

A ARBITRARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

**Marianna Carlos Sarmiento Meneses
Orientador: Prof. Me. Julio Cesar do Nascimento Rabelo**

**Aracaju
2020**

MARIANNA CARLOS SARMENTO MENESES

A ARBITRARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PRISÃO PROVISÓRIA NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Tiradentes –UNIT,
como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Orientador – Me. Julio Cesar do Nascimento Rabelo
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

A ARBITRARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

THE ARBITRARINESS IN THE APPLICATION OF PROVISIONAL DETENTION IN BRAZIL

Marianna Carlos Sarmiento Meneses¹

RESUMO

A prisão preventiva, prevista no sistema jurídico brasileiro nos arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal, tem como objetivos centrais a garantia do curso do processo e da manutenção da ordem pública e econômica, que podem ser postas em perigo pela liberdade do acusado. Sendo assim, se trata da possibilidade de cerceamento do direito de ir e vir do indivíduo sem que tenha havido a condenação penal transitada em julgado do mesmo, razão pela qual deve sempre ser acompanhada de decisão devidamente fundamentada. Apesar de ter como motivação o bom funcionamento da Justiça e o bem geral da população, fomenta diversas discussões tanto na esfera do Direito quanto da Sociologia e Filosofia, trazendo à tona diversos aspectos acerca do conceito de justiça, garantia da ordem pública, arbitrariedade do sistema judicial, além da interferência ou não desse instituto na proteção dos direitos fundamentais do indivíduo. Dessa maneira, o presente artigo busca demonstrar como a prisão preventiva muitas vezes pode desempenhar meramente função sedativa ao alarme social, e como isso pode ser observado por meio de dados acerca da população carcerária atual do país.

Palavras-chave: Arbitrariedade; Direito Processual Penal; Direitos Fundamentais; Ordem Social; Prisão Preventiva.

¹Bacharelada em Direito pela Universidade Tiradentes–UNIT, *campus*
Farolândia. E-mail:whymarianna@gmail.com.

ABSTRACT

Provisional detention, established in the Brazilian Law system in the articles 311 to 316 of the Criminal Procedure Code, has as its main objectives the guarantee of the criminal procedure's progress and the maintenance of public and economic order, which can be put in danger by the accused's freedom. Therefore, it is about the possibility of restraint of an individual's right to come and go while the sentencing has not yet occurred, that being the reason why it should always be followed by a properly reasoned decision. Despite having as its motivation the proper functioning of Justice and the population's well being, it instigates numerous discussions not only in the Law field but also in Sociology and Philosophy's fields, bringing up various aspects regarding the concept of justice, the guarantee of society's well being, as well as the interference of this institute in the protection of the individual's fundamental rights. Thus, this article aims to demonstrate how provisional detention oftentimes can work merely as a sedative tool to social alarm, and how that can be observed through data about the country's prison population.

Keywords: Arbitrariness; Criminal Law Procedure; Fundamental Rights; Provisional Detention; Social Order.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, por estar em constante transformação, busca sempre olhar para o passado com cautela, de forma a garantir no presente uma aplicação da Lei da forma mais justa possível, visto que em tempos modernos não há mais espaço para sistemas inquisitórios e absolutistas, ao menos em teoria. A prisão preventiva, prevista no Código de Processo Penal brasileiro de 1941 como medida cautelar extraordinária, vem como uma forma de aplicação da pena de prisão sem que tenha havido ainda a condenação do acusado, baseando-se no escopo probatório que se tem até o momento da sua aplicação, e quando ficar comprovado que a liberdade do indivíduo representa perigo para a sociedade, seja ele tanto no que diz respeito ao bom funcionamento da máquina jurídica durante o processo, ou ainda de forma mais ampla, em sua ordem social econômica.

O presente tema é objeto de constante discussão desde que tal instituto entrou em vigor, por ir de encontro a tudo aquilo que se deduz como característico de um Estado garantista, que preza pelo respeito aos direitos fundamentais e busca sempre evitar, de todas as formas possíveis, que a Lei deixe brechas para uma aplicação arbitrária e inclemente de seus dispositivos. Ainda assim, basta

observar os números da população carcerária atual do país ou analisar, ainda que superficialmente, a forma como a prisão preventiva é aplicada no Brasil, para que seja possível inferir a necessidade de continuar a difundir tal discussão.

O segundo capítulo do presente artigo busca apresentar uma visão geral da prisão preventiva nos termos da Lei, por meio de sua previsão no Código de Processo Penal Brasileiro e da Lei nº 13.964/2019, traçando seus objetivos, hipóteses e pressupostos, de forma a fazer um apanhado geral de como e quando pode ser aplicada, em termos estritamente legais.

O terceiro capítulo faz um paralelo entre a prisão preventiva e a presunção de inocência, prevista na Constituição Federal; tal princípio garante que nenhum indivíduo será considerado culpado até que se prove o contrário, o que é, de certa forma, contestado pela existência do dispositivo aqui analisado, visto que neste caso há a aplicação da pena de privação da liberdade sem que tenha ainda havido a condenação ou o trânsito em julgado; diante disso, é válido traçar de que forma a prisão preventiva opera à luz dos princípios constitucionais, previstos na Carta Magna e tidos como incontestáveis no sistema jurídico.

