

PRISÃO PREVENTIVA E SUA UTILIZAÇÃO COM INSTRUMENTO PUNITIVISTA E REPRESSOR DO ESTADO

Clara Alice Ribeiro Assunção¹

Alessandra Margotti dos Santos Pereira²

Resumo: O presente artigo busca elucidar as questões concernentes as abstrações advindas dos requisitos que compõem o instituto da prisão preventiva, demonstrando que são genéricos/impalpáveis e contribuem para a personificação de um Estado punitivo e repressivo, contradizendo um efetivo Estado Democrático de Direito. Dessa forma, irá descrever e analisar posicionamentos teóricos que consolidam a leitura constitucional e garantista da aplicação da pena, bem como proceder a críticas que demonstram como a prisão preventiva não se coaduna com um Processo Penal lido sob a luz da Constituição Federal, frisando o *status quo* repressivo do Estado.

Palavras-chave: Prisão Preventiva; Violação de princípios; Estado punitivista; Direito Penal seletivo; Garantismo penal.

Sumário: 1. Introdução; 2. Prisão preventiva: tutela cautelar e o Processo Penal: 2.1 O *Periculum Libertatis e o Fumus Comissi Delicti*; 2.2 O artigo 312 do Código de Processo Penal; 2.3 O artigo 313 do Código de Processo Penal; 2.4 O caráter excepcional da prisão preventiva; 3. O Estado Democrático de Direito e o Direito Penal Mínimo: uma concepção garantista: 3.1 Descrição de princípios basilares do Processo Penal e sua sistematização; 3.2 O garantismo penal e a função da pena por Luigi Ferrajoli; 3.3 Os dez axiomas do garantismo penal; 4. A prisão preventiva como expressão de um Estado punitivista e repressor: 4.1 Contextualização histórica; 4.2 O Processo Penal analisado sob a ótica das garantias fundamentais; 4.3 O indivíduo perigoso, o Direito Penal do inimigo e sua seletividade; 5. Considerações Finais

¹ Bacharelada em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Artigo apresentado como trabalho de conclusão de curso. E-mail: cassuncao@estudante.ufla.br

² Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. É professora substituta de Direito Penal e Prática Penal na Universidade Federal de Lavras. E-mail: alessandra.margotti@ufla.br.

Title: Preventive prison and its use with punitivist instrument and state repressor

Abstract: This article seeks to elucidate the issues concerning the abstractions arising from the requirements of the institute of pre-trial detention, demonstrating that they are generic / impalpable and contribute negatively to the personification of a punitive and repressive state contradicting an effective democratic rule of law. In this way, it will describe and analyze theoretical positions that consolidate the constitutional and guarantor reading of the application of the penalty, as well as proceeding with criticisms that demonstrate how the preventive detention is not in line with a Criminal Procedure read under the light of the Federal Constitution, stressing the status quo repressive state.

Keywords: Preventive Prison; Violation of Principles; Punitive state; Selective Criminal Law; Criminal guaranteeism.

Contents: 1. Introduction; 2. Preventive custody: precautionary custody and Criminal Procedure: 2.1 The Periculum Libertatis and the Fumus Commissioni Delicti; 2.2 Article 312 of the Criminal Procedure Code; 2.3 Article 313 of the Criminal Procedure Code; 2.4 The exceptional nature of pre-trial detention; 3. The Democratic Rule of Law and the Minimum Criminal Law: A Guaranteed conception: 3.1 Description of the basic principles of the Criminal Procedure and its systematization; 3.2 Penal Guarantee and the Function of Punishment by Luigi Ferrajoli; 3.3 The ten axioms of criminal guaranteeism; 4. Pretrial detention as an expression of a punitive and repressive state: 4.1 Historical context; 4.2 Criminal Procedure analyzed from the perspective of fundamental guarantees; 4.3 The dangerous individual, the enemy's criminal law and its selectivity; 5. Final Considerations

1. INTRODUÇÃO

Diante da crise em que se encontra o direito processual penal, é fundamental que se tenha estudos destinados a contribuir com a reestruturação deste. No que se refere à aplicação da pena é ainda mais necessário, uma vez que nos encontramos diante de um Estado Democrático de Direito e, portanto, toda punição deve ser pautada em conformidade com os princípios fundantes dessa sistematização social.

O Estado deve priorizar um princípio basilar como o da liberdade. Nesse sentido,

uma vez consolidado o viés de que a prisão preventiva é necessária para proteger a sociedade e a ordem, a admissibilidade da privação da liberdade antes do trânsito em julgado sob requisitos genéricos pode tornar passível, tanto o princípio da presunção da inocência, como o da liberdade como regra, de se reduzirem a uma discricionariedade da autoridade competente.

Portanto, é a partir dessas disposições que será demonstrado que o instituto da prisão preventiva se reveste de requisitos que são impalpáveis e contribuem de forma negativa para afirmação de um Estado repressor, incompatível com a construção de um paradigma garantista e democrático constitucional, ora analisado. Ainda, a prisão preventiva, para além de sistematizar uma personificação de um Estado punitiva e repressivo, é também seletista, pois atua como um instrumento facilitador de um Direito Penal utilizado por um Estado que escolhe quem punir de forma direcionada e preconceituosa.

Nesse contexto, a teoria garantista exerce uma função fundamental para que se construa uma institucionalização do Direito como ele se propõe ser, isto é, garantir a aplicabilidade de direitos fundamentais dentro desse Estado que se diz democrático. A consolidação dessa teoria permite aduzir que a extinção do instituto da prisão preventiva é algo que se faz necessário, como forma de efetivar a manutenção dos axiomas penas/processuais que sistematizam um devido processo legal, o qual deve ser de fato aplicado conforme se pretende, não se reduzindo tão somente a sua existência.

