo na ausência dos requisitos específicos da prisão preventiva:

As medidas cautelares restritivas podem ser impostas mesmo nos casos em que ausentes os requisitos da prisão preventiva. Não é preciso que se estabeleça, antes, toda a análise das regras ditadas pelos arts. 312 e 313 do CPP, para, então, só depois de identificada hipótese de decretação da prisão, determinar uma das restrições.

**Uma outra corrente entende que as cautelares diversas possuem natureza substitutiva da prisão preventiva**, de modo que sua aplicação estaria condicionada somente aos casos em que a prisão preventiva pudesse ser decretada. Argumenta-se que deve-se resguardar o uso das medidas diversas ao seu fim mais importante, que é o de ensejar alternativas à prisão preventiva, sob pena de que o seu uso indevido gere a banalização e a descaracterização de tais medidas. Tal entendimento, segundo Aury Lopes Jr., sustenta-se na necessária “coerência e harmonia do sistema cautelar (imposto pela necessária interpretação sistêmica)”<sup>53</sup>.

Ademais, segundo o autor, o artigo 282 do Código de Processo Penal em seu §6º demonstraria o incontroverso caráter substitutivo das medidas cautelares<sup>54</sup>:

<sup>52</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.146.

<sup>53</sup> *Ibidem*. p.146.

<sup>54</sup> *Ibidem*. p. 146.

§6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Contrariando este entendimento, Renato Marcão argumenta que o artigo 321 do Código de Processo Penal<sup>55</sup> demonstra o oposto<sup>56</sup>:

Para afastar definitivamente o argumento no sentido de que apenas se faz possível a imposição de medida cautelar restritiva quando presentes os requisitos da prisão preventiva basta verificar que ditas medidas podem ser aplicadas no momento em que o juiz concede liberdade provisória, como decorre do disposto no art. 321 do CPP. Vale dizer: é juridicamente possível conceder liberdade provisória cumulada com medida cautelar restritiva. Ora, é sabido que prisão preventiva e liberdade provisória são institutos que se antagonizam. Onde cabe prisão preventiva não cabe liberdade provisória.

Na análise da contenção do poder punitivo, objeto de estudo da presente pesquisa, as medidas cautelares serão tratadas, juntamente com outras inovações da lei 12.403/11, sob o seu enfoque desprisionalizante, aspecto necessário ao evidente objetivo do projeto de lei 4.208/2001, que é o abrandamento da caótica situação de nosso sistema prisional, que conta com quase tantos presos provisórios quanto definitivos.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

<sup>56</sup> MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*, 2.ed. Saraiva, 2012. p.360. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502155367/page/358>> Acesso em 01 de outubro de 2015.

<sup>57</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.146.

## 2. A CULTURA DE APRISIONAMENTO E A LEI 12.403/11

Com a missão de propiciar efetividade ao princípio da não culpabilidade, em face da imensa quantidade de presos aguardando julgamento em nosso país, a Lei 12.403/2011 buscou reduzir a amplitude de situações que levam ao aprisionamento cautelar. Mas asseveram os penalistas Amaury Silva e Felipe Miranda dos Santos que:

Não trata a Lei 12.403/2011 de um mecanismo ou fórmula para se dificultar a prisão antes do trânsito em julgado. Ao contrário, as novas medidas de conteúdo cautelar despontam em um horizonte alvissareiro, prestigiando-se a concretização da própria jurisdição penal, sem perda da proteção de bens jurídicos e interesses, enquanto tramita ação penal, evitando-se distorções severas e muitas vezes inúteis, que as segregações antecipadas são capazes de produzir em larga escala.<sup>58</sup>

Nada obstante toda a expectativa gerada em torno dos efeitos da referida norma, pesquisas recentes demonstram que não se tem diminuído o número de presos provisórios<sup>59</sup>. Tal a razão de ser do presente capítulo, que analisará as dificuldades enfrentadas por uma norma desprisionalizante, qual o é a Lei 12.403/11, e como, ao que parece, tem-se preferido em muitos casos enclausurar o acusado a aplicar-lhe alguma das novas medidas cautelares introduzidas no art. 319 do CPP<sup>60</sup>.

A frustração das expectativas geradas em torno de um instrumento normativo penal não seriam inéditas, é o que recordam Amaury Silva e Felipe Miranda dos Santos, quando afirmam que as mesmas expectativas criadas em torno da reforma das medidas cautelares foram criadas pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), expectativas essas que resultaram em frustração (SILVA, Amaury; SANTOS, Felipe Mirando dos, 2011, p.11).

---

<sup>58</sup> SILVA, Amaury; DOS SANTOS, Felipe Miranda. *Liberdade provisória e outras medidas cautelares*. Leme: J. H. Mizuno, 2011.p.10.

<sup>59</sup> Comparação entre dados do INFOPEN 2010 e 2014. Disponíveis em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>> Acesso em 01 de outubro de 2010 e <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 01 de outubro de 2010.

<sup>60</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

## 2.1 A Cultura de Aprisionamento

Conforme pensamento exarado pelo professor Eugênio Raul Zaffaroni, “cada país tem politicamente o número de presos que decide ter”<sup>61</sup> e contrariamente ao que pensa o vulgo, a quantidade de presos não se dá necessariamente em razão da quantidade de práticas delituosas cometidas<sup>62</sup>:

Isso explica que os EUA tenham o índice mais alto do mundo e o Canadá quase o mais baixo de todo o mundo. Não porque os canadenses soltem os homicidas e estupradores, mas porque o nível de criminalidade média é escolhido de forma política. Não há regra quando se trata de casos de delinquência mediana, a decisão a respeito é política, portanto, pode ser arbitrária ou não. Ademais, a maioria de nossos presos latino-americanos não estão condenados, são processados no curso da prisão preventiva.

Sob esta ótica, pode-se dizer que trata-se de uma escolha política o fato de o Brasil ostentar, com mais de seiscentos mil presos, a quarta maior população carcerária do mundo<sup>63</sup>.

É amplamente conhecida, porém, a incapacidade crônica de nosso país em gerir os seus estabelecimentos prisionais. Dados do Departamento Penitenciário Nacional informam que os nossos presídios encontram-se com uma taxa de ocupação média de 161% e um déficit total de mais de duzentas mil vagas<sup>64</sup>. Esses dados demonstram a gravidade da atual situação vivida pela população carcerária brasileira, que sofre a incúria de uma política criminal não condizente com as possibilidades do Estado.

Zaffaroni<sup>65</sup> alerta para a inevitável perda de legitimidade dos sistemas penais latino americanos, os quais não tem mais sido capazes de manter-se em razão da falsidade de seu discurso de prevenção e ressocialização “que se desarma ao mais leve toque com a realidade”.

<sup>61</sup> Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/14487>> acesso em: 30/07/2015

<sup>62</sup> Na realidade, muitas das situações que se enquadram nas definições da lei penal não entram na máquina. [...] Pareceu-lhes anormal [aos pesquisadores] que acontecimentos criminalizáveis não fossem efetivamente perseguidos. Com esta preocupação, numerosas pesquisas tentaram descobrir o volume de fatos legalmente puníveis que o sistema ignora ou menospreza. **Este volume é considerável.** HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas*. O sistema penal em questão. 2.ed. Luam Editora LTDA, 1997. p.64.

<sup>63</sup> Está atrás apenas de EUA, China e Rússia. Infopen 2014. p.12.

<sup>64</sup> Ibidem. p.12.

<sup>65</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das Penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 5.ed., 2001. p.12.

Os tradicionais discursos de prevenção geral e ressocialização desmoronam ante a inegável falta de eficácia do sistema penal. Pode-se dizer mesmo que nossas práticas penais chegam a ser contraprodutivas para a sociedade<sup>66</sup>, haja vista que reproduzem e aumentam por meio de um ciclo pernicioso a violência gerada pela própria sociedade. Nesse sistema fechado de componentes, nossa sociedade só tem a perder com a manutenção de práticas penais ostensivamente desprovidas de utilidade<sup>67</sup>.

As doutrinas da reação social nos mostram como o Sistema Penal não faz jus à bandeira igualitária na proteção de bens jurídicos, demonstrando que a sua fragmentariedade é bem direcionada a interesse de alguns em detrimento de outros, e que há seletividade tanto na escolha dos bens jurídicos a serem protegidos quanto na escolha da população alvo de sua atuação:

Não é difícil perceber que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta, mas uma qualidade atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de seleção. E essa função selecionadora já pode ser diagnosticada a partir da produção da norma penal, que não raras as vezes, vem ao mundo objetivando atingir determinados grupos de pessoas, notadamente àqueles pertencentes aos mais baixos extratos sociais.<sup>68</sup>

Nosso sistema penal está amplamente permeado por características denotadoras de suas contradições. Zaffaroni assevera, no entanto, que tais contradições não são apenas resultado de conjunturas temporais, mas fazem parte da organização estrutural de todo sistema penal:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> Cf. criminologia do dano. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 6.ed., 2011.

<sup>67</sup> Louk Hulsman considera o sofrimento infligido pela prisão como um sofrimento estéril: "Nem todo sofrimento é um mal. Há sofrimentos benéficos, que fazem progredir no conhecimento de nós mesmos, abrindo novos caminhos, nos aproximando dos outros e nos tornando melhores. O encarceramento, porém, é um sofrimento não criativo, desprovido de sentido." HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas*. O sistema penal em questão. 2.ed. Luam Editora LTDA, 1997. p.62.

<sup>68</sup> CHAVES JÚNIOR, Aírto. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. *Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS Medellín-Colombia*, V. 41, n. 114, p.77-129, 2011. p. 97.

<sup>69</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das Penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 5.ed., 2001. p.15.