No quarto capítulo é trazido o conceito de ordem pública, utilizado como uma das hipóteses para a aplicação da prisão preventiva e sem dúvidas o mais controverso, por seus problemas intrínsecos de conceituação e tangibilidade, pondo em questionamento a segurança jurídica e a imparcialidade do poder Estatal.

O quinto capítulo busca correlacionar a esfera penal a outras áreas do conhecimento, fazendo uma análise mais completa do que a prisão preventiva representa em linhas sociológicas e da criminologia.

O sexto e último capítulo de desenvolvimento deste artigo ilustra um panorama da aplicação real do dispositivo no Brasil, seja com dados acerca da população prisional atual, relatórios, casos reais, e um delineamento do perfil desses presos, buscando fazer com que sejam vistos além de meros números e estatísticas, além de ilustrar a desigualdade e arbitrariedade anteriormente apontadas na sua aplicação.

Por fim, as Considerações Finais encerram o trabalho trazendo um desfecho ao tema, ressaltando todos os pontos ora mencionados, e de que forma os problemas mencionados podem ser contornados pelo próprio Poder Público.

2 O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA

2.1 A Sua Previsão No Código De Processo Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 3.689/41)

A prisão preventiva é uma espécie do gênero de “prisão cautelar de natureza processual”, decretada antes da finalização do processo, sem que tenha havido ainda o julgamento do delito em sua culpabilidade, tipicidade ou ilicitude, ou seja, antes da apreciação do mérito. Esse instituto está previsto no Código de Processo Penal brasileiro nos arts. 311 a 316.

Por razão de seu caráter excepcional, deve ser aplicada em casos pontuais e de natureza extraordinária, motivo pelo qual só é permitida de forma motivada e justificada, tendo em si dois requisitos basilares, quais sejam, a garantia da execução da pena – apontada na Lei como a preservação da ordem pública e econômica –, ou ainda por conveniência da instrução criminal. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, a prisão provisória é, dessa forma:

(...) uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei. No ensinamento de Frederico Marques, possui quatro pressupostos: a) natureza da infração (alguns delitos não a admitem, como ocorre com os delitos culposos), b) probabilidade de condenação (*fumus boni juris*), c) perigo na demora (*periculum in mora*) e d) controle jurisdicional prévio. (NUCCI, 2020, p.58)

A motivação, portanto, é condição obrigatória para a apreciação de seu cabimento, visto que o conceito de restrição da liberdade do indivíduo antes de sua condenação representa medida drástica que deve ser utilizada como aparato do meio acusatório e não coercitividade minada. Os pressupostos da prisão preventiva estão dispostos no art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução

criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). (BRASIL, 1941)

Sendo assim, é imprescindível a existência de prova da existência do crime, não bastando a mera suspeita, bem como *indícios suficientes de autoria, e não apenas a possibilidade desta*; é imperativa a existência tanto da materialidade delitiva quanto da autoria do delito. Quanto ao momento de sua aplicação, o art. 311do CPP traz que pode esta ser decretada “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal”, desde que presentes os pressupostos. (TOURINHO FILHO, 2017, p. 685)

No tocante às hipóteses legais, já havendo sido confirmada a sua materialidade assim como os indícios de autoria, ainda assim só poderá ser aplicada em casos específicos, todos previstos na Lei – mais uma vez, buscando-se resguardar seu caráter estritamente excepcional. Essas circunstâncias estão previstas no art. 312 do CPP, tais sendo:

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; III. se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; IV. (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (BRASIL, 1941)

Fica clara a importância de estar presente na conduta do indivíduo o *animus*

de praticá-la e gerar dano, razão pelo qual só pode ser considerada na prática de crimes dolosos. Já o requerimento de que a pena máxima aplicada ao delito em questão seja superior a 4 anos assevera a necessidade de que a conduta do Réu realmente deva representar risco mensurável à sociedade. Desse modo, devem ser observados o grau de imputação do praticante do fato, o possível êxito do processo penal, o perigo concreto de reiteração da prática em questão ou de atos análogos a esta, a gravidade da pena prevista e *sobretudo o interesse público no combate à ação criminosa em questão*.

2.2 As Mudanças Trazidas Pelo Pacote Anticrime (Lei Nº13.964/2019)

No Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41), a autoridade competente para a decretação da prisão provisória é o Juiz, como reza o seu art. 311; caso se trate de um processo de competência originária dos Tribunais, a competência é do Relator (art. 2º, parágrafo único da Lei 8.038/90), de modo que para sua decretação não era necessária provocação de outra parte, ou seja, poderia ocorrer *de ofício*. Todavia, ainda nos termos do art. 311 do CPP, têm atribuição para seu requerimento:

Art. 311. (...) caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.
(BRASIL, 1941)

Em se tratando do órgão do Ministério Público, querelante e assistente de acusação, se dá por forma de *requerimento*, enquanto que se a autoridade policial o fizer, ocorre sob a forma de *representação*, ou seja, exposição escrita de motivos que a ensejem. (TOURINHO FILHO, 2017, p.687)

Com o advento da Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, também conhecida como Pacote Anticrime, o Juiz não mais poderá decretar medida cautelar de ofício, devendo haver o pedido do representante do Ministério Público, das partes ou da autoridade policial. Ademais, também fora incluída a possibilidade

de decretação da medida caso haja perigo gerado pela liberdade do sujeito a quem o crime está sendo imputado.