2. PRISÃO PREVENTIVA: TUTELA CAUTELAR E O PROCESSO PENAL

O Processo Penal deve ser analisado sobre a ótica constitucional. Essa afirmativa é a base que garante a sistematização de um Estado Democrático de Direito calcado por uma aplicação da pena estabelecida sobre o viés garantista que se propõe a agir de forma com que os direitos fundamentais dos que infringem a lei não sejam violados, a fim de buscar proteger os indivíduos dos excessos punitivos do Estado (SILVA, 2018).

Feita essa primeira observação, tem-se que a Prisão Preventiva surge no Código Processual Penal, nos artigos 311 em diante, como uma espécie de medida cautelar cujo intento é garantir a aplicação da pena e o devido andamento processual, sendo pautada pelo fundamento da excepcionalidade, isto é, só podem ser decretadas nos casos expressos em lei, de forma excepcional, visto que a regra consiste em responder ao processo em liberdade (BRASILEIRO, 2016, p. 82).

Diante desse contexto, a prisão preventiva conceitua-se como uma espécie de prisão cautelar decretada pelo magistrado, a pedido da autoridade policial ou do Ministério Público, que poderá ser arguida em qualquer fase do processo criminal, sempre que preencher os requisitos legais e desde que se revelem insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. (BRASILEIRO, 2016, p. 1262).

Nas palavras do doutrinador Aury Lopes Júnior, são medidas cautelares de natureza processual que se destinam a tutelar o processo, bem como seu desenvolvimento, dando eficácia ao poder de punir. (LOPES Jr., 2014, p. 573). Nesse sentido, a prisão cautelar somente deve ser aplicada em casos onde não se admite a substituição por medidas cautelares diversas da prisão, estas que foram enfatizadas com o advento da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011 e a partir dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, ao estipularem os requisitos taxativos que deverão ser observados pelo Juiz.

Logo, antes mesmo do trânsito em julgado, a prisão preventiva pode recair sobre o indivíduo com o intuito de restringir sua liberdade de locomoção sob a justificativa de que sua liberdade pode promover riscos à garantia da efetiva aplicação da lei, dentre outros requisitos que serão mencionados mais adiante. A princípio, deve-se questionar se tal formulação coaduna com a real intenção do processo penal cogente, vez que se tem banalizado, cada vez mais, a utilização de uma média cautelar que era para ser aplicada como um instrumento excepcional (LOPES Jr, 2014, p. 577).

É possível dizer que essa sistematização pode ensejar uma autonomia do Estado que extrapola essas fronteiras pelas quais o Processo Penal se fundamenta, visto que o Processo Penal Constitucional deve visar evitar que o Estado utilize seu poder de punir para além dos limites legais. Como bem expõe Aury Lopes Júnior:

“No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of Law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.” (LOPES Jr., 2014, p. 575).

Assim, percebe-se um Processo Penal paradoxal. De um lado, se tem uma teoria de um processo pautado em garantir a aplicação de uma pena justa, almejando resguardar direitos daqueles que estão sob custódia do Estado, sem que haja excessos. De outro, na prática, busca manter essa punição, permitindo que se configure uma aplicação antecipada da pena, contrariando a regulação democrática garantista que a Constituição impõe ao

Processo Penal, mormente a *presunção de inocência*, pela qual ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. A questão é saber distinguir o limbo existente entre tais requisitos sem que estes afetem a dignidade humana daquele que está sendo punido.

2.1 O Periculum Libertatis e o Fumus Comissi Delicti

Consoante o artigo 312 do Código de Processo Penal, 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.”³

Em primeira análise, deve ser suprido o primeiro requisito que sustenta a decretação da prisão preventiva, qual seja, a existência de provas suficientes para a comprovação da autoria e da existência do crime, sustentados pelo *fumus commissi delicti*. Tal denominação advém do Processo Civil relativo ao *fumus boni iuris*, o qual remete a noção de “fumaça do bom direito”, mas, como bem exposto pelo doutrinador Aury Lopes Júnior, ambos não podem se confundir, pois, “a fumaça da existência de um crime não significa juízo de certeza, mas de probabilidade razoável.” (LOPES Jr, 2014.p. 605).

Logo, não se fala num juízo de certeza, mas da existência de provas suficientes que imputam ao agente o cometimento do fato típico, ilícito e culpável para que seja decretada a prisão. O *fumus commissi delicti* exigiria, portanto, a existência de sinais externos adquiridos através dos atos de investigação que devem se utilizar de raciocínios lógicos e desapaixonados para deduzir com veemência o ato delituoso (LOPES Jr., 2014, p. 605).

Dessa forma, é importante questionar quais são os valores exigidos dessas provas que tornem tais indícios suficientes e se são aptos para sustentar o segundo requisito a ser observado: o *periculum libertatis*, ou seja, o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito como fundamento da aplicação da prisão preventiva como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, os quais serão analisados a seguir.

2.2 O artigo 312 do Código de Processo Penal

³ Redação do artigo 312 dada pela Lei nº 12.403, de 2011.

Como dito anteriormente, a prisão preventiva se constitui sob um viés instrumentalista, isto é, visa garantir a aplicação da pena e tutelar o andamento processual, sendo esse um dos requisitos trazidos pelo artigo 312 do Código Penal (LOPES Jr., 2014, p. 615).

Nesse sentido, a conveniência consiste no fato de poder existir um risco para a instrução penal, seu desenvolvimento natural e também quando apresentar risco as testemunhas, por exemplo, que por ventura poderiam estar sendo ameaçadas ou subornadas. Seria, portanto, um quesito que possibilitaria o Juiz de tomar sua concepção com base numa produção probatória livre (BRASILEIRO, 2016, p. 1280).