Atesta ainda que até hoje se justificou a manutenção da ideologia dos sistemas penais latino-americanos sob a justificativa da transitoriedade dos seus defeitos, de modo que o desenvolvimento progressivo das sociedades latino-americanas sanaria todas as aparentes contradições. Tal hipótese, no entanto, demonstrou-se falsa ante a manutenção do papel econômico periférico em face das economias centrais<sup>70</sup>.

Ademais, afirma Zaffaroni que sempre se soube que o discurso penal latino americano é falso, e que seria ingenuidade acreditar que a manutenção dos sistemas penais falidos se dá pela própria inércia ou incúria do legislador. Segundo o autor, a sua manutenção foi e é ainda hoje provida pelos interesses políticos e econômicos que predominam em nossa sociedade: “O discurso jurídico-penal revela-se inegavelmente como falso, mas atribuir sua permanência à má fé ou à formação autoritária seria um simplismo que apenas agregaria uma falsidade à outra.”<sup>71</sup>

Alessandro Baratta<sup>72</sup> também se refere a essa obscura intencionalidade que permeia os sistemas penais:

**Partindo desta unidade funcional pode-se compreender como o insucesso que, nos últimos 150 anos, acompanha todas as iniciativas de reformas e tentativas de fazer do sistema carcerário um sistema de reinserção, não pode ser interpretado como o casual e desafortunado desvio da realidade carcerária das funções a ela atribuídas pelo direito, ou seja, como consequências não *desejadas* do direito.** Deste ponto de vista, a lógica da aplicação seria uma lógica contrária à da normatização. Uma visão global do direito permite, ao contrário, interpretar a lógica da normatização à luz da realidade histórica e social em que ela é concretizada. Isto permite atribuir a todo o sistema, e não somente à aplicação, a sua função real, controlável com os dados da experiência, e interpretar como ideologia legitimante as finalidades do legislador que, até agora permaneceram um programa irrealizado.

---

<sup>70</sup> Na verdade, sempre se soube que o discurso penal latino-americano é falso. A diferença qualitativa neste momento crítico reside no fato de que não é mais possível sair deste impasse com o argumento da transitoriedade desta situação e continuar apresentando-a como resultado de meros defeitos conjunturais de nossos sistemas penais, defeitos produzidos por nosso subdesenvolvimento e recuperáveis mediante um desenvolvimento progressivo, semelhante, em quase tudo, ao caminho empreendido pelos países centrais. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das Penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 5.ed., 2001. p. 14.

<sup>71</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das Penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 5.ed., 2001. p.13.

<sup>72</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 6ed., 2011. p.188

Essa obscuridade é mantida com base em um conjunto de proposições tão incoerentes e simplistas quanto sutis e que tem por consequência manter o poder punitivo a cargo dos mesmos agentes que monopolizam os poderes econômico e político. Tais proposições foram estudadas e classificadas por Alessandro Baratta, que as dividiu em princípios, denominando-os em seu conjunto de ideologia da defesa social.

Por demais importante para a compreensão da cultura de aprisionamento e em razão de sua ampla difusão que, de tão presente em nossa sociedade, alcança desde as ditas ciências penais até o entendimento popular, faz-se necessário tratarmos especificamente dessa forma de pensamento<sup>73</sup>.

## 2.2 A ideologia da defesa social

Alessandro Baratta<sup>74</sup> refere-se à ideologia da defesa social como uma ilusão sustentada por seus defensores de que ela consubstancia os maiores progressos realizados pelo direito penal moderno. Não é por acaso que o autor se utiliza do termo “ideologia”<sup>75</sup>, entendendo-o na sua acepção marxista, ou seja, no seu significado de falsa consciência, que, segundo Baratta, legitima instituições sociais atribuindo-lhes funções ideais diversas das realmente exercidas. Trata-se, pois, de um conjunto de postulados da ciência penal, que, com o passar do tempo, e, em virtude de sua aceitação acrítica, tornaram-se base de uma crença dominante chamada defesa social. Pode-se dizer que ela é aceita pelo que prega, mas o que tal ideologia prega não é o que ela realiza. Em função de sua lógica aparente, muitos a defendem, por vezes, precipitadamente, contra os assaltos das teorias sociológicas e da razão, não obstante seja justamente a favor desta que os adeptos de tal ideologia alegam militar.

Baratta situa o surgimento de tal ideologia juntamente com o advento da revolução burguesa:

---

<sup>73</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 6.ed., 2011. p.42-43.

<sup>74</sup> Ibidem p.43.

<sup>75</sup> O termo “ideologia” em um significado positivo (conforme o uso de Karl Mannheim) se refere aos ideais ou programas de ação, em um significado negativo (conforme o uso de Marx), se refere à falsa consciência, que legitima instituições sociais atribuindo-lhes funções ideais diversas das realmente exercidas. Ibidem. p.240.

A ideologia da defesa social (ou do “fim”) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumiu o predomínio ideológico dentro do específico setor penal. As escolas positivistas herdaram-na da Escola clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade com as exigências políticas que assinalam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico ao estado social.<sup>76</sup>

O conceito de defesa social que interessa a este estudo é o de uma ordem de princípios fundamentais que efetivamente dominou a lei penal. Baratta<sup>77</sup> nos esclarece que:

Na consciência dos estudiosos e dos operadores jurídicos que se consideram progressistas, isso tem um conteúdo emocional polêmico e, ao mesmo tempo, reassegurador. De fato, por ser muito raramente objeto de análise, ou em virtude desta sua aceitação acrítica, o seu uso é acompanhado de uma irrefletida sensação de militar do lado justo, contra mitos e concepções mistificantes e superados, a favor de uma ciência e de uma práxis penal racional.

A ideologia da defesa social, segundo o autor<sup>78</sup>, pode ser resumida no conjunto de princípios que, de tão difundidos encontram-se presentes, ainda que implicitamente, em grande parte das conversações do dia-dia sobre criminalidade:

- a) **Princípio da legitimidade:** O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a 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.
- b) **Princípio do bem e do mal:** O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.
- c) **Princípio da culpabilidade:** O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.
- d) **Princípio da finalidade ou prevenção:** A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente.

<sup>76</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 6.ed., 2011. p.41.

<sup>77</sup> *Ibidem*. p. 44.

<sup>78</sup> *Ibidem*. p. 42.

- e) **Princípio da igualdade:** A criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.
- f) **Princípio do interesse social e do delito natural:** O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda a sociedade. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).

Em razão de seu apelo, teorias assim propagadas, mesmo que totalmente refutadas<sup>79</sup>, são capazes de gerar efeitos de grande relevância. Muito embora tenhamos visto que a ideologia da defesa social nasceu e se implantou nas ciências penais, a concretização de seus pressupostos perpassa pela legitimidade que a esta é conferida especialmente pela opinião popular. Tal anuência popular só é conseguida com o auxílio de poderosos instrumentos de controle social, que são utilizados por interesses que almejam manter o controle punitivo a seu serviço.

As comunicações de massa, portanto, exercem esse papel e se destacam por serem grandes responsáveis pela consolidação dos discursos punitivistas na consciência dos povos.

### 2.3 A mídia como construtora da realidade

Partindo do princípio que toda forma de comunicação possui uma intencionalidade, entende-se que a comunicação midiática não seja exceção. O seu papel informativo e a sua pretensa imparcialidade nesse mister não retiram de suas práticas os seus efeitos concretos. Desse modo a função social que a mídia desempenha deverá ser conhecida por suas consequências e não somente pelo que se diz delas. Assim sendo, pode-se observar como a mídia exerce um relevante papel na solidificação dos ideais da defesa social na opinião pública. Utilizando-se dos complexos mecanismos da linguagem a mídia faz mais do que apenas informar, ela constrói realidades<sup>80</sup>:

---

<sup>79</sup> cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 6.ed., 2011. capítulos III, IV, V e VI.

<sup>80</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, 2006. P.696-697. Apud MOURA, Genilma Pereira De. Ideologia da Defesa Social e a Construção da Ideologia da Punição.

Cirino dos Santos enfatiza que “a teoria da linguagem consentiu descobrir o significado da projeção de imagens ou símbolos na psicologia do povo pelos meios de comunicação de massa, segundo o célebre teorema de THOMAS, assim formulado: situações definidas como reais produzem efeitos reais. Logo se imagens da realidade produzem efeitos reais, então seria desnecessário agir sobre a realidade para produzir resultados concretos, porque ações sobre a imagem da realidade seriam suficientes para criar efeitos reais na opinião pública – por exemplo, ações sobre a imagem da criminalidade têm sido suficientes para criar efeitos reais de alarme social, necessário para campanhas de lei e ordem desencadeadas com o objetivo de ampliar o poder político e legitimar a repressão penal, em épocas de crise social.

Zaffaroni<sup>81</sup> nos indica a existência de uma criminologia midiática que constitui a base de toda a (ir)reflexão penal sustentada pela imensa maioria dos meios de comunicação:

Existe uma criminologia midiática que pouco tem a ver com a acadêmica. Poder-se-ia dizer que, em paralelo às palavras da academia, há uma outra criminologia que atende a uma criação da realidade através da informação, subinformação e desinformação midiática, em convergência com preconceitos e crenças, que se baseia em uma etiologia criminal simplista, assentada em uma causalidade mágica.

Esclarece-nos ainda que o fenômeno da criminalidade midiática aqui abordado não é invenção da modernidade, ele apenas adquiriu nova roupagem com as tecnologias de massa, tendo como núcleo na atualidade a plataforma televisiva. Ao citar<sup>82</sup> Gabriel Tarde, ressalta a importantíssima força dos meios midiáticos em todos os tempos:

(...) a arte de governar se converteu, em grande medida, na habilidade de servir-se dos jornais. Ele [Gabriel Tarde] percebeu claramente a força extorsiva dos meios de comunicação de massa (na sua época, os jornais), a grande dificuldade para neutralizar os efeitos de uma difamação jornalística e da exploração da credulidade pública.