Em casos onde não haja urgência ou perigo no tocante à liberdade do acusado, o Juiz deve conceder o prazo de 5 dias para que esse se manifeste. Embora não tenha mais o poder de decretar a prisão preventiva de ofício, o Magistrado ainda pode substituí-la por outra ou revogá-la se assim entender, sempre de forma fundamentada. (PIOVESAN, 2019)

Quanto à fundamentação, a Lei buscou delinear de forma mais substancial o que é cabível ou não como motivação no momento de aplicação desta; sendo assim, fica vetado o uso de letra de Lei sem relação clara com o caso concreto em questão, argumentação que torne claro o cabimento de outras medidas diferentes da prisão preventiva, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, criar precedente ou súmula sem identificar pontos de correlação com o caso, além da não contestação de argumentos contrários a esta. Por fim, deve ser revisada a necessidade de manutenção da prisão provisória a cada 90 dias, sob risco de se tornar ilegal. (PIOVESAN, 2019)

Tais mudanças representam uma tentativa de manter a previsão do instituto da prisão preventiva enquanto que respeitando os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, pois, se tratando de um conceito *a priori* inconstitucional, por não ter havido sequer a condenação do acusado, deve-se buscar estabelecer da melhor forma possível seu caráter absolutamente excepcional e pautado expressamente nos requisitos previstos, sempre em observância ao caso concreto de forma específica, ao menos na letra de Lei.

3 PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

3.1 A Presunção De Inocência Como Garantia Constitucional

A presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, tem como ideia central a *não condenação de qualquer pessoa antes que tenha havido o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*, buscando,

dessa forma, minimizar eventuais condenações errôneas e demais falhas do aparelho judiciário, que acarretam na aplicação indevida das sanções punitivas previstas no Código Penal. Esse princípio está intimamente ligado à preservação da dignidade da pessoa humana, trazida de forma explícita como fundamento basilar da Constituição brasileira em seu art. 1º, III. Nas palavras de Julio Fabbrini Mirabete,

(...) a nossa Constituição Federal não 'presume' a inocência, mas declara que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória' (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado. (MIRABETE, 1991, p. 252)

A consagração desse princípio se deu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1791, e mais tarde com a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em 1948, porém só veio a ser positivado no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal de 1988. Se trata de uma das manifestações do Estado liberal, onde este busca garantir os direitos individuais, liberdades públicas, a legalidade e igualdade formais, por meio da organização policêntrica dos poderes públicos e da tutela judicial dos direitos. (ABBOUD, 2011, p. 342)

Disso, depreende-se que a expansão da ideia de liberdade e sobretudo a garantia dos chamados direitos constitucionais estabelecem o Estado Constitucional como o modelo mais recente de Estado de Direito, já que se trata de uma noção de exercício compartilhado do poder em sociedade, onde existem atribuições e, naturalmente, direitos intrínsecos a todos. (PRADO, 2014, p. 113-5)

Tido como uma das bases do garantismo penal, o princípio *nulla poena, nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem processo, em tradução livre), serve como escopo para a ideia central da presunção de inocência, qual seja a garantia do Estado Constitucional, englobando as noções sociais e de democracia, inclusive com a dignidade como valor primordial para tal, e, mormente, como um modelo que requer inevitavelmente a legalidade (e legitimidade) formal e material. (PRADO & SANTOS, 2018, p.7)

3.2 As Garantias Constitucionais Como Contraponto À Prisão Preventiva

Em um Estado constitucional garantista, como é o Brasil, a Carta Magna deve sempre servir como ponto de partida para a aplicação de quaisquer normas, em especial quando se tratar da restrição à liberdade de um indivíduo, que, até o momento de aplicação do instituto em tela, é presumidamente inocente. Tal garantia busca reconhecer a gravidade da aplicação imatura e errônea da prisão e condenação de um acusado, ao qual ainda não foi dada a oportunidade de julgamento e trânsito dessa decisão pelos termos da Lei penal, o que por si só já denota um caráter discricionário por parte dos membros do Estado. A legalidade deve servir de base ao Estado Constitucional, não sendo diferente ao se tratar das medidas cautelares pessoais, dentre estas, e de forma ainda mais latente, as que envolvem o aprisionamento do indivíduo.