Outro item passível de análise é o quesito da *ordem econômica* que, assim como a ordem pública, é auferido sob a justificativa de evitar que o indivíduo volte a cometer novo crime, bem como garantir e resguardar as provas do processo. Em tal caso, com o advento da lei 8.884/94 (Lei Antitruste), o artigo 312 incrementou esse requisito visando evitar condutas do agente que pudessem tumultuar a tranquilidade e harmonia econômica, colocando em perigo as relações financeiras. Quanto a essa cláusula, alguns doutrinadores vão defender que não é necessário o encarceramento nesse caso, pois bastaria o congelamento dos bens, não devendo o Direito Penal ser considerado como resposta, visto que se trata tão somente de questões financeiras (LOPES Jr., 2014, p. 618).

Ainda, uma das questões mais suscetíveis de críticas é a fundamentação da prisão preventiva para garantir a ordem pública. Como dito anteriormente, o Juiz deverá analisar se há *periculum libertatis* e *fumus commissi delicti* e fundamentar sua decisão mediante análise das provas colhidas no caso concreto. Sendo tal fundamentação taxativa no artigo 315 do Código de Processo Penal que dispõe: “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”.⁴

Contudo, as considerações feitas nesse caso giram em torno do que consiste essa “ordem pública” que deve ser resguardada e como motivá-las diante dessa incerteza do termo, uma vez que há divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto a esse conceito. Alguns doutrinadores vão afirmar que se trata de uma definição vaga e imprecisa, como sustenta o autor Aury Lopes Jr., trata-se somente de “uma autorização aberta e geral para prender” (LOPES Jr., 2014, p.607). Nesse sentido, portanto, seria incabível falar em uma argumentação motivada, tendo em vista que o próprio conceito “ordem pública”, mencionado no texto da lei, em sua essência já é indefinido.

Por outro lado, outros doutrinadores sustentam que a ordem pública se coloca como uma intenção restritiva de evitar reincidência, bem como almeja assegurar a

⁴ Redação do artigo 315 dada pela Lei nº 12.403, de 2011

população contra os riscos que aquele indivíduo pode vir a apresentar a sociedade (BRASILEIRO, 2016. p.1272). Contudo, tal argumentação ainda não traz uma definição do que de fato enseja essa expressão, principalmente porque o foco de tal sustentação não é direcionado, preliminarmente, a essa “ordem pública” almejada. Isto é, as balizas da análise que são feitas para justificar a prisão preventiva se dão através de um olhar individualista do juiz que baseia e justifica sua argumentação tão somente nesse pretense transgressor que “apresentaria um risco” à população. Assim, pode-se afirmar que é um quesito individualista de fato, justificado sobre um pretexto genérico que tem como único parâmetro um suposto indivíduo perigoso.

Portanto, tal quesito é tangível de críticas e dúvidas, visto que não se tem um conceito definitivo do que seria de fato essa "ordem pública", podendo realmente “servir a qualquer senhor” e se justificar sobre qualquer pretensa argumentação autoritária (LOPES Jr., 2014, p. 607). Tal fundamentação advém, em sua esmagadora maioria dos casos, de uma tendência contemporânea exercida pela mídia que desperta um clamor público no qual, indignados sobre a ocorrência de um fato criminoso, cobram uma atitude do Estado que dá a sua resposta através do sistema penal punitivista e repressor, numa tentativa de tranquilizar essa população como se o Processo Penal servisse para amenizar os ânimos do cidadão de bem, tratando-se, portanto, apenas de uma questão de credibilidade da justiça. “[...]por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer *senhor*, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante.[...] Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade.”(LOPES Jr., 2014, p. 607).

Justifica-se, assim, a aplicação da prisão preventiva pela gravidade do crime, intensificada por uma publicidade fabricada que emite essa sensação de impotência das autoridades responsáveis que como resposta se utilizam do processo penal para reforçar a ideia de combate à criminalização: "Esta é a palavra dos meios de comunicação de massa. É a palavra que constrói outra criminologia, que opõe à criminologia acadêmica uma criminologia midiática, que, a despeito de estar carregada de preconceitos, falsidades e inexatidão, é a que configura as atitudes das médias das pessoas e sobre as quais costumam montar-se as decisões políticas que se traduzem em leis penais." (ZAFFARONI, 2012, p. 26).

Sem dúvidas, é um critério postulatório que emite a maior ofensa ao devido Processo Penal/Constitucional, pois sua viabilização genérica permite as mais absurdas

ofensas à liberdade e dignidade do ser humano, visto que possui um teor inquisitório e imperialista digno de uma estruturação autoritária que permite punir e encarcerar sem fundamentos válidos e precisos. A falta de uma definição precisa e restritiva a essa hipótese que justifica uma prisão, trata-se, pois, de uma abrangência tão perceptível que nos resta auferi-la como explícito ato inconstitucional.

2.3 O artigo 313 do Código de Processo Penal

Presentes os pressupostos dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal, poderão ser analisados também para a prisão preventiva os requisitos estipulados no artigo 313 do mesmo Código, consistindo em hipóteses de admissibilidade. Portanto, seus requisitos são alternativos e não cumulativos como no caso do artigo 312. Em caso de inadmissibilidade de tais requisitos, nada impede a aplicação de medida cautelar diversa da prisão (BRASILEIRO, 2016. p.1282).

O primeiro requisito impõe que a prisão preventiva poderá ser aplicada nos casos de crimes dolosos punidos com pena máxima superior a quatro anos (não existindo a possibilidade de decretação da prisão preventiva em crimes culposos), levando em consideração a quantidade da pena, independentemente da natureza dela, isto é, se é de reclusão ou detenção (BRASILEIRO, 2016. p.1281).