Não se pode deixar de observar que a estigmatização social, fenômeno muito estudado pelos sociólogos da reação social, sofre poderosa influência da comunicação midiática. Zaffaroni alerta para a danosidade social desse

---

<sup>81</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos* : conferências de criminologia cautelar, São Paulo, Saraiva, 2012. p.303. v.1.

<sup>82</sup> Ibidem. p.304.

tipo de prática e a sua irreversibilidade aduzindo que “A pessoa que é policialmente estigmatizada perde qualquer possibilidade de reinserção na vida normal”<sup>83</sup>.

No que se refere à estigmatização, em sua notória publicação de 1968 - *Outsiders: Estudos de sociologia do Desvio*, Howard S. Becker, partindo da perspectiva do interacionismo simbólico, consegue, por meio de suas pesquisas com usuários de maconha nos EUA, demonstrar que a reação social tem como principal efeito a alteração da “identidade social” de um indivíduo, o que ocorre no momento em que o rótulo é satisfatoriamente atribuído a ele.

Nas palavras de Becker<sup>84</sup>:

Havia na tradição sociológica uma abordagem alternativa cujas raízes remontavam ao famoso dito de W.I. Thomas: “Se os homens definem situações como reais, elas são reais em suas consequências.” Isto é, **as pessoas agem com base em sua compreensão de mundo e do que há nele. Formular os problemas da ciência social dessa maneira torna problemática a questão de como as coisas são definidas**, dirige a pesquisa para a descoberta de quem está definindo que tipos de atividade e de que maneira.

A estigmatização é por conseguinte um dos diversos resultados operados pela criminalidade midiática, que não para por aí. Zaffaroni<sup>85</sup> comenta o atual estado de paranoia em que estão imersas as sociedades industrializadas. A criminalidade midiática tenta construir um tipo ideal de sociedade onde há “eles”, os vilões tenebrosos que estão na espreita para assaltar nossas casas e cometer todo tipo de vilania e “nós”, os cidadãos de bem, que nos postamos após uma longa jornada de trabalho em frente à TV para absorvermos com ansiedade as mais novas barbaridades perpetradas por “eles”:

O pânico moral é o resultado do bombardeio contínuo de notícias sangrentas, da reprodução criminosa provocada por essas notícias, da permanente instigação à vingança, da criação de uma realidade na qual os únicos malefícios e danos provêm deles, cujos delitos não nos permitem estar tranquilos de forma alguma, desfrutar de nada, viver em paz, deixar as portas e janelas de nossas casas abertas.

Dessa forma, por meio da provocação de um estado alterado de percepção, a mídia consegue o ensejo para oferecer soluções simples e imediatas

<sup>83</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos* : conferências de criminologia cautelara, São Paulo, Saraiva, 2012. v.1. p.231.

<sup>84</sup> BECKER, Howard S. *Outsiders: estudo de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 12.

<sup>85</sup> Op. cit. p. 232.

para problemas sociais complexos e intrincados. A opinião pública deveria passar por um natural processo de reflexão de problemas, considerando prós e contras de cada hipótese apresentada, no entanto, atijada pelo pânico moral, antes mesmo que se possa atingir uma relativa maturidade sobre o tema, desconsidera qualquer atitude reflexiva em prol de uma atitude reativa.

Zaffaroni<sup>86</sup> esclarece o proceder da criminologia midiática, pelo qual induz a opinião pública ao pensamento simplista da causalidade mágica:

Em qualquer cultura a causalidade mágica é produto de uma urgência de resposta. Isso não diz respeito ao desinteresse pela causalidade, mas justamente à urgência para encontrá-la. Na criminologia midiática sucede o mesmo. A resposta deve ser imediatamente ao caso concreto, atendendo à urgência conjuntural, ao drama que se destaca, deixando de lado todos os demais cadáveres; **a falta de uma resposta imediata é prova de insegurança.**

Obviamente, reclama-se por uma resposta impossível, já que ninguém pode fazer com que o que aconteceu não tenha acontecido mais. **Frente ao passado, a urgência de uma resposta impossível só pode ser a vingança.** Como a urgência é intolerante, não admite reflexão, exerce uma censura inquisitorial, **qualquer tentativa de responder convidando a pensar é rechaçada e estigmatizada como abstrata, idealista, teórica, especulativa, fora da realidade, ideológica etc.** Isso é perfeitamente compatível com a televisão, onde qualquer comentário mais elaborado em torno da imagem é considerado uma intelectualização que diminui a audiência.

Sob o contexto ora analisado está inserida a figura do órgão judicante, que por certo também é afetado em alguma medida pelas clamores midiáticos, o que constituirá objeto de estudo do tópico a seguir.

## **2.4 O juiz como ser humano, e a resposta humana ao advento de normas que contrariem o ideal punitivista midiático (Lei 12.403/2011)**

O poder judiciário é detentor de grande responsabilidade na sistemática regulatória das garantias penais. Representado pela figura do juiz de Direito, as decisões do judiciário, embora institucionais, são sobretudo decisões humanas. Desse modo, o presente tópico tem como objetivo a reflexão a respeito de como as pressões midiáticas podem influenciar a atividade judicial, relacionando-as pontualmente no que se refere à efetivação de medidas com teor desprisonalizante (Lei 12.403/11).

---

<sup>86</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar, São Paulo, Saraiva, 2012. p. 312. v.1.

### 2.4.1 O ser humano juiz e as pressões sociais

A forma como o juiz<sup>87</sup> se aproxima de seus julgados sofre influência da expectativa que a sociedade cria sobre o seu papel. O juiz é um ser humano investido de autoridade para julgar fatos. Como tal ele possui todas as limitações que caracterizam a humanidade. Sofre, padece paixões e naturalmente seus julgados são permeados por seus sentimentos e valores. Nada obstante, “o juiz detém uma função pública, que carrega uma aura de autoridade, austeridade, honestidade”<sup>88</sup>. Essa aura, ou forma pela qual a sociedade o percebe, pode influenciar negativamente a sua atuação de modo que “a constante diferenciação no tratamento social opera a incorporação destes sentimentos ao juiz, que se vê, assim, “apenas” como juiz, e não como cidadão, humano e falível”<sup>89</sup>:

Em determinado momento, o operador da agência judicial percebe a si mesmo em função de seu cargo e hierarquia e constrói uma identidade assentada sobre essas bases. Recusa os lampejos de consciência sobre as limitações do seu poder, em razão do sofrimento que lhe provocam (afetam seu narcisismo, sua onipotência e sua autoestima[...]; não lhe resta outro recurso senão evitar conflitos com outras agências para preservar sua identidade falsa ou artificial, [...] e, também, **para conservar sua função: o único caminho é a burocratização, ou seja, as respostas estereotipadas, a conformidade com os modelos ‘de sempre’, a “ineficácia treinada”**. [...] Sem dúvida, este comportamento debilita o poder da própria agência, mas, por outro lado, apresenta-se perfeitamente funcional ao exercício de poder configurador positivo das agências restantes do sistema penal. Nada melhor podem desejar estas 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 — e por operadores que procuram evitar qualquer conflito com as agências, inventando tarefas sem provocar, nelas, muito incômodo.<sup>90</sup>

Assim sendo, as pressões exercidas pela criminologia midiática levam a opinião pública a criar a imagem de que um juiz bom é aquele que é “parceiro” da luta contra o crime:

<sup>87</sup> Na presente pesquisa entende-se “juiz” como a função julgadora. (de primeiro grau, desembargadores, ministros etc)

<sup>88</sup> FERREIRA, Carolina Costa. *Discursos do sistema penal. A seletividade nos crimes de roubo, furto e peculato pelos Tribunais Regionais Federais do Brasil*. 2010. 239f. Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p.46.

<sup>89</sup> Ibidem. p.46.

<sup>90</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.141-143. Apud FERREIRA, Carolina Costa. *Discursos do sistema penal. A seletividade nos crimes de roubo, furto e peculato pelos Tribunais Regionais Federais do Brasil*. 2010. 239f. Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p.46.

Entra-se num círculo vicioso, pois o juiz, para manter uma imagem socialmente aprovável (ainda que não seja um desejo pessoal, e sim incorporado pelas próprias pressões da sociedade), reproduz – ainda que inconscientemente – conceitos e discursos de uma instituição histórica e culturalmente patrimonialista, com um (ilusório) objetivo de “defesa da sociedade”.<sup>91</sup>

Nessa ainda que inconsciente busca pela manutenção da confortável imagem<sup>92</sup> de juiz rigoroso e diligente, muitos julgadores acabam cedendo às práticas punitivistas desejadas pela opinião pública, sempre fortemente influenciada pela criminologia midiática. Assim é que, embora muitos desses julgadores não tomem partido pela causa da criminologia midiática, tampouco ousam desafiá-la. Dessa forma podem prevenir-se das fortes pressões sociais e da consequente perda do status de autoridade austera e “protetora da sociedade”. Por consequência a “ineficácia treinada” passa a agir, e a burocratização do sistema é o meio de não se criar conflitos com outras formas de poder como a criminologia midiática para se manter na ilusória posição alcançada:

Diante da agressão midiática e política – que, muitas vezes, condiciona ações que ferem a autonomia dos juizes -, alguns operadores judiciais caem, consciente ou inconscientemente, em racionalizações que os levam a se comportar e a tomar decisões evitando a confrontação com a publicidade da vingança paranoide e com os políticos.<sup>93</sup>

Embora o poder judiciário tenha por dever o exercício da contenção do poder punitivo, na realidade, tem se omitido constantemente ao exercício desse mister. Nas palavras do professor Salo de Carvalho, “é um poder que responsabiliza os outros, mas não se responsabiliza pelo resultado do seu processo de responsabilização”<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> FERREIRA, Carolina Costa. *Discursos do sistema penal*. A seletividade nos crimes de roubo, furto e peculato pelos Tribunais Regionais Federais do Brasil. 2010. 239f. Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p.46.