Esse garantismo, ideia trazida de forma mais substancial e densa pelo escritor italiano Luigi Ferrajoli no livro *Direito e Razão*, de 1989, se ancora nos princípios iluministas de um Estado liberal, propondo limites ao exercício e contenção do poder e afastando ideais inquisitórios, tendo em vista a máxima de que inocentes não devem ser punidos em quaisquer circunstâncias; dá-se então um duplo fim ao Direito Penal: a contenção da violência advinda da atividade criminosa, e, paralelamente, evitar a violência advinda de sanções arbitrárias.

Segundo Carvalho, os direitos fundamentais estão em “uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa do bem comum”. Só há que se falar em legitimidade jurídica quando existe a aplicação da legalidade em âmbito formal e material, sob risco de se tornar uma ação arbitrária e ilegítima. Ainda segundo Carvalho, não é cabível a presunção de legitimidade pelo simples fato de ser a decisão tomada por um poder decisório vinculado ao Estado, ou seja, não se pode presumir a legalidade de determinado ato tão somente por este motivo. (CARVALHO,2008, p.25-30)

Continua sendo o tema objeto de intensa discussão doutrinária ao longo dos anos, o que pode ser compreendido pela amplitude semântica e manipulabilidade interpretativa a que estão sujeitos os requisitos para tal, nomeadamente o conceito de Ordem Pública, que, intrinsecamente, baseia-se meramente na *presunção* de que o acusado poderá vir a cometer novos delitos.

Segundo Prado & Santos, “a contradição entre a presunção de inocência e a prisão preventiva é difícil de justificar, ainda mais porque a situação real do imputado é já sofrer as sanções de uma pena, inclusive, com as mesmas restrições do regime fechado”. Diante disso, remanesce o dilema de como um indivíduo, constitucionalmente considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pode vir a sofrer o peso da aplicação da pena sem que haja uma decisão incontestável, e de que forma isso pode ocorrer à luz de um Estado que tem como normas basilares os princípios constitucionais vigentes. (PRADO & SANTOS, 2018, p. 189)

Se a justificativa para a aplicação da Prisão Provisória, de forma literal, vai de encontro ao que foi previamente estabelecido no âmbito das garantias fundamentais num Estado Constitucional, especialmente por se tratar de um conceito amplo e que tem sua clareza comprometida, é necessário reconhecer que se trata de uma medida facilmente manipulável e que pode ser utilizada de forma arbitrária, mesmo que a Lei, principalmente por meio do novo Pacote Anticrime (L13964/19), busque contornar esse cenário por meio de critérios mais delimitados e requisitos específicos; todavia, isto não afasta a insegurança jurídica desse instituto o suficiente para garantir que não sejam cometidas falhas graves e que conseqüentemente seja posto em risco o direito à liberdade de indivíduos inocente na forma da Lei reiteradamente.

4 ORDEM PÚBLICA: CONCEITUAÇÃO E PROBLEMAS INTRÍNSECOS

Apesar de existir há séculos, sendo sua origem remetida ao Império Romano, o conceito de ordem pública ainda representa um enigma no âmbito jurídico, sendo sua conceituação ainda indefinida e sem tangibilidade concreta. Segundo Norberto Bobbio, “fala-se de ordem pública com significados completamente diferentes em hipóteses dificilmente conciliáveis com um sistema orgânico de conceitos”; isso se dá pois tal expressão figura em mais de um âmbito do Direito brasileiro, tendo significados distintos entre eles, seja no Direito Penal, Internacional, entre outros. (BOBBIO, 1998, p.851-852)

A ideia de ordem pública no Direito Penal denota a garantia da paz social, ou seja, ausência de desordem e castigo daqueles que vão de encontro às normas

estabelecidas e tidas como exemplares para o bom convívio social, devendo ser tais indivíduos submetidos à punição Estatal, tanto de forma a promover o reforço negativo a uma ação indesejada, nos moldes *skinnerianos* da psicologia, como também para servir de exemplos aos demais, numa tentativa de coibir as ações danosas pelo medo do castigo que virá a ser aplicado pelo Estado. Essa dinâmica é objeto de análise por Luigi Ferrajoli na obra *Direito e Razão*, afirmando ele que “basta ao corpo social que os culpados geralmente sejam punidos, pois é seu maior interesse que todos os inocentes sem exceção sejam protegidos.” Isso corrobora o entendimento de que, em linhas gerais, em grande parte das vezes pouco importa ao indivíduo médio de que forma será punido aquele que cometeu o crime, bastando que haja a certeza de que irá ser castigado, devido à ideia de que este merece o sofrimento a que será submetido. (FERRAJOLI, 2013)

Apesar de não ser possível delimitar de forma tangente o que seria a Ordem Pública, existe uma tentativa de doutrinadores e estudiosos para delinear essa ideia e transformá-la em algo que apresente mais segurança no âmbito jurídico, por meio de análises intraconceituais, do direito formal e material, o que essa expressão representa e o que tenta coibir, entre outros. O que não se pode perder de vista em nenhum momento é o seu caráter de excepcionalidade, ponto chave em um universo onde os direitos fundamentais poderiam ser suprimidos em detrimento da manutenção da ordem.