Assim, caberá ao Juiz analisar, a princípio, se futuramente seria possível aplicar ao caso uma substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, evitando a necessidade de aplicação da prisão preventiva, exigindo-se do juiz, assim, um critério de proporcionalidade (BRASILEIRO, 2016. p.1282). Além disso, é preciso mencionar que nos crimes continuados e no concurso formal, nas causas de aumento de pena, o cálculo da soma das penas deverá incidir no máximo; nas causas de diminuição deverá incidir no mínimo; e, por fim, no concurso material somam-se as penas máximas. Se em todos os casos for suprida a quantidade superior de quatro anos, poderá incidir a prisão preventiva (LOPES Jr., 2014. p. 611).

O segundo critério de admissão da prisão preventiva é o fato do investigado ou acusado ser condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, ressalvando-se o requisito do artigo 64, inciso I do Código Penal, o qual dita: “não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer

revogação.”⁵A reincidência deve estar vinculada a prática de crime doloso, observando as considerações trazidas pelo artigo acima referido. Aqui, independentemente da quantidade da pena, bem como sua natureza, sendo o réu reincidente em crime doloso a prisão preventiva poderá ser decretada.

Existem discussões no presente caso se tal requisito configuraria *bis in idem*, havendo um julgado do Plenário do Supremo concluindo que não seria o inciso II do artigo inconstitucional, seria lícito a aplicação da reincidência visto que se trata de uma agravante de pena que evita a concessão de benefícios, não configurando o *bis in idem* (LOPES, Jr., 2014. p. 611). Contudo, é pertinente questionar tal entendimento, pois fato é que, como dispõe o autor Ary Lopes Júnior: “O art. 313 somente tem aplicação quando presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* do art. 312. Pensar-se uma prisão preventiva com base, exclusivamente, no fato de ser o agente reincidente, poderia constituir uma violação do princípio da proporcionalidade” (LOPES Jr., 2014, p. 612).

Outra questão estipulada no inciso III do mencionado artigo que aplica a prisão preventiva, versa sobre o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Dessa forma, sobre um aspecto de vulnerabilidade esse inciso visou utilizar-se desse método de eficácia das medidas protetivas no âmbito doméstico e familiar.

Alguns doutrinadores, como Ary Lopes Júnior, mencionam que apesar de haver por traz do inciso III uma intenção louvável e necessária de proteger e fazer cumprir as medidas protetivas, é passível de crítica a má elaboração da lei 11.340 que, diante de uma leitura feita rapidamente, pode levar a crer que qualquer conduta que configure ameaça, difamação, entre outros, bastaria para autorizar a prisão preventiva. Nesse caso, é necessária uma conduta dolosa cuja pena fosse superior a quatro anos, sendo feita uma adequação ao inciso I, devendo ser a medida protetiva analisada de forma que se adéque, proporcionalmente, ao fim desejado, caso contrário não caberia estipulação da prisão preventiva (LOPES Jr, 2014, p. 612).

Por último, no parágrafo único do artigo 313, a prisão preventiva também será admitida quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou o não fornecimento de elementos suficientes para seu esclarecimento, como forma de assegurar a aplicação da lei ou a conveniência da instrução penal, fazendo coro ao artigo 312 do Código de

⁵ Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984.

Processo Penal. Caso seja esclarecida tal identificação, o réu deverá ser colocado em liberdade imediatamente.

Nessa hipótese, uma observação importante feita ainda pelo autor Aury Lopes Júnior é sobre a necessidade desse inciso ser analisado em conjunto com a lei 12.037/2009 que regulamenta a identificação criminal. O artigo 3º dessa lei dispõe, de forma geral, que não serão aceitos documentos de identificação rasurados ou falsos, ou quando informações acerca da identificação forem consideradas essenciais para as investigações, o que possibilitaria que as justificativas pautadas na ausência de identificação ficassem a critério do juiz. Além disso, a negação de fornecer informação corrobora para a manutenção do direito de não produzir provas contra si mesmo. Assim, essa disposição que permite a decretação de prisão preventiva frente a dúvida da identificação civil se não analisada corretamente e de forma cuidadosa pode possibilitar uma atitude autoritária e inquisitória do julgador (LOPES Jr, 2014, p. 613-614).

2.4 O caráter (não) excepcional da prisão preventiva

Feita essas considerações acerca das limitações que envolvem o instituto da prisão preventiva, é necessário expor que esta é marcada pelo axioma da excepcionalidade, sendo contundente com a sistematização de *última ratio* do Direito Penal, ou seja, só deverá ser aplicada nos casos especificados pela lei, quando não for possível a substituição por medidas cautelares diversas

Como será demonstrado, essa premissa de excepcionalidade e de *ultima ratio*, contudo, é negada constantemente pela realidade brasileira, pois dados demonstram que a prisão preventiva tem sido utilizada de forma indiscriminada sendo que a maioria dos detentos se encontram presos provisoriamente.

De acordo com o Relatório de Geral do Conselho Nacional de Justiça, Em 30 de dezembro de 2013 a CIDH (Comissão Interamericana de Direito Humanos) reconheceu o uso excessivo da prisão preventiva. Além disso, a Organização dos Estados Americanos (OEA), durante a Terceira Reunião de Autoridades Responsáveis pelas Políticas Penitenciárias e Carcerárias, também mencionou o uso excessivo da detenção preventiva, estimando que mais de 40% da população carcerária se encontra em prisão preventiva (CASTRO, 2017, p. 39).