<sup>92</sup> O juiz exerceria “função supostamente paternal” e não sua função institucional. Ibidem. p.46.

<sup>93</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelara*. São Paulo, Saraiva, 2012. p.508.

<sup>94</sup> CARVALHO, Salo de. Palestra. *Juventude Negra Brasileira: Homicídios e Encarceramento*. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=6\\_BHJVDOVFY](https://www.youtube.com/watch?v=6_BHJVDOVFY)> Acesso em: 15 set.2015.

### 2.4.2 Possíveis efeitos da “ineficiência treinada” sob a ótica da lei 12.403/11

Desse modo, as prisões, em razão de seu apelo social, podem acabar sendo utilizadas como uma “resposta estereotipada”, um “modelo de sempre” do sujeito judicante<sup>95</sup>, o qual, buscando indicar a sua eficiência e comprometimento com os anseios sociais, termina por contribuir com a situação precária de superlotação dos presídios brasileiros e a dinâmica de encarceramento das populações marginalizadas:

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um **relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea**. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça.<sup>96</sup>

Nesse sentido, o presente trabalho buscou a contribuição empírica de pesquisa levada a cabo pelo Instituto *Sou da Paz*<sup>97</sup>, pesquisa em que procedeu-se à análise de procedimentos de flagrante instaurados na cidade de São Paulo. A pesquisa se deu no âmbito do DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária da Capital). A razão de sua escolha se deu pelo fato de tal Departamento reunir todos os flagrantes de crimes dolosos ocorridos na capital do estado de São Paulo, com exceção dos crimes dolosos contra a vida, sendo possível dessa forma, obter uma amplíssima amostragem experimental no intento de se avaliar o impacto da lei 12.403/11 na concessão de liberdades provisórias aos presos em flagrante.

A metodologia aplicada mesclou métodos quantitativo e qualitativo. O primeiro concretizou-se por meio da construção de amostra estatística com base nos procedimentos de flagrante instaurados. O segundo foi instrumentalizado por

<sup>95</sup> FERREIRA, Carolina Costa. *Discursos do sistema penal*. A seletividade nos crimes de roubo, furto e peculato pelos Tribunais Regionais Federais do Brasil. 2010. 239f. Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p.46.

<sup>96</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.583.

<sup>97</sup> A pesquisa “O impacto da Lei das Cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo”, concebida e desenvolvida pelo Instituto Sou da Paz, consistiu num estudo comparativo entre as prisões em flagrante realizadas na cidade de São Paulo entre abril e julho de 2012 e aquelas efetuadas no mesmo período no ano de 2011. **O objetivo primordial da presente pesquisa foi medir, em termos quantitativos e qualitativos, o impacto da Lei 12.403/11 (Lei das Cautelares) junto ao sistema de aprisionamento provisório da capital, no que toca à concessão de liberdades provisórias aos presos em flagrante na cidade**. INSTITUTO Sou da Paz. *O Impacto da Lei das Cautelares nas Prisões em Flagrante na Cidade de São Paulo*, 2014. p.04. Disponível em: < [http://soudapaz.org/upload/pdf/lei\\_das\\_cautelares\\_2014\\_digital.pdf](http://soudapaz.org/upload/pdf/lei_das_cautelares_2014_digital.pdf)> Acesso em 01 out.2015.

questionários fechados respondidos pelos operadores do direito atuantes no citado Departamento:

A fim de estabelecer uma medida de comparação entre os resultados obtidos em 2011 e em 2012, bem como medir o impacto produzido pela Lei das Cautelares no tocante à liberação de presos em flagrante, recorreu-se ao levantamento quantitativo, através da construção de amostra estatística junto aos processos relativos a presos em flagrante no DIPO. Quanto à metodologia qualitativa, a principal técnica adotada foi a aplicação de questionários fechados com operadores do direito (juízes, promotores e defensores atuantes no DIPO) e delegados de polícia responsáveis pelas centrais de flagrante na capital.<sup>98</sup>

No presente tópico, buscou-se conjugar os estudos do fenômeno da “ineficácia treinada” com algumas conclusões da pesquisa qualitativa obtida por meio de questionários respondidos por profissionais do direito, intentando identificar possíveis efeitos do citado fenômeno.

Conforme visto, a “ineficácia treinada” consiste na prática do sujeito judicante de se evitar, em sua atividade judicial, o confronto com os ideais punitivistas propalados pela criminologia midiática e admitidos pela opinião pública. Assim agindo, o juiz estaria se preservando de possíveis desgastes à sua imagem pública e ao conceito que faz de si mesmo. Nesse sentido, foram obtidos, na pesquisa citada, interessantes indicadores que podem estar relacionados ao funcionamento desse fenômeno:

A opção dos juízes do DIPO pela fiança contraria o entendimento relatado por eles nos questionários respondidos nesta pesquisa, no sentido de que a função das medidas cautelares seria a de “vincular o investigado ao procedimento” e que essa vinculação estaria melhor configurada através de medidas como o comparecimento periódico em juízo. No entanto, esta é uma medida que corresponde a um baixo percentual das decisões.

Observa-se que, muito embora os juízes tenham admitido acreditar na medida cautelar de comparecimento periódico em juízo como medida de maior eficácia no que se refere à “vinculação do investigado ao procedimento”, houve grande discrepância com os dados da pesquisa quantitativa, que informa que tal medida cautelar corresponde a índices muito pequenos, de modo que a fiança é a modalidade de medida cautelar alternativa mais aplicada entre todas.

---

<sup>98</sup> INSTITUTO Sou da Paz. *O Impacto da Lei das Cautelares nas Prisões em Flagrante na Cidade de São Paulo*, 2014. p.06. Disponível em:

<[http://soudapaz.org/upload/pdf/lei\\_das\\_cautelares\\_2014\\_digital.pdf](http://soudapaz.org/upload/pdf/lei_das_cautelares_2014_digital.pdf)> Acesso em 01out.2015.

Em razão da falta de métodos mais apurados de observação, não se pode asseverar que tal prática indique a presença da “ineficácia treinada”, conquanto pudesse se enquadrar como tal, considerando que o apelo punitivo de um simples “comparecimento periódico em juízo” é menor que o apelo social da fiança. Desse modo, tal proceder configuraria uma racionalização consciente<sup>99</sup>, uma vez que os julgadores admitem uma maior eficácia preventiva de uma medida, muito embora apliquem outra.

Quanto às conclusões dos pesquisadores a respeito desse fato tem-se que:

A prevalência da fiança entre as medidas cautelares aplicadas pelos juízes a presos em flagrante precisa ser investigada. É preciso entender os fatores que justificariam tais decisões: considerando que a fiança também tem uma função vinculante ao processo, seria esse o principal argumento para justificar a adoção desta cautelar? Outra hipótese que levantamos é se os juízes consideram que a fiança é mais fácil de ser aplicada e fiscalizada. Porém, as informações extraídas das entrevistas não possibilitaram maiores avanços nessa discussão.

Outra informação produzida pela pesquisa que possui considerável relevância ao presente tópico é a de que os juízes não costumam aplicar medidas cautelares alternativas a crimes com penas superiores a 04 anos:

Muito embora os juízes possam, pela lei, conceder fiança em diversas incidências criminais, como o roubo, acabam por acompanhar a restrição legal disposta aos delegados, aplicando-a com poucas diferenças ao mesmo perfil de presos no que toca aos crimes cometidos. (...)  
A absoluta prevalência de acusados por crimes sem violência ou ameaça entre os beneficiados com a fiança vai ao encontro das circunstâncias descritas por parte dos juízes do DIPO como aquelas em que a prisão provisória se configura desnecessária. **Ao lado da primariedade, também mencionada como elemento imprescindível à liberação dos acusados, os juízes elegem a ausência de violência ou grave ameaça como elementos necessários para a concessão de cautelares, embora tais exigências não se encontrem, nesses estritos termos, nas disposições da Lei 12.403/11 no que tange à aplicação das medidas cautelares.**<sup>100</sup>

Neste caso, pode-se observar que a primariedade e a ausência de violência ou grave ameaça configuram uma garantia para grande parte dos juízes, que se resguardam nessas condições para impor o cumprimento de alguma medida cautelar alternativa à prisão. Em geral, aqueles que agem de forma contrária, são

<sup>99</sup> Cf. nota 92.

<sup>100</sup> INSTITUTO Sou da Paz. *O Impacto da Lei das Cautelares nas Prisões em Flagrante na Cidade de São Paulo*, 2014. p.06. Disponível em: [http://soudapaz.org/upload/pdf/lei\\_das\\_cautelares\\_2014\\_digital.pdf](http://soudapaz.org/upload/pdf/lei_das_cautelares_2014_digital.pdf) Acesso 01.out.2015.

fortemente criticados pela mídia e acabam sofrendo imensos desgastes físicos e psicológicos em função da maneira como atuam.

Fenômeno interessante e pertinente ao presente tópico também foi observado em relação aos promotores de justiça que responderam aos questionários:

**Ao mesmo tempo em que propugnam pela extensão da fiança para crimes legalmente definidos como inafiançáveis, defendendo assim a pertinência da aplicação da cautelar caso a caso, os promotores são contundentemente contrários à concessão de fianças e cautelares em geral a indivíduos com antecedentes criminais.**

Pela análise dos dados produzidos, contudo, **constata-se que os promotores não postulam cautelares aos presos em geral, nem àqueles acusados de condutas menos graves, nem aos indivíduos que não apresentam antecedentes criminais**, que perfazem 48,1% dos presos em flagrante denunciados.