Ainda nesse sentido, está expressamente previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ilustre marco na garantia dos direitos fundamentais, que “todo acusado é declarado inocente até ser considerado culpado”, além de que, sendo a prisão a única alternativa viável no caso concreto, “todo rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. Depreende-se não somente a necessidade latente de aplicação desse instituto estritamente em casos excepcionais, o que muito já foi ressaltado, como também, no caso da sua aplicação, a cautela necessária para que não haja excesso em sua aplicação.

Buscando garantir o chamado bem geral da sociedade, o Estado se utiliza desse conceito para admitir uma atuação mais invasiva das autoridades de segurança pública, principalmente do poder de polícia, da expansão do poder real com uso de violência e, conseqüentemente, da restrição de direitos fundamentais

dos indivíduos. Nesse ponto, assevera Ferrajoli que “com a influência dos ideais fascistas, se tornou explícita consequência da funcionalização do indivíduo em relação ao Estado.”, se tratando então de um permanente mecanismo de controle social nas mãos do poder ora constituído. (FERRAJOLI,2013)

5 PRISÃO, BEHAVIORISMO E A PUNIÇÃO ESTATAL SOB A ÓTICA DE FOUCAULT

5.1 A Prisão E A Teoria Behaviorista De Skinner

O behaviorismo, das teorias psicológicas mais difundidas acerca do comportamento humano, traz em seu cerne a ideia de que o indivíduo age de acordo com o ambiente em que está inserido e os estímulos a sua volta, sejam eles positivos ou negativos. O nome mais célebre dessa teoria é Burrhus Frederic Skinner, psicólogo americano, que dedicou sua carreira a provar que a ideia de livre arbítrio não era realista e que é possível e praticável moldar as ações dos indivíduos por meio de consequências e ações anteriores.

Existe uma clara relação entre o modelo behaviorista e a prisão, já que esta nada mais é do que um reforço negativo a um comportamento não desejado pelo corpo social. A aplicação da pena tem como ideia primordial a de punir a ação danosa, tanto para que no futuro não seja repetida (reforço negativo), quanto para provar aos demais membros da sociedade que, caso ajam de forma semelhante, a promessa do castigo existe e será aplicada. A prisão preventiva muito se enquadra nesse panorama, visto que se busca prontamente remover da sociedade o indivíduo que aparentemente cometeu uma ação não desejada, embora não esteja sequer comprovada a sua autoria, como forma de privá-lo do convívio social e submetê-lo a aplicação de uma punição, que o levará, em teoria, a reconsiderar seu engajamento em ações consideradas reprováveis pelos demais, mantendo dessa forma a ordem social – requisito expresso na letra de Lei como uma das hipóteses da aplicação da sanção preventiva. Nas palavras de Skinner, em tradução livre, na qual seja talvez a sua citação mais difundida,

O ideal do behaviorismo é o de eliminar a coerção, aplicar controles por

meio da mudança de ambiente de forma a reforçar o tipo de comportamento que beneficia a todos. (...) Se não reforçado, porém, o novo comportamento tende a ser extinto. (SKINNER, citado por Sobel, 1990)

Essa teoria comportamental teve força até meados dos anos 50; com o tempo, passou a ser substituída ou incrementada por teorias diversas, uma vez que a análise estrita do que é cientificamente observável e inevitavelmente a apresentar falhas, já que o comportamento humano é repleto de nuances e particularidades. A ideia do reforço negativo como forma principal de evitar comportamentos indesejáveis é constantemente posta a prova quando se analisa o alto número de reincidência criminal, o que, em teoria, deveria ser evitado a partir da aplicação do reforço negativo, no caso, a pena de prisão.

5.2 Michel Foucault E Uma Breve Análise Da Punição Estatal

O filósofo francês Michel Foucault dedicou sua carreira acadêmica ao estudo da punição, tendo como obra mais célere o livro *Vigiar e punir: O surgimento da Prisão*, que se dedica ao estudo da gênese da pena e que propósito busca servir na sociedade; é feita uma análise de como o Estado passou a ter o poder de agir normativamente em todas as áreas da sociedade, muitas vezes não buscando apenas punir condutas consideradas reprováveis, mas assumindo também um papel inquisitor na aplicação de sanções que gerassem o máximo de sofrimento possível ao apenado.

Com o tempo, o espetáculo da punição deu lugar a um tratamento mais humanizado e sensível ao réu, não mais buscando inferir dor necessariamente ao corpo físico deste, sendo permeada pelo Código de Processo Penal e suas disposições. O castigo passa a tomar outras formas, sendo a principal delas, ao menos no contexto jurídico brasileiro, a privação da liberdade, como forma de suprimir o tempo dos indivíduos, adestrar seus corpos e vigiá-los. Com isso, houve um distanciamento entre a figura que pune, ou seja, o Juiz, e o condenado, já que a prisão passa a ser vista como um mero e inevitável processo administrativo, mesmo em casos em que não exista ao menos uma sentença penal condenatória. Segundo ele, houve menos uma atenuação da severidade punitiva que um

redirecionamento desta, passando do sofrimento corpóreo para a atuação sobre “o coração, o intelecto, a vontade, as disposições”. (FOUCAULT, 2014, p. 21)

Levando em conta as observações de Foucault, é possível notar que a prisão, inicialmente, veio como alternativa à aplicação de penas severas e desumanas, nos moldes da Lei de Talião; entretanto, com o tempo, passou também a figurar como forma de manutenção do *status* de detentor do poder por parte do Estado, servindo como exemplo para evitar que condutas semelhantes sejam praticadas pela certeza da punição, buscando reestabelecer a ordem, mesmo que em detrimento da liberdade de outrem.