Ainda, segundo o anuário brasileiro de segurança pública, o número de presos provisórios constantes do ano de 2017 equivalem à 32,4%, ou seja, 235.241 presos preventivamente. No Estado de Minas Gerais, por exemplo, esse número corresponde à

43,9% e no estado do Piauí esse número é ainda maior, pois os presos provisórios equivalem à 60% da população carcerária (FÓRUM..., 2019, p. 197-198).

Além de considerar a quantidade de presos provisórios um problema crônico e excessivo, a Comissão Interamericana de Direito Humanos, apontam também a utilização das prisões provisórias como uma afronta aos direitos humanos tendo em vista que colaboram para a superlotação dificultando a manutenção da integridade física dos presos. Desse modo, a ONU chama atenção também para o fato de que nas prisões brasileiras os problemas causados pela superlotação das unidades prisionais aumentam as práticas de torturas devido às más condições do ambiente em que os presos permanecem (CASTRO, 2017, p. 39-40).

Assim, percebe-se que a atribuição de excepcionalidade dada à prisão preventiva é uma falácia. Sua utilização é na verdade uma justificativa para prender os indivíduos através de uma decisão individual e discricionária do juiz que pode se utilizar de qualquer pretensa argumentação para limitação da liberdade individual dentro desse molde genérico pela qual a prisão cautelar se justifica.

3. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DIREITO PENAL MÍNIMO: UMA CONCEPÇÃO GARANTISTA

3.1 Descrição de princípios basilares do Processo Penal e sua sistematização

A garantia do devido processo legal é a finalidade mais almejada do direito constitucional, estando tal fundamentação estabelecida na Constituição da República em seu artigo 5º, LIV, que dispõe a seguinte ordem: “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A liberdade, portanto, se enquadra no processo como regra, sendo a privação da liberdade ferramenta de *ultima ratio* e não sendo admitida sem requisição da autoridade competente e na forma da lei.

As atribuições desse devido processo legal aduzem sua análise através de princípios que irão definir os limites e intenções do dever de punir do Estado, norteado o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Tais princípios que irão sistematizar o processo legal é do contraditório e da ampla defesa, garantindo uma paridade de armas entre as partes litigantes que atuam no processo, possuindo todos os meios necessários e lícitos para provarem suas respectivas alegações durante todo o tramite processual.

Assim, legitima-se um Estado Democrático de Direito que proceda um julgamento justo, imparcial e democrático em seu íntimo e que tende a equilibrar as

desigualdades existentes entre Estado que possui o poder de punir e o indivíduo que se coloca perante esse Estado como possível condenado, estabelecendo, assim, uma paridade de armas da melhor maneira.

Em vista de todo exposto, são princípios que decorrem do princípio da legalidade, este que concebe toda a base do Direito Penal democrático e moderno explicito no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição da República e artigo 1º do Código Penal, pregando justamente a ideia de que todo crime só pode existir se obtiver uma lei prévia que descreva a conduta proibida e estabelecendo a pena prevista, sendo fundamental para que se tenha a segurança jurídica determinando os direitos que deverão ser respeitados durante o processo em prol da liberdade e dignidade dos cidadãos

De tal maneira, tal princípio evita que o Estado aja de forma arbitrária, em prol da efetivação da aplicação do princípio da proporcionalidade que tem como função evitar excessos da intervenção do Estado (BRASILEIRO, 2016, p. 131). De forma geral, o princípio da proporcionalidade tem uma função de adequar a melhor medida cabível para determinado caso, ou seja, que se aplique de forma equilibrada e sem excessos, impondo o meio menos gravoso de punição.

Em relação ao processo penal, a prisão seria aplicada somente em último caso, devendo-se sempre priorizar a dignidade da pessoa humana bem como a presunção de sua inocência, outros princípios importantes de serem mencionados. Nas palavras do teórico Luigi Ferrajoli, a presunção de inocência (dentro de um contexto em que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias) é uma garantia não só de liberdade, mas também de segurança e de defesa social expressada pela confiança das pessoas na justiça e da defesa contra o poder arbitrário (FERRAJOLI, 2002, p. 439).

Dessa modo, o princípio da presunção da inocência é a base de qualquer processo penal que se pretenda democrático e assim como disposto no o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que declara “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”, dizer-se presumido inocente, deverá ser de fato conceber essa inocência até que se prove o contrário, isto é, não se trata de uma certeza e justamente por isso deve-se priorizar a liberdade e a segurança desse indivíduo frente o poder estatal, evitando que o réu sofra restrições e possibilitar através da liberdade que construa a sua verdade (FERRAJOLI, 2002. p. 270).

O contrário da presunção de inocência seria presunção de culpa. Ou seja, alguém ser punido simplesmente pela parte acusatória, sendo esta suficiente para presumir a culpa e puni-lo prontamente. Algo inadmissível dentro do teor democrático estabelecido, uma

vez que tal prática é possível somente em um Estado autoritário. Assim, a presunção da inocência concebe a opção constitucional de que a insuficiência probatória é benéfica ao réu, isto é, aplica-se o *in dubio pro reo* e, na dúvida, absolve-se e não condena.

Nesses termos, fato é que o princípio da presunção da inocência se integra como um reitor de todo o processo penal, pois impõe que a antecipação da pena antes do trânsito em julgado é algo que não se coaduna com o processo, vez que proíbe tal sistematização. A prisão preventiva nesses termos é algo inadmissível quando observada sob os olhos desse princípio fundamental: “Os princípios ético-políticos, como os da lógica, não admitem contradições, sob pena de inconsistência: podem despedaçar-se, mas não se inclinam à vontade; e uma vez admitido que um cidadão presumido inocente pode ser encarcerado por “necessidade processual”, nenhum jogo de palavras pode impedir que tal fato também se dê por “necessidade penal” (FERRAJOLI, 2002, p. 445).