Os promotores de justiça mantiveram sua postura refratária quanto às liberdades provisórias, não agindo, a despeito de haver previsão legal, no requerimento de cautelares. **Há um descompasso entre a retórica adotada sobre as cautelares e a prática de sua atuação no DIPO.**

Dessa forma, observa-se que os efeitos obtidos pela criminologia midiática são amplos e podem estar presentes nos mais diversos atores atuantes no sistema de justiça. De modo que, se é difícil comprovar a existência de práticas burocratizantes, em face da falta de objetividade dos critérios funcionais (não há critérios objetivos quanto ao resultado da sentença de um juiz, por exemplo), é incontroversa a existência da pressão midiática sobre os agentes do poder punitivo judicial, o que certamente poderia ser notado mesmo na ausência de qualquer estudo a esse respeito.

### 3. CONTROLE DO PODER PUNITIVO E CRIMINOLOGIA CAUTELAR

#### 3.1 Reflexões político-econômicas de criminologia crítica e a necessidade de contenção do poder punitivo

A contenção do poder punitivo se faz necessária em qualquer Estado de Direito para se resguardar as garantias arduamente adquiridas por meio de processos históricos de luta. No cenário atual de globalização econômica tem havido um desmantelamento das estruturas assecuratórias de direitos nos países centrais, e, no específico caso da América-Latina, uma regressão ante às incipientes conquistas ainda não consolidadas. Quanto as consequências desse fenômeno assim se expressam respectivamente Salo de Carvalho e Ralf Dahrendorf:

**O efeito deste processo é a descartabilidade do valor pessoa humana.** Compreende-se, neste quadro político, a formação de condições de irrupção de políticas criminais igualmente sustentadas na exclusão, para determinadas pessoas, do status de cidadão – v.g. direito penal do inimigo.<sup>101</sup>

Certas pessoas (por mais terrível que seja colocar no papel) simplesmente não servem: a economia pode crescer sem a sua contribuição; de qualquer ponto de vista que se considere, para o resto da sociedade essas pessoas não são um benefício, mas um custo.<sup>102</sup>

Em tal conjuntura, surgem novas formas de exclusão social e o poder punitivo acaba se tornando instrumento de repressão a serviço dos descontrolados interesses econômicos globalizados<sup>103</sup>:

Ao descartar a pessoa como valor em razão de ser considerada supérflua, projeta-se a necessidade de maximização do poder polialesco de coação direta.

A alternativa do Estado – providência, portanto passa a ser a edificação do Estado penitência, configurando máxima que parece ser a palavra de ordem na atualidade: Estado social mínimo, Estado penal máximo.<sup>104</sup>

<sup>101</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.196.

<sup>102</sup> DAHRENDORF, Ralf. Apud CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.197

<sup>103</sup> A conjuntura político-econômica deflagrada na década de 80 produziu, nas palavras de Ralf Dahrendorf, **modelo neoabsolutista com tentações autoritárias**. O caráter ilimitado da liberdade de mercado, as novas técnicas de produção do consenso e a afirmação do poder absoluto das maiorias podem ser considerados os principais problemas que ameaçam o Estado democrático de direito e inviabilizam a construção de modelo econômico transdisciplinar – “a elaboração de uma economia transdisciplinar é fundada sobre o postulado de que a economia deve estar a serviço do ser humano e não o inverso.” DAHRENDORF, Ralf. Apud CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.195

Em tal ambiência político econômica, são fortalecidos os pressupostos para a ocorrência de massacres, fenômeno que requer condições político-econômicas prévias (um Estado fragilizado, por exemplo) e a existência de populações em estado de vulnerabilidade<sup>105</sup>. Quanto à compreensão do que sejam os massacres, objeto de estudo da criminologia cautelar, Zaffaroni constata que a mortalidade humana causada pelas guerras e pela negligência Estatal resultou em “mais homicídios dolosos – com dolo direto de primeiro e segundo grau e com dolo eventual – que todos os demais homicidas do planeta. Ao examinar as circunstâncias em que ocorrem esses massacres, o autor esclarece que

foram sempre produto de um controle territorial com pretensão de limpar e homogeneizar, higienizar, desinfetar, que começou dentro da própria Europa e que esta espalhou para o resto do mundo através do colonialismo e do neocolonialismo, até que, no século passado, refluíu e voltou brutalmente para a Europa.

Nesse sentido, é válido trazer ao debate a contribuição da criminologia crítica quanto ao controle penal dos excedentes, a qual observa os sistemas punitivos a partir de uma visão político-econômica e esclarece que as demandas do fenômeno da globalização econômica têm por efeito a flexibilização dos direitos sociais.<sup>106</sup>

Os massacres levado a efeito pelos sistemas punitivos latino americanos, por exemplo, seriam expressão de um desmantelamento do Estado de Direito em detrimento dos interesses econômicos do mundo globalizado. Assim é que percebe-se a forte correspondência existente entre a marginalidade social e a marginalidade econômica, de modo que os indivíduos disfuncionais, na ótica das relações mercadológicas, “apesar de destituídos de seus direitos subjetivos públicos, não são dispensados de suas obrigações estabelecidas nas leis penais”<sup>107</sup>.

Esclarece-nos Zygmunt Bauman, em sucinta conclusão, acerca da estreita relação existente entre os massacres e as demandas do poder econômico globalizado:

---

<sup>104</sup> DAHRENDORF, Ralf. Apud CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 197

<sup>105</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*, São Paulo: Saraiva, 2012. v.1. p.467.

<sup>106</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.194.

<sup>107</sup> *Ibidem*. p.198.

Nas atuais circunstâncias, o confinamento é antes uma alternativa ao emprego, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há trabalho ‘ao qual se reintegrar’<sup>108</sup>.

Por todo o exposto pode-se visualizar a necessidade da contenção do poder punitivo, que na ausência de limitadores, age livremente na produção e reprodução da violência intrínseca ao seu funcionamento, principalmente, conforme demonstra a criminologia crítica, quando a ambiência político-econômica é capaz de potencializar os efeitos de um poder já ancestralmente bastante perigoso<sup>109</sup>.

### **3.2 Criminologia cautelar e a contenção jurídica do poder punitivo (lei 12.403/11)**

A partir desse ponto da reflexão, em que se considera os efeitos danosos do sistema penal, a criminologia cautelar é apresentada na presente pesquisa como instrumento capaz de auxiliar o corpo social no alcance de práticas mais saudáveis, que permitam não só que o tutelado do sistema penal receba um tratamento mais humano, mas também que a própria sociedade se beneficie de práticas que repercutam menos violência.

#### **3.2.1 Não se deve fazer antipolítica**

Embora o angustiante quadro político que se apresenta, em que os homens públicos estão, em geral, preocupados com sua reeleição e tão apavorados, talvez, com a criminologia midiática quanto qualquer cidadão, não se deve adotar uma postura “antipolítica”<sup>110</sup>. A incorporação da pretendida renovação penal em um Estado democrático não prescinde da atuação política. Ainda que tal entendimento deva considerar uma postura compreensiva e paciente (mas não complacente) ante as dificuldades de evolução dos debates políticos:

<sup>108</sup> BAUMAN, Globalização, p.119-120. Apud CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.196.

<sup>109</sup> Zaffaroni explica que a dinâmica do massacre é ancestral. O capitalismo estimula, mas não gera massacres. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*, São Paulo: Saraiva, 2012. v.1. p.402.

<sup>110</sup> Ibidem. p.472.

Se todos os políticos se limitassem a fazer o que pode lhes assegurar proveitos imediatos, eles não teriam realizado nenhuma obra que, ao promove-la, soubessem que excederia seu mandato e, na realidade, não há obra de infraestrutura que não tenha essas características. Isso prova, definitivamente, que não é justo desvalorizar a política, considerando-a como submissa à premência eleitoral egoísta.<sup>111</sup>

Zaffaroni<sup>112</sup> sugere a implantação de uma criminologia ativa e engajada, a qual deverá ser paulatinamente incorporada à instrumentalidade do Estado, devendo os seus fomentadores atuar no sentido da investigação e divulgação de dados da realidade, desarmando assim as contradições presentes nos discursos midiáticos. O autor assevera que a estratégia última da criminologia cautelar deve ser a de chegar até às pessoas que vivenciam o *mundo paranoide* criado pela criminologia cautelar e modificar as suas atitudes, levando-as a ter consciência da verdadeira realidade da violência e dos seus danos. Tal criminologia, chamada cautelar, sustenta o claro objetivo de preservação da vida humana e principalmente a prevenção dos massacres.

### **3.2.2 A criminologia cautelar deve ser interativa e livre de preconceitos**

O autor esclarece em sua obra que uma criminologia cautelar deve ser essencialmente militante, não se satisfazendo com a mera produção de conteúdo teórico para utilização em algum futuro incerto: “não se deve pensar que há fundidores de canhões que depois os passam aos artilheiros, que os usam”<sup>113</sup>.

Toda a investigação tenderá a ser uma investigação-ação e não ficar no puro nível do conhecimento submisso. Nenhuma ação é pequena quando se trata de salvar vidas humanas e a criminologia cautelar deve responder a esse imperativo ético. Nada justifica que quem possa fazer algo, por mais limitado que seja, não o faça; a esquerda triste (*die traurige Linke*) não tem espaço neste terreno.<sup>114</sup>

Zaffaroni entende ainda que um pressuposto de tal criminologia deve ser a capacidade de diálogo com as outras áreas do saber e com as outras visões de mundo. Nesse sentido devem-se afastar os preconceitos ante o contato com

<sup>111</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*, São Paulo: Saraiva, 2012. v.1. p.472-473.