No caso da prisão preventiva, essa dinâmica se torna um tanto notável, já que, mesmo sem que tenha havido sequer a condenação do acusado nos moldes estabelecidos por Lei, o cerceamento da liberdade vem de forma a exercer, em muitos dos casos, função sedativa ao alarme social. Num Estado que, em teoria, preza pela não condenação de inocentes em quaisquer circunstâncias, o encarceramento é aplicado mesmo em um momento onde ainda há instabilidade jurídica e alto risco de aplicação da pena de prisão de forma truculenta e inadequada.

6 O PANORAMA DA APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

A deficiência do instituto da prisão provisória, desde a sua gênese, fica ainda mais clara quando se analisa a forma como é de fato aplicado no país. A insegurança jurídica ora mencionada apresenta um risco ainda maior a parcelas específicas da população, que muitas vezes são vistas como alvo a ser punido por razões arbitrárias e preestabelecidas.

A garantia da ordem pública, peça chave da manutenção da Prisão Preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, é utilizada da forma mais conveniente para que seja possível obter o desfecho desejado, na grande maioria das vezes pautado no preconceito e discriminação, seja ela racial, econômica, de gênero, entre outros, tendo como alvo principal os indivíduos mais vulneráveis na sociedade. Diante dos dados a seguir apresentados sobre o panorama atual da aplicação desse instituto no Brasil, é possível notar como algo que deveria existir como forma de garantir do bem da população e promoção da convivência pacífica dos membros da sociedade nos moldes da Lei, e é usado de forma apreensiva e

cruel, tendo alvos específicos e operando meramente de forma simbólica para causar dor e servir como aviso àquele que ainda nem foi condenado, muitas vezes não existindo ao menos indícios suficiente que comprovem a possibilidade de autoria deste.

6.1 Uma Análise Das Estatísticas Acerca De Como Se Prende No Brasil

O Brasil conta atualmente com uma população carcerária de quase oitocentos mil presos, em unidades prisionais ou delegacias, segundo dados relativos a junho de 2019 em uma pesquisa feita pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), sendo que em 45,92% dos casos estes são mantidos em regime fechado. O segundo maior número é referente aos presos preventivos, com 253.963 pessoas sendo sujeitas à restrição da liberdade de ir e vir sem que ao menos tenham sido condenadas, representando cerca de 31% do total de presos no país. Dados do Monitor da Violência, do G1, divulgados no ano de 2019, mostram que existe superlotação de 69,3% no Brasil, com um número de presos quase duas vezes maior que o número de vagas disponíveis nas unidades prisionais. Segundo dados do relatório produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, publicado em 2020, o número de casos pendentes na esfera criminal equivale a 2,5 vezes a demanda, cerca de 5,3 milhões em 2019.

Ainda segundo esse relatório do CNJ, na fase de conhecimento (1º grau), o tempo do processo criminal em média é maior do que o não criminal, durando em média 1,3 anos a mais que estes, gerando uma taxa de congestionamento criminal de 70%. De acordo com o relatório,

Os processos referentes às execuções judiciais criminais privativas de liberdade baixados no ano de 2019 possuem tempo médio de baixa de 4 anos e 9 meses na Justiça Estadual e de 1 ano e 10 meses na Justiça Federal (Figura 146). Esses tempos são maiores que a média até a baixa do processo na fase de conhecimento, ou seja, até o início da execução penal ou até a remessa do processo em grau de recurso para o 2º grau, que foi de 4 anos e 1 mês na Justiça Estadual e de 2 anos e 1 mês na Justiça Federal. (CNJ, 2020)

A partir desses dados, depreende-se que, dentre esses detentos, muitos

são preventivos, ou seja, aguardam a condenação em primeira instância presos e com um tempo de tramitação do processo muito maior daquele permitido por Lei, devido ao exorbitante índice de demanda do Judiciário. Desses presos, que podem passar até anos em situação de privação da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a maior parte é condenada a crimes cujas penas não são graves o suficiente para a manutenção do regime fechado, sendo muitas delas convertidas em medidas alternativas, como pagamento de multa ou prestação de serviços comunitários. Tudo isso sem mencionar a parcela de condenados à prisão preventiva que ao final do processo são considerados inocentes.