Por todo exposto, os princípios mencionados alhures demonstram que a prisão preventiva não se coaduna com o “dever ser do Direito Penal”, como citado por Luigi Ferrajoli, o que se deve pretender com o Direito é estabelecer balizas que sempre priorizem a princípio ápice da humanidade que é a dignidade humana. A privação da liberdade de um indivíduo é totalmente oposta à dignidade humana e, desse modo, permitir que uma prisão se estabeleça mesmo indo contra as formulações principiológicas fundamentais ao direito penal, fere a essência de uma vida digna a todos que se submetem ao poder coercitivo desse Estado que permite a institucionalização dessa medida cautelar.

3.2 O Garantismo Penal e a função da pena para Luigi Ferrajoli

Frisa-se que uma justiça penal deve ser consolidada de acordo com o viés democrático e constitucional, vez que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e, portanto, o Direito Penal deve respeitar os princípios constitucionais. Nesse sentido, torna-se passível de questionamento se o instituto da prisão preventiva respeita a soberania constitucional, bem como seus princípios basilares mencionados alhures, vez que são princípios penais-constitucionais e garantias fundamentais estipulados dentro dessa sistematização democrática/constitucional almejada.

Uma vez consolidado o viés de que a prisão preventiva é necessária para proteger a sociedade e a ordem, a admissibilidade da privação da liberdade antes do trânsito em julgado sob requisitos genéricos pode fazer com que princípios precursores como o da presunção da inocência e o da liberdade como regra sejam reduzidos a uma discricionariedade da autoridade competente.

Feita esta consideração, tem-se a importância das contribuições trazidas pelo teórico jurista Luigi Ferrajoli em sua obra “Direito e Razão”, sendo um dos principais autores da teoria garantista que é a corrente adotada no presente trabalho. A teoria visa esclarecer questionamentos que giram em torno do por que punir e como deve ser realizada essa punição, dentro dessa concepção democrática almejada, afirmando a necessidade do Direito Penal limitar o poder punitivo estatal e proteger direitos e liberdades individuais.

De acordo com a teoria garantista, tem-se uma tentativa de justificação da pena envolta por princípios fundantes do garantismo penal e processual penal. Estes são separados por Luigi Ferrajoli em dez axiomas que legitimam uma forma mais justa de punição, buscando garantir direitos mínimos do acusado sem que haja extrapolação do direito de punir do Estado em consonância com um legítimo Estado Democrático de Direito (FERRAJOLI, 2002, p. 73).

Em suma, a ideia de punição nos dias atuais tem como função intrínseca o objetivo de garantir a máxima felicidade da maioria, através de um pensamento utilitarista que coloca a pena como uma medida que visa garantir a segurança de todos, combatendo delitos através de ideias que giram em torno da reinserção e recolocação do indivíduo na sociedade (FERRAJOLI, 2002, p. 260). Noção esta construída ao longo da história que foi se desvinculando dos primórdios que atrelava a pena à ideia de vingança, mas com o decorrer do tempo o direito penal se desenvolveu com o intuito de negar tal sistematização (FERRAJOLI, 2002, p. 268).

De todo modo, se, à primeira vista, essa concepção de ressocialização e máxima felicidade atrelada a função da pena possa parecer admissível, o autor supramencionado vai desenvolver uma tese que, para além de estipular o caráter de segurança advinda dessa punição que aspira evitar a ocorrência de delitos injustos, a pena deve projetar também como sua função o intuito de evitar as injustas punições (FERRAJOLI, 2002, p. 268).

Assim, pensar o garantismo penal como um sistema, portanto, não só pretende proteger a sociedade, mas, sobretudo, intenciona proteger o réu das punições arbitrárias do Estado. Isto é, toda dogmática penal surge como uma substituição dessa vingança privada desenvolvida na Idade Média⁶, mas ao mesmo tempo se admite a necessidade de que se tenha uma consequência jurídica que não seja essa vingança, essa consequência é a pena desde que seja estabelecida de forma que não permita uma arbitrariedade do Estado.

⁶ Nesse período, a pena era constituída de um caráter meramente inquisitivo, ou seja, a pena se compunha de um teor de vingança privada que visava apenas a punição frente a um mal cometido na sociedade.

"Garantismo", com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade." (FERRAJOLI, 2002. p.270).

Existiria no direito penal, deste modo, um duplo objetivo: a prevenção dos delitos e a prevenção da vingança privada, individual e coletiva (FERRAJOLI, 2002. p. 273). Os direitos dos cidadãos estariam ameaçados não só pela existência dos delitos em si, mas também e, principalmente, por um direito penal arbitrário que pune de forma desmedida e que nega uma segurança específica que é dever do Estado, qual seja, a de exercer uma punição justa, realizada de forma democrática.

Pensar o direito penal e processual penal dentro desse enquadramento de Estado Democrático de Direito é, portanto, buscar evitar que a pena extrapole direitos do indivíduo que se encontra sob custódia do Estado, não chancelando um teor vingativo da pena já superado.

3.3 Os dez axiomas do Garantismo Penal

Nesse sentido, o garantismo penal se compõe de requisitos que não pretendem descrever em como ocorre o processo penal, mas sim em estabelecer como deve ocorrer (FERRAJOLI, 2002, p. 73), visando sistematizar, por meio da razão, essa força bruta exercida pelo Estado, estabelecendo-se um Direito Penal mínimo a ser fixado.