<sup>112</sup> *Ibidem.* p.24.

<sup>113</sup> *Ibidem.* p. 469.

<sup>114</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*, São Paulo: Saraiva, 2012. v.1. p.469.

formas de compreensão que serão muito similares àquelas propugnadas pela criminologia midiática, mas dependerá do criminólogo retirar daí uma riquíssima fonte de conhecimentos ou apenas censurar o fato a pessoa ou a situação e seguir em frente. Não vale fechar-se em seu mundo, a pretensão do conhecimento exige a assunção da própria incipiência na busca pelo saber que se estende indefinidamente ante as novas experiências humanas. Nesse sentido vale trazer a elucidação do professor Rossini Corrêa<sup>115</sup> que, em citando Sócrates, aduz:

E a segunda regra de Sócrates – “Só sei que nada sei” – significa o quê? Ela não significa a sugestão do caminho opaco da ignorância. Ao contrário, a divisa em epígrafe representa a indicação da avenida sem término do sol do saber. É o desafio fertilizante da humildade, para que, com seu húmus vital, devasse toda e qualquer aparência, em busca de outra e substantiva essência.

Por fim, arremata Zaffaroni<sup>116</sup> que “as pessoas não são objeto de conhecimento, mas provedoras de conhecimento. Uma criminologia cautelar, aberta ao diálogo permanente com as pessoas que protagonizam ou temem os conflitos pode vir a ser extremamente rica”.

### **3.2.3 A criminologia cautelar e lei 12.403/11. Uma resposta positiva, mas insuficiente**

A cautela<sup>117</sup>, desse modo, representa a postura atenta e perceptiva face à concretude dos fatos que se apresentam. O operador do direito que busque instrumentalizar a criminologia cautelar não pode se dar ao luxo, portanto, de se perder em distrações, qual o dedicado discípulo da arte da meditação, deve se abster de extasiar-se com cada uma das abstrações, buscando visualizar o seu fluxo e encontrar o que se esconde por trás delas (cadáveres). Quanto ao fator cautela, expõe o autor:

De 1631 chegou até nós, pela pena de Friedrich Spee, esta fórmula. O poeta jesuíta adotava esta tática: **não colocava em discussão a**

<sup>115</sup> CORRÊA, Rossini. *Saber Direito: Tratado de Filosofia Jurídica*. Brasília: Editora Rossini Correa, 2011. p.154.

<sup>116</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*, São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.p. 469.

<sup>117</sup> “Cautela provém do radical indo-europeu *keud*, que indica *prestar atenção, perceber*, que em sânscrito deu origem a *kaví*, que significa *inteligente*, e em latim a *caveo, estar em guarda*.” Ibidem. p.463.

**existência e o poder das bruxas; limitava-se a constatar que as mulheres queimadas não eram bruxas, mas sim mulheres inocentes.** Por isso aconselhava prudência, *cautio criminalis*, manejar o aparato com extrema cautela.

Se tivesse optado por outro caminho, estaria perdido em meio a especulações pseudoteológicas dos *teóricos* que reforçavam a causalidade mágica da criminologia midiática de seu tempo. Ele não fez nada disso; optou por afirmar que, enquanto envelhecia devido aos estragos que a crueldade gratuita das agências executivas do sistema penal do seu tempo produzia em sua saúde, observava que nenhuma das mulheres queimadas nas fogueiras, detidas pelos burocratas dos príncipes daquele tempo, era uma bruxa, e que nenhuma pessoa que fosse submetida a esse processo infame seria condenada por bruxaria ou por o que quer que fosse.

**Ele não discutiu se as gritarias eram reais. Tudo é possível – dizia –, mas a única certeza é que nunca havia conhecido nenhuma bruxa e que todas essas mulheres inocentes estavam mortas. Sua única verdade era a realidade, e a realidade eram as cinzas dos cadáveres das mulheres inocentes.**<sup>118</sup>

É possível perceber, portanto, que o poder punitivo legitima a si mesmo por meio de recursos abstratos e que mais sensato é ir direto ao concreto, afastando-se de discussões estéreis e disputas de opinião que nada alteram na dinâmica dos fatos.

Quanto à norma penal que tem sido observada pela presente pesquisa, a lei 12.403/11 trouxe em seu bojo uma série de medidas desprisionalizantes, as quais foram aprovadas sob a premência de se dar uma sobrevida ao desfalecente sistema penal, que já tinha ultrapassado há muito os seus limites de aprisionamento<sup>119</sup>. Situada no âmbito do Direito Penal, enquadrando-se, portanto, como uma resposta interna, a Lei 12.403/11 buscou reduzir o aprisionamento cautelar, criando um rol de medidas cautelares alternativas e restringindo as situações de cabimento da prisão preventiva.

Retomando-se a já introduzida pesquisa a respeito dos impactos alcançados pela lei 12.403/11 na capital de São Paulo<sup>120</sup>, foi possível observar, em

<sup>118</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar, São Paulo: Saraiva, 2012. v.1. p.462-463.

<sup>119</sup> Vide <http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm> Acesso em 01 de outubro de 2015.

<sup>120</sup> A pesquisa "O impacto da Lei das Cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo", concebida e desenvolvida pelo Instituto Sou da Paz, consistiu num estudo comparativo entre as prisões em flagrante realizadas na cidade de São Paulo entre abril e julho de 2012 e aquelas efetuadas no mesmo período no ano de 2011. **O objetivo primordial da presente pesquisa foi medir, em termos quantitativos e qualitativos, o impacto da Lei 12.403/111 (Lei das Cautelares) junto ao sistema de aprisionamento provisório da capital, no que toca à concessão de liberdades provisórias aos presos em flagrante na cidade.** INSTITUTO Sou da Paz. *O Impacto da Lei das Cautelares nas Prisões em Flagrante na Cidade de São Paulo*, 2014. p.04.

sua análise quantitativa, um resultado favorável no atingimento de tais objetivos, notando-se que antes da lei, 87,9% dos presos em flagrante eram mantidos encarcerados até o julgamento, valor que diminuiu para 61.3% no período em que a lei já estava em vigor. Tais valores se consubstanciaram na triplicação das liberdades concedidas após a vigência da lei<sup>121</sup>:

O aumento está diretamente relacionado à Lei 12.403/11, uma vez que esta foi a única mudança ocorrida entre os dois momentos de coleta e reforçada pelo dado de que 34,3% dos presos obtiveram a liberdade a partir de medidas cautelares aplicadas, percentual que representa 89% de todas as liberdades concedidas

Nada obstante os resultados positivos quanto ao surtimento de efeitos da norma sob estudo, entende-se que a necessária contenção do poder punitivo não se fará apenas com modificações na própria estrutura do sistema penal.

Um dado importante da pesquisa refere-se ao fato de que, mesmo após a entrada em vigor da lei, da quantidade total de presos em flagrante no período da pesquisa, 71.4% tiveram a prisão preventiva decretada, de modo que liberdade provisória sem ônus (5.2%), relaxamento de flagrante (1.3%) e as medidas cautelares (22.1%) atuaram juntos em apenas 28% dos casos de prisão em flagrante. Observa-se, assim, que a maioria dos casos de instauração do procedimento de flagrante teve como resultado principal a prisão preventiva, não havendo contato com qualquer tipo de medida cautelar<sup>122</sup>.

Assim, em consonância com as propostas de ação da criminologia cautelar, entende-se que deve-se objetivar práticas que superem a simples intervenção punitiva, ou a simples diminuição do aprisionamento (que continuará ocorrendo).

Assim se exprime Zaffaroni<sup>123</sup> que esclarece que o tão só aperfeiçoamento ou modificação do sistema penal não basta, lembrando-nos da necessidade de se adotar medidas transdisciplinares para a diminuição da violência institucional penal:

---

Disponível em: < [http://soudapaz.org/upload/pdf/lei\\_das\\_cautelares\\_2014\\_digital.pdf](http://soudapaz.org/upload/pdf/lei_das_cautelares_2014_digital.pdf) > Acesso em 01 out.2015.

<sup>121</sup> Ibidem p.46.

<sup>122</sup> Ibidem p. 21.

<sup>123</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*, São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.p.486.

(...) isso pressuporia que este [o sistema penal] tem capacidade para prevenir e resolver toda a conflitividade violenta da sociedade, o que não passa de um dogma falso, difundido pela criminologia midiática.

O sistema penal tem uma eficácia preventiva muito limitada e, além disso, é um mecanismo lento, que quase nunca se move, chega tarde – não atinge o risco, mas sim o dano que já foi produzido e que não se pode remediar –, sem contar que, às vezes, é ele mesmo que o produz e, em algumas ocasiões, sob a forma de massacre.

Assim, embora seja necessária e saudável a contenção do aparato aprisionante do Estado, por mecanismos originários do próprio Estado, critica-se o fato de que a elaboração de instrumentos alternativos à pena ou à prisão cautelar, como a lei 12.403/11, possuam funcionalidade relegitimante ou revigorante dos discursos punitivistas. Isso porque, por um lado, geram relativa diminuição do encarceramento, por outro lado, porém, estabelecem estreitos vínculos com as práticas punitivas já estabelecidas, fortalecendo a própria necessidade destas.