Segundo dados de um levantamento feito pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) de 2014, em São Paulo, o tempo médio para o primeiro encontro entre Réu e Juiz demora cerca de 109 dias para homens e 135 dias para mulheres; até lá, essas pessoas são mantidas presas sem que haja ao menos a oportunidade de dispor de seus direitos à ampla defesa e contraditório. Ainda segundo esse levantamento, ao longo da trajetória do processo, as mulheres negras acabam ficando mais tempo na prisão, mesmo sendo, na maioria das vezes, presas por crimes evitáveis/de subsistência. Segundo outro levantamento realizado pelo Depen no ano de 2016, a população presa no país é composta majoritariamente por pretos e pardos, cerca de 65%, sendo que o crime de tráfico de drogas é o que mais leva à prisão.

Não é difícil encontrar casos de pessoas que ficaram anos presas sem julgamento, seja por falta de pessoal, infraestrutura, atraso na realização do julgamento pelo Tribunal do Júri (mesmo que, no Código de Processo Penal, o prazo definido é de no máximo seis meses), entre outros. Alguns desses casos: em 2018, o STJ concedeu liberdade a um acusado de homicídio que estava preso no Estado de Pernambuco há mais de quatro anos aguardando o julgamento do Júri. No Amazonas, outro acusado foi mantido preso preventivamente por 7 anos, acusado de homicídio, sendo que a prisão ocorreu em 2013 e a sentença de pronúncia só foi proferida no ano de 2018, optando o magistrado por manter a prisão preventiva mesmo assim. Em outro caso, um homem ficou preso por 24 anos sem julgamento, tendo a prisão ocorrido nos anos 90 e prescrito por mais de 4 anos antes de seu falecimento. Em Recife, um homem passou mais de um ano preso preventivamente pela tentativa de furto de uma bicicleta, um crime não-

violento.

Esses casos servem para ilustrar a arbitrariedade na aplicação do instituto da prisão preventiva no país, mesmo que os dados acerca de como e quem se prende ainda sejam escassos, já que a maioria dos relatórios oficiais não trazem recortes de sexo, raça, situação econômica, entre outros, o que auxiliaria a moldar um perfil mais exato de quem são essas pessoas e evitar que se tornem apenas estatísticas. Fato é que, além de todo o sofrimento causado a indivíduos que são potencialmente inocentes até que se prove o contrário, o que não pode ser reparado de nenhuma forma, o sistema Judiciário, ao apresentar tantas falhas em seu funcionamento, coloca em cheque seu objetivo primário, que é a promoção da justiça. A manutenção dessas pessoas presas também representa um custo altíssimo para as contas públicas, o que gera ainda mais dívidas ao Poder Público em razão tão somente do mal funcionamento e despreparo deste.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prisão preventiva, medida prevista no Código de Processo Penal Brasileiro como forma de manutenção do curso do processo e da ordem social/econômica em casos onde estas possam estar sujeitas a perigo pela liberdade do acusado, é um instituto a ser usado de maneira absolutamente extraordinária, por ir de encontro ao que prevê a Constituição Federal e seus princípios no tocante à presunção de inocência do acusado. De forma geral, não há aplicação de qualquer tipo de pena sem condenação prévia, o que encontra na prisão preventiva uma exceção, que, em teoria, vem a garantir a segurança e bom funcionamento da sociedade.

Apesar de contar com hipóteses fixas, a aplicação da prisão preventiva no sistema judiciário brasileiro é permeada pela sensação de insegurança jurídica em várias formas, principalmente pela discricionariedade no momento do pedido, assim como pelos pressupostos de aplicação, a notar o de manutenção da ordem social, conceito amplo e sujeito a diversas interpretações. Retrato disso é o insustentável número de presos provisórios no país, que contribuem para a superlotação das unidades prisionais, um sistema judiciário cada vez mais lento e falho, além, inevitavelmente, da condenação de potenciais inocentes ao castigo da

privação de liberdade por um período de tempo indeterminado, característica de um Estado inquisitivo que não preza pelas garantias constitucionais e direitos humanos.

Nesse cenário de instabilidade e supressão arbitrária de direitos, fica clara a correlação entre a utilização da prisão como forma de castigo e reforço negativo aos demais, o que foi correlacionado no artigo com as ideias de Skinner e Foucault, deixando para trás qualquer tentativa de utilização desta como mecanismo de ressocialização e adotando-a como aparato de símbolo e manutenção do poder por parte do Estado.

Em suma, trazendo essa sistemática para termos práticos, atualmente viabiliza-se um sistema que permite o encarceramento em massa de indivíduos sem condenação, que não podem, na maioria das vezes, ao menos lutar por seus direitos por falta de recursos financeiros, o que é amparado por uma sistemática racista e classista, sustentando uma realidade de milhares de pessoas presas, sem nenhuma previsão de quando irão ter seu direito à liberdade reestabelecido, e esquecidas pelo Poder Público, transformando-se em mera estatística por parte de uma Justiça que não é, de forma alguma, cega.

Essa realidade não encontrará desfecho até que se mude a perspectiva geral acerca da ideia de punição como forma de causar sofrimento e intimidação, devendo-se buscar ir além do mero encarceramento em massa dos indivíduos considerados inadequados ao convívio em sociedade; de forma ainda mais urgente no caso da prisão preventiva, devendo-se buscar a sua aplicação apenas como forma de aparato ao meio acusatório em casos onde não haja qualquer outra alternativa, de maneira oposta à sua atual utilização como mera ferramenta sedativa ao alarme social e controle da população.