Direito Penal mínimo, na concepção garantista, retrata um direito que busca garantir o grau máximo de liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo do Estado, devendo a responsabilidade penal não ser utilizada quando houver incertezas no fato analisado (FERRAJOLI, 2002, p. 83): "em última instância, certeza frente ao arbítrio." (FERRAJOLI, 2002, p. 8).

O garantismo penal busca, portanto, sistematizar essa lógica e, assim sendo, estabelece axiomas que almejam esclarecer perguntas de "como e quando punir", "como e quando proibir" (FERRAJOLI, 2002, p.75). Todos definem o modelo garantista do Direito Penal esquematizado por Luigi Ferrajoli, que os define como: "princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal 'absoluto'" (FERRAJOLI, 2002, p. 75).

Serão analisados neste trabalho os axiomas processuais que irão averiguar a existência da culpa que precisa ser demonstrada a partir de um julgamento: “Sendo assim, o princípio de submissão à jurisdição - exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo (axioma A7), e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação (Tese T63) - postula a *presunção*.” (FERRAJOLI, 2002, p. 439).

Surge a partir dessa ideia de necessidade de uma jurisdição, a importância da acusação, pois se o julgamento é feito pelo mesmo indivíduo que acusa, não se fala em julgamento, mas em um sistema inquisitório que busca afirmar sua hipótese desde o início. Assim, o julgamento deve ser estabelecido na diferença entre a figura do julgador e da figura do acusador, tendo em vista que a acusação só é possível se formular provas obtidas por meio do contraditório, ou seja, só existe prova se existir ampla defesa. É inconteste, portanto, que a prova necessariamente deve subsistir através de um diálogo entre a acusação e defesa.

Diante disso, tem-se uma estrita legalidade que deve ser observada, ou seja, uma sujeição absoluta à lei, mas uma lei pensada conjuntamente com os axiomas jurídicos que são postulados prescritivo do que o garantismo penal considera justo. A partir dessas disposições que se questiona se o instituído da prisão preventiva respeita de fato os princípios penais-constitucionais e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que admite uma punição que não segue a sistematização traçada por tais axiomas jurisdicionais concebidas pelo autor Luigi Ferrajoli, ou seja, permite privar o réu de um direito humano que é a liberdade, antes de ser fixado um juízo de certeza que o considera de fato culpado.

Pensar o Direito Penal na concepção garantista é conceber um *dever ser* do direito, ou seja, prescrever uma garantia jurídica na responsabilização das penas que impeça uma possível ação arbitrária do Estado, tendo em vista que a função estatal é efetivar a garantia de direitos fundamentais dos cidadãos, não só seu reconhecimento, valendo-se de um direito legítimo e passível de renovação para além da violência (FERRAJOLI, 2002, p. 10).

4. A PRISÃO PREVENTIVA COMO EXPRESSÃO DE UM ESTADO PUNITIVISTA E REPRESSOR

4.1. Contextualização histórica

Com o fim da Idade Média e o encerramento gradativo do sistema inquisitório,

teorias clássicas surgem com o propósito de desvencilhar da ideia de que a pena seria a simples vingança por um mal cometido perante a sociedade. Assim, Beccaria em sua obra “Dos Delitos e das Penas” traz grandes inovações para o campo penal ao ser um dos primeiros teóricos a introduzir na sociedade as convicções de que a pena deveria ter o caráter ressocializador, ou seja, distancia da ideia de pena voltada para o ato de vingança, mas sim uma relação da pena com a sociedade que lhe aplica como forma de prevenção. (BECCARIA, 1991)

A partir da construção desses novos paradigmas, a questão das prisões cautelares, antes impostas sem qualquer critério sob a perspectiva inquisitória, passa a ser repensada e estipulada de acordo com o princípio da *presunção da inocência* impondo uma jurisdição antecipada antes de se proclamar a punição do indivíduo. Desse modo, muitos teóricos começam a criticar as prisões cautelares expondo seu caráter arbitrário, reforçando o ideal de que é inconcebível a privação da liberdade sem antes transcorrer a sentença. (BECCARIA, 1991)

Contudo, mesmo após tais afirmativas, as prisões cautelares ressurgem no período moderno com a aceção de que haveria certos casos onde a prisão poderia ser legitimada em prol de premissas que promoveriam a ordem pública, econômica, bem como a segurança da aplicação da pena e a não deterioração das provas do crime, consolidando o aprofundamento das prisões cautelares nos ordenamentos. (FERRAJOLI, 2002, p. 444).

Desse modo, a prisão preventiva assume uma posição de garantir uma aplicação antecipada da pena através das justificativas de manutenção da ordem, contradizendo todo o arcabouço processual e do sistema penal como um todo que buscou ressaltar, durante todo contexto histórico, a imagem de uma jurisdição pautada no princípio que impera todo o Direito Penal: o da *presunção da inocência*.

Os governos fascistas possibilitaram que o princípio da *presunção da inocência* fosse esvaziado, permitindo que abusos pudessem ser cometidos com respaldo legítimos. A prisão preventiva, nesse contexto, passou a ser utilizada contundentemente e sobre os mesmos pretextos: de garantir a segurança processual, a defesa social, o clamor público, etc. (FERRAJOLI, 2002, p. 442). Tal princípio, portanto, perde sua essência, uma vez que se admite uma punição que antecipa a consolidação da culpa: “Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve. Só no início da idade moderna aquele princípio é reafirmado com firmeza: "eu não entendo", escreveu Hobbes, "como se pode falar de delito sem que tenha sido pronunciada uma sentença,

nem como seja possível infligir uma pena sempre sem uma sentença prévia" (FERRAJOLI, 2002, p. 439)

Assim, mais uma vez frisa-se que o simples fato de conceber uma prisão preventiva proferido por uma decisão manifestada por um único juiz, tendo como base fundamentos generalizados e passíveis de discussões, e sem que o réu passe por um critério jurisdicional que lhe dê a perspectiva de instruir a própria defesa, torna a prisão preventiva contemporânea um resquício do sistema penal inquisitório concebido na Idade Média. Para Zaffaroni, “[...] o sistema penal não respeita a legalidade porque, para o verdadeiro e fundamental exercício de poder (o exercício de poder positivo configurador disciplinaste), a própria lei se ocupa de renunciar à legalidade, concedendo amplíssima margem de arbitrariedade a suas agências” (ZAFFARONI 1991, p. 28).