#### **3.2.4. A Lei 12.403/11, relegitimação e ampliação do poder punitivo**

Ao se referir a institutos substitutivos da pena, e que, por semelhança, aplicaremos aos substitutivos das prisões cautelares, que em nosso sistema não deixam de ser antecipações efetivas da pena, Salo de Carvalho<sup>124</sup> comenta o risco que se corre de se relegitimar um sistema punitivo insolvente:

Apesar de ser absolutamente salutar qualquer medida que minimize o sofrimento das pessoas encarceradas (política de redução de danos), tornando menos aflitiva a sanção penal, importante diagnosticar o grau de relegitimação que as medidas substitutivas podem realizar no sistema punitivo. A questão que se coloca é se com a adoção dos substitutivos penais a própria prisão, como sanção por excelência, não restará fortificada.

Ao citar o professor Juarez Cirino dos Santos<sup>125</sup> coloca em análise ainda a questão da ampliação do alcance do sistema penal que seria outro efeito indesejado juntamente com a referida relegitimação:

Os substitutos penais não enfraquecem a prisão, mas a revigoram; não diminuem sua necessidade, mas a reforçam; não anulam sua legitimidade, mas a ratificam: são instituições tentaculares cuja eficácia depende da existência revigorada da prisão, o centro nevrálgico que estende o poder de controle, com a possibilidade do reencarceramento se a expectativa

<sup>124</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.255

<sup>125</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Apud CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.256.

comportamental dos controlados não confirmar o prognóstico dos controladores.

Desse modo, apesar dos profícuos avanços no sentido da contenção do aprisionamento, não se pode concluir pelo benefício irrestrito desse tipo de incrementação do sistema penal, qual a que foi a realizada pela lei 12.403/11, que sempre requer, conforme aduz Juarez Cirino dos Santos, uma revigoração da prisão.

### **3.3 As frentes de ação da criminologia cautelar**

Ao estabelecer diretrizes de ação para a criminologia cautelar, Zaffaroni o faz em 03 (três) distintas frentes de trabalho.

A primeira delas se ocupa com o espaço onde a criminologia midiática estabelece a sua influência sobre a opinião pública. O autor esclarece que essa criação de um mundo paranoide pela mídia somente é possível quando conjugadas condições sociais prévias e idoneidade de um grupo para assumir a culpa, ou seja, geralmente os massacres ocorrem em situações de crise de legitimidade de um Estado (condição social prévia) e necessitam de um bode-expiatório (grupo idôneo a assumir a culpa). Dessa forma, uma das frentes da criminologia cautelar se ocupa justamente com o monitoramento dessas condições, de modo que não se chegue ao ponto em que os massacres são levados a efeito.<sup>126</sup>

A segunda frente de trabalho da criminologia cautelar reporta-se a uma falsa realidade criada pelos clamores midiáticos e uma realidade concreta. Dessa forma, “não há nada mais eficaz para neutralizar o risco de instalação paranoide – desmontar a construção social dos riscos – do que confrontá-lo com a realidade destes riscos”<sup>127</sup>. Assim, a segunda frente operacional da criminologia cautelar refere-se à confrontação permanente das informações midiáticas com os danos e riscos sociais. Nesta perspectiva, entende-se que os danos reais são aqueles causados, por exemplo, e não somente, pelos delitos tradicionais: homicídio, estupro, roubos etc.

Em uma terceira frente operacional a criminologia cautelar age por encontrar e promover medidas adequadas para diminuir o dano real do delito:

<sup>126</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*, São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.p. 467.

<sup>127</sup> Ibidem. p.467.

Trata-se de acabar com as medidas contraproducentes ou inúteis, que são *simbólicas* e *sedativas* da *opinião pública* e que acabam em papéis, para passar a apontar as medidas que têm verdadeira eficácia preventiva ou impeditiva e que são admissíveis em uma convivência democrática<sup>128</sup>.

Assim a última frente consiste em uma prevenção realista do dano da violência criminal. Em sua prática de propagação do pânico a criminologia midiática age como grande direcionadora do medo humano. O próprio medo possui uma função de nos fazer mais cautelosos ante às situações de maior perigo. A criminologia cautelar em sua propaganda terrorista não faz senão que o medo perca a função filogenética de defesa, ou seja, inverte-se a lógica da proposição: “deve temer-se o temível e não o que não é, porque deste modo ficamos indefesos diante dos objetos realmente temíveis”. Assim é que a criminologia midiática consegue alterar a percepção social dos riscos e dos fatos temíveis, de modo que a violência real (mais temível) se encontra muitas vezes menos resguardada que a violência que é apenas midiática<sup>129</sup>.

### **3.4 Proposta de ação de contenção do poder punitivo: a solução do “percentual”, a necessidade de um tratamento mais humano e a interação sociedade-presos**

Assim é que, enquadrando-se o presente tópico na terceira frente de ação da criminologia cautelar (redução dos danos reais), busca-se oferecer alguma proposta, por mais simples que possa parecer, à questão do encarceramento irrefletido e suas danosas consequências. Retomaremos a temática das penas não privativas de liberdade ou alternativas, que por similaridade de fins terão suas reflexões compartilhadas com as medidas cautelares alternativas (Lei 12.403/11), haja vista que ambas evitam o contato de novas pessoas com o ambiente penitenciário e, por consequência, tem a função de diminuição dos encarceramentos, o que pôde ser observado, em certa medida, nos efeitos da Lei 12.403/11 na cidade de São Paulo. Ao referir-se especificamente às penas não privativas de liberdade, Zaffaroni reafirma o que foi repetidamente abordado na presente pesquisa, as medidas não privativas de liberdade não necessariamente ajudam na contenção do poder punitivo:

<sup>128</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*, São Paulo: Saraiva, 2012. v.1. p.468.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p.483.

Com diferente aceitação e amplitude, elas [as penas não privativas de liberdade] foram introduzidas em muitos códigos, mas lamentavelmente em pouco tempo causaram uma desilusão geral, porque os tribunais recorreram pouco a elas e porque onde foram usadas, ao invés de esvaziar as prisões as mantiveram superlotadas e funcionaram como uma *ampliação da rede punitiva*, ou seja, o número de presos continuou subindo e, além disso, foram aplicadas essas penas não privativas de liberdade.

Reestabelecendo o entendimento proferido no início do capítulo segundo da presente pesquisa, de que “cada país tem politicamente o número de presos que deseja ter”<sup>130</sup>, torna-se plausível que um Estado possa limitar o número de presos que pretende abrigar, de modo que “o mais acertado é que decida de acordo com a capacidade prisional disponível e só nessa medida”<sup>131</sup>. Desta feita, em meio a tantas incertezas de naturezas diversas, e principalmente em face da urgência da situação de nossos apenados<sup>132</sup>, destaca-se a proposta limitativa do “*percentual*”:

(...) pensamos que o único modo de reduzir o aprisionamento é o estabelecimento de percentuais, ou seja, determinar qual é a capacidade de cada estabelecimento e limitar o número de presos a essa capacidade, submentendo os restantes, segundo a menor gravidade ou a maior proximidade da soltura, a penas não privativas de liberdade.<sup>133</sup>

Há grande resistência porém na aceitação de não se aplicar penas punitivas aos infratores. Argumenta-se que um sistema de percentuais não teria que necessariamente aplicar-se a todos os tipos de crimes, voltando-se especialmente para os perfis criminais que representam a maior taxa de ocupação em nossos presídios: pequenos traficantes e presos por crimes contra a propriedade. Em todo caso “as penas não privativas de liberdade não seriam submetidas aos assassinos nem aos estupradores em série, mas, no pior dos casos, aos incômodos ou aos infratores de média gravidade, cuja necessidade de aprisionamento é sempre discutível”<sup>134</sup>.

Conjuntamente com a necessidade de se adequar o número de presos à capacidade prisional de cada presídio, urge que se atente para as

<sup>130</sup> Disponível em: <<http://www.brasilefato.com.br/node/14487>> acesso em: 30/07/2015

<sup>131</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*, São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.p. 499.

<sup>132</sup> Cf. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/sistema-carcerario-brasileiro-a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-213019-1.asp>> Acesso em: 27.set.2015.

<sup>133</sup> Op. cit.p. 498-499.

<sup>134</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*, São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.p. 499.

condições de aprisionamento em cada penitenciária. Muito embora não se possa evitar o fenômeno da prisionalização<sup>135</sup>, que responde pelos efeitos adversos da restrição de liberdade em instituições totais<sup>136</sup>, pode-se fazer muito por atenuar esses efeitos. O tratamento degradante comumente observado nas rotinas penitenciárias, embora funcional como elemento de dominação sobre os presos, não constitui pressuposto para cumprimento de pena.

Dessa forma, compreendendo as dificuldades de nosso sistema penal em fornecer condições mínimas de vivência material, social, psicológica e espiritual resta patente a necessidade de intervenção e auxílio dos principais interessados: a sociedade livre. Considerado como um ciclo criador e reproduzidor de violência, o sistema penal faz mais do que isso, capta e reproduz pessoas em situação de vulnerabilidade<sup>137</sup>. A condição de vulnerabilidade não só torna o indivíduo mais vulnerável ao poder punitivo, mas também aumenta os riscos de que tal indivíduo se envolva em situações com danos reais a outras pessoas. Disposto dessa forma parece bastante razoável que a sociedade civil tenha todo o interesse na diminuição da violência cíclica reproduzida pelo sistema penal, agindo como elemento interventor externo propulsor de novas práticas no recluso ambiente penitenciário:

(...) é necessária a presença ativa de outras pessoas, não prisionalizadas e que tragam outros projetos, que não pertençam ao estrito, limitador e sufocante mundo da prisão, que rompam essa tendência de toda instituição total de fechar-se sobre si mesma<sup>138</sup>

<sup>135</sup> “Trata-se da assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária”. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 6.ed., 2011. p.184-185.