REFERÊNCIAS

.Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20 de Setembro de 2020.

.Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 25 de Outubro de 2020.

.Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015.

.Leinº 8038, de28deMaiode1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.html>. Acesso em: 21 de Setembro de 2020.

_____Pacote Anticrime. Decreto Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964>. Acesso em: 25 de Out de 2020.

ABBOUD, Georges.**Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.**1ª Edição, 2011.

BARROS, Maria Lígia. **A história do homem preso sem julgamento por mais de um ano em Pernambuco por causa de uma bicicleta.**Jornal do Commercio,2020.

Disponível em:
<<https://jc.ne10.uol.com.br/pernambuco/2020/06/11951772-a-historia-do-homem-presos-sem-julgamento-por-um-ano-em-pernambuco-por-causa-de-uma-bicicleta.html>>. Acesso em: 13 de Nov. de 2020.

BEZERRA, Fellipe de CarvalhoXavier.**Direito Penal do Inimigo: análise dos aspectos jusfilosóficos (parte I).** 2011. Disponível em:
<<https://carvalhoecorreiaadv.jusbrasil.com.br/artigos/215877067/direito-penal-do-inimigo-analise-dos-aspectos-jusfilosoficos-parte-i>>. Acesso em: 25 de Out. de 2020.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nocila; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.**11ª Edição, 1998.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo.** Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/334897123_Aplicacao_da_Pena_e_Garantismo>. Acesso em: 2 de Nov. de 2020.

CURY, João Vitor Silva. **(In)constitucionalidade da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública**

2018. Disponível em:
<<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/12972/1/21443025.pdf>>.
Acesso em: 25 de Out. de 2020.

CNJ. **Justiça em Números.** 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 6 de Nov. de 2020.

DEPEN. **Relatório de Auditoria.** 2016. Disponível em:

<https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/depen-relatorio-de-auditoria-2016.pdf/view>. Acesso em: 8 de Nov. de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª Edição, 2013.
FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 17ª Edição, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 42ª Edição, 2014.
G1. **Monitor da Violência: Raio X do Sistema Prisional em 2019**. 2019. Disponível em: <<https://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2019/raio-x-do-sistema-prisional/>>. Acesso em: 10 de Nov. de 2020.

GOMES, Marupiara Cesar Ferreira. **Prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência**. 2010. Disponível em <[http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/prisao.preventiva.e.o.principio.da.presuncao.de.inocencia\[2010\].pdf](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/prisao.preventiva.e.o.principio.da.presuncao.de.inocencia[2010].pdf)> Acesso em: 10 de Out. de 2020.

HOTCHKISS, Rebecca. **The History of Behaviorism**. Disponível em: <<https://www.sutori.com/story/the-history-of-behaviorism—eAmjdQN2oCsKdHwgHtYc6ogH>>. Acesso em: 10 de Nov. de 2020.

ITTC. **Como se prende no Brasil?**. Youtube. 4 dez. 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2WRf29wwqV4&feature=emb_title>. Acesso em: 12 de Set. de 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. S.I.1991. NACIONAL, Departamento Penitenciário. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2lyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDIiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 10 de Nov. de 2020.

NUCCI, Guilherme. **Elementos de Direito Processual Penal**. V. IV. 17ª Edição, 2020.

PAIVA, Franceilde Nascimento. **Vigiar e Punir: O sistema prisional na visão de Foucault**. 2012. Disponível em: <<https://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/1485/1/FrancileidePaiva.pdf>>. Acesso em: 10 de Nov. de 2020.

PANTOLFI, Laís Macorin. **A garantia da ordem pública e da ordem econômica como fundamentos para decretação da prisão preventiva**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67059/a-garantia-da-ordem-publica-e-da-ordem-economica-como-fundamentos-para-decretacao-da-prisao-preventiva>>. Acesso em: 4 de Out. de 2020.

PIOVESAN, Eduardo. Pacote anticrime altera regras da prisão preventiva. Agência Câmara de Notícias, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/622330-pacote-anticrime-altera-regras-da->>

[prisao-preventiva/](#)>. Acesso em: 5 de Out. de 2020.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição, 2014.

_____, Luis Regis. SANTOS; Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: A contramão da modernidade**. 1ª Edição, 2018.

REGO, Isabel Pojo do. **Sociologia da Prisão**. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922004000100011>. Acesso em: 2 de Nov. de 2020.

SOBEL, Dava. **B.F.Skinner, the Champion Of Behaviorism, Is Dead at 86".The New York Times**. 2015. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/1990/08/20/obituaries/b-f-skinner-the-champion-of-behaviorism-is-dead-at-86.html>>. Acesso em: 10 de Nov. de 2020.

SOUSA, Emanuel Bruno Lopes de; BRASIL, Glaucéria Mota. **O espetáculo da punição e elogio à violência**. 2008. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14572.pdf>>. Acesso em: 10 de Nov. de 2020.