4.2 O Processo Penal analisado sob a ótica das garantias fundamentais

Nota-se, portanto, que a prisão preventiva permite um condicionamento a violação de direitos constitucionais, indo em direção contrária ao que propõe as garantias individuais que estão dispostos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o que não pode ser permitido em um Estado que priorize a ascensão democrática e garantista.

Nesse sentido, com a base na teoria garantista, exposta principalmente pelo teórico Ferrajoli, é importante mencionar o que o autor coloca como uma necessidade da extinção da prisão preventiva, para que se tenha um ato processual constituído em pé de igualdade: “O imputado deve comparecer *livre* perante seus juízes, não só porque lhe seja assegurada a dignidade de cidadão presumido inocente, mas também - e diria acima de tudo - por *necessidade processual*: para que ele esteja em pé de igualdade com a acusação; para que, depois do interrogatório e antes da audiência definitiva, possa organizar eficazmente sua defesa; para que a acusação não esteja em condições de trapacear no jogo, construindo acusações e deteriorando provas pelas suas costas” (FERRAJOLI, 2002, p. 449).

Logo, é a partir dessa certeza da falha do sistema penal atual que se faz necessário apresentar um sistema legitimado pela máxima dos Direitos Constitucionais e Penais, minimizando o poder punitivo do Estado sempre que baterem de frente com a imputação desses direitos. A defesa do réu não pode ser desprezada em relação à seguridade social/coletiva ou procedimental, buscando sempre poupar que haja decisões arbitrárias e violadoras de direitos intrínsecos a dignidade humana.

A esse respeito, o Estado Democrático de Direito “[...] possui a função prioritária e fundamental de desenvolver formas de aproximação entre os princípios normativos e a

sua aplicação empírica, por meio da intervenção mínima na esfera punitiva, da atuação dos seus órgãos vinculados ao Direito Penal e da elaboração de políticas criminais, promovendo um sistema garantista válido e efetivo” (SILVA, et al., 2006, p. 804).

Deve-se priorizar, portanto, a legitimação do trânsito em julgado antes da de arbitrar qualquer tipo de pena que implique na restrição da liberdade do réu, limitando a atuação do Estado e maximizando garantias constitucionais e fundamentais.

4.3. O indivíduo perigoso, o Direito Penal do inimigo e a seletividade

Os dados mencionados pelo Conselho Nacional de Justiça destacam uma observação significativa realizada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, qual seja o apontamento sobre o fato da maioria dos presos provisórios se encontram nessa situação por não poderem arcar com as outras medidas cautelares diversas da prisão. Por exemplo, nos casos em que não possuem condições de pagar a fiança (CASTRO, 2017, p. 40), deixando exposto o caráter seletivo advindo do punitivismo arbitrário que o Direito Penal adquiri.

Desse modo, é importante refletir acerca do “Direito Penal do inimigo”, teoria desenvolvida principalmente pelo autor Günther Jakobs, buscando desenvolver ideias que pretendem esclarecer quem é esse *inimigo* que o Estado pune. De acordo com Jakobs, haveria dois “Direitos Penais”, o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Este último se aplica aos inimigos estereotipados pelo Estado, não sendo enquadrados como cidadãos/pessoas. Enquanto àquele se aplica ao cidadão que de fato faria jus às garantias do direito propriamente ditas. O inimigo, portanto, deveria ser afastado do convívio social devido ao perigo que apresenta para a sociedade, sendo utilizada a coação para tentar impedir esse indivíduo de causar o mal. (JAKOBS, 2007, p. 36).

Como ressalta o autor, essa coação empregada visa não só retribuir o mal cometido, mas também busca evitar que este indivíduo volte a delinquir. Contudo, a prevenção se daria de forma prévia, de acordo com esse Direito do Inimigo, tendo em vista que estereotipa esse indivíduo e o encara antecipadamente por ser um inimigo passível de cometer delitos, isto é, exerce-se uma punição advinda tão somente das características pessoais desse indivíduo. Em razão desses pré-julgamentos discriminatórios propagados pelo sistema punitivo, são esses indivíduos aqueles pertencentes a classes mais baixas que não possuem amparo social ou privilégios, já que prontamente se enquadram como passíveis criminosos e são impedidos de manter uma defesa justa ou até mesmo de serem vistos como pessoas dignas de direitos.

Portanto, os sistemas prisionais são preenchidos, em suma maioria, por esse padrão específico estruturado pelo sistema penal que não só se preenche dessa determinada característica populacional, como também passa a perseguir esses indivíduos no ambiente externo com o intuito de puni-los, tendo em vista que se enquadram no padrão de pessoas propensas a cometer delitos: na maioria esmagadora das vezes, pessoas pobres e negras (ZAFFARONI, 1991. p. 130).

De tal maneira, essas pessoas que são selecionadas acabam por retribuir os estereótipos, assumindo os papéis que lhes são impostos, pois passam a sistematizar o retrato fiel das condições em que vivem: o abandono efetivo do Estado no que se refere à negação de proteção e da manutenção de direitos desses indivíduos. Importante ressaltar ainda