<sup>136</sup> “uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos em situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada” GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974. Apud JOSLEI, Terezinha Silveira. “Se tirar o colete não dá pra saber quem é preso, quem é agente: trabalho, identidade e prisionização.” In: I Seminário Nacional de Política e Sociologia da UFPR, 2009. Disponível em: <<http://www.humanas.ufpr.br/site/evento/SociologiaPolitica/GTs-ONLINE/GT4/EixoII/tirar-colete-JosleiSilveira.pdf>> Acesso em: 01 out. 2015.

<sup>137</sup> “Se o preso comum por infrações de sobrevivência está preso, isso não é tanto pelo que praticou, mas sim *porque não fez direito*. Na realidade, ele escolheu um caminho para sobreviver que o leva à sua destruição e que serve para a reprodução do sistema por ser funcional à legitimação do poder punitivo. O certo é que ele *está preso por sua vulnerabilidade*, da qual a introjeção do estereótipo é parte essencial; em outras palavras, sua própria autopercepção, confere um alto nível de *vulnerabilidade ao poder punitivo*.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelares*, São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.p. 502.

<sup>138</sup> MOLINA, Jesús Valverde. *Lacarcel y sus consecuencias: la intervencion sobre la conducta desadaptada*. Espanha: Editorial Popular, 1997. p.152. Apud GÓES; Eda. MAKINO, Rosa Lúcia. *As unidades prisionais do Oeste Paulista: implicações do aprisionamento e do fracasso da*

Nesse sentido podemos citar algumas práticas que podem ser tomadas como exemplo por amenizar e preencher de forma significativa o tempo de vida expendido na prisão, contribuindo assim para a redução dos danos reais gerados pelas práticas delituosas.

Toma-se como exemplo o complexo prisional de *Tihar*, na Índia, o mais populoso daquele país, onde foram introduzidas atividades de prática meditativa e de yoga para cerca de dez mil detentos, de modo que o local que antes era conhecido pelos notórios casos de violência, teve incrivelmente reduzidos os incidentes de agressão entre os presos<sup>139</sup>. Tal processo, levado a efeito por meio de uma parceria entre a direção do complexo penitenciário e a sociedade civil (instrutores de meditação) se aproxima do que se poderia chamar de ‘ressocialização’<sup>140</sup> mais do que qualquer outro processo levado a efeito pelo próprio sistema penal.

Mais próxima de nossa realidade temos a iniciativa da fundação *arte de viver*, que, por meio do programa de meditação *prison S.M.A.R.T.* (Stress Management And Rehabilitation Training)<sup>141</sup>, oferece também aos detentos da Argentina e do Brasil a oportunidade de desenvolvimento nas práticas de meditação e yoga.

Existem inúmeras iniciativas advindas da sociedade civil no sentido de se melhorar a qualidade de vida e se atribuir algum sentido ao tempo de vida na prisão, mas, em geral elas ainda se situam a nível local, carecendo de um maior suporte institucional, o que resulta no fato de que a grande maioria dos detidos ainda não tem acesso a qualquer atividade dessa natureza. Tal dificuldade é compreensível face aos preconceitos disseminados na opinião pública, que ainda

---

tentativa da sociedade de isolar por completo parte de si mesma. Terra Livre, São Paulo, Vol.2, número 19, p. 163-176, jul./dez. 2002. p.175.

<sup>139</sup> Cf. Documentário: Doing Time, Doing Vipassana. Disponível em: <<https://vimeo.com/123744341>> Acesso em 28 set.2015.

<sup>140</sup> “Antes de falar de educação e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos, de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão.”<sup>140</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 6.ed., 2011. p.186.

<sup>141</sup> Disponível em: <<http://www.artofliving.org/br-pt/programa-prison-smart>> Acesso em 28 set.2015.

repudia todo tipo de tratamento mais humano concedido aos presos, numa espécie de perpetuação injustificável da vingança institucional.

Desse modo, entende-se como dever da criminologia cautelar a divulgação e a promoção de toda experiência bem sucedida que possa contribuir com a diminuição da violência social, dentro e fora dos presídios.

## CONCLUSÃO

Ao estabelecer marcos da criminologia cautelar, esclarece Zaffaroni que alguns comportamentos de ordem cultural foram naturalizados por algumas civilizações, ou seja, foram tomados como verdadeiros e mais acertados para determinado período de sua história. Assim como ocorreu com a escravidão e as hierarquias racistas, aduz o autor que não se pode “deixar de suspeitar que a pretensa fatalidade da criação dos inimigos e dos massacres decorrentes seja também um produto cultural politicamente naturalizado”<sup>142</sup>. O momento atual por que passam os sistemas penais latino-americanos retrata essa realidade. Porém a momentânea dissociação entre a consciência social e as práticas penais levadas a cabo não constitui óbice à manifestação de uma ética superior a qual, ainda que temporariamente reprimida na consciência dos grupos, conclame ao equilíbrio e à adoção de uma postura social renovada.

Dessa forma, toda manifestação racional contraria a atual expressão punitiva de nosso sistema penal, que gera mortes e reproduz violência, mesmo que grande parte da sociedade não se aperceba disso, constitui irrefreável apelo ao necessário processo de ajuste pelo qual deverão passar tanto as práticas institucionais quanto aquelas de iniciativa da sociedade livre.

Muito embora existam fenômenos dificultadores da necessária tarefa de contenção do poder punitivo, como as abstrações teóricas das ciências tecnicistas e os apelos da criminologia midiática, as iniciativas como a da lei 12.403/11, mesmo que tenham alcance relativamente baixo, conforme demonstrado pela pesquisa abordada, possuem considerável importância, porque são capazes de atestar e desatestar os caminhos pretendidos a novas formas de reação perante os conflitos sociais.

Por fim, quanto à fundamentação de um sistema penal mais humano e com menor amplitude, entende-se que o patrocínio de novas práticas penais não necessita fundamentalmente escudar-se pelo argumento individual do princípio da dignidade humana, segundo o qual “todos - mesmo o maior dos criminosos - são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna na suas relações com seus semelhantes,

---

<sup>142</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*, São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.p. 398.

inclusive consigo mesma”<sup>143</sup>. Trata-se de um relevantíssimo argumento, nada obstante, a renovação do panorama geral de nossas práticas punitivas deve perpassar pela consciência sistêmica das relações preso-sociedade, sistema esse em que os elementos são interdependentes e não prescindem de mútuo equilíbrio. Assim torna-se fundamental a compreensão dos comportamentos socialmente negativos sob uma visão sistêmica, entendendo como necessária a participação social na resolução dos conflitos que tiveram origem em sua própria organização.

---

<sup>143</sup> MOURA, Genilma Pereira De, artigo p. 525, apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p.470.

## REFERÊNCIAS

- ARIEL Eilona; MENAHEMI Ayelet. Doing Time, Doing Vipassana, 1997. Disponível em: <<https://vimeo.com/123744341>> Acesso em 28/09/2015.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- BECKER, Howard S. *Outsiders: estudo de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC. 128599/PR, Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Brasília, 07 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-07/poder-geral-cautela-flagrante-ilegalidade-processo-criminal>> Acesso em: 20 de nov. de 2015.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Salo de. Palestra. Juventude Negra Brasileira: Homicídios e Encarceramento. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=6\\_BHJVDOVFY](https://www.youtube.com/watch?v=6_BHJVDOVFY)> Acesso em: 15 set.2015.
- CORRÊA, Rossini. *Saber Direito: Tratado de Filosofia Jurídica*. Brasília: Editora Rossini Correa, 2011.
- MOURA, Genilma Pereira De. Ideologia da Defesa Social e a Construção da Ideologia da Punição. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/genilma\\_pereira\\_de\\_moura.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/genilma_pereira_de_moura.pdf)> Acesso em: 01 de outubro de 2015.
- FERREIRA, Carolina Costa. *Discursos do sistema penal. A seletividade nos crimes de roubo, furto e peculato pelos Tribunais Regionais Federais do Brasil*. 2010. 239f. Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília, 2010.
- GÓES; Eda. MAKINO, Rosa Lúcia. *As unidades prisionais do Oeste Paulista: implicações do aprisionamento e do fracasso da tentativa da sociedade de isolar por completo parte de si mesma*. Terra Livre, São Paulo, Vol.2, número 19, p. 163-176, jul./dez. 2002.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*. 2ªed. Luam Editora, 1997.
- INSTITUTO Sou da Paz. *O Impacto da Lei das Cautelares nas Prisões em Flagrante na Cidade de São Paulo*, 2014. Disponível em: <[http://soudapaz.org/upload/pdf/lei\\_das\\_cautelares\\_2014\\_digital.pdf](http://soudapaz.org/upload/pdf/lei_das_cautelares_2014_digital.pdf)> Acesso em 01 out. 2015.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 15.ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões cautelares. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JOSLEI, Terezinha Silveira. "Se tirar o colete não dá pra saber quem é preso, quem é agente: trabalho, identidade e prisionização." In: I Seminário Nacional de Política e Sociologia da UFPR, 2009. Disponível em:

<<http://www.humanas.ufpr.br/site/evento/SociologiaPolitica/GTs-ONLINE/GT4/Eixoll/tirar-colete-JosleiSilveira.pdf>> Acesso em: 01 out. 2015.

CHAVES JÚNIOR, Aírto. *O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados*. Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS Medellín-Colombia, V. 41, n. 114, p.77-129, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*, 2ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de Processo Penal*. 10ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

INSTITUIÇÃO Arte de viver. *Projeto S.M.A.R.T. Prison*.

<<http://www.artofliving.org/br-pt/programa-prison-smart>> Acesso em 28/09/2015.

RAMOS, Gisela Gondin. *O Princípio da Presunção de Inocência*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 08 de novembro 2014.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*, São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das Penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 5.ed., 2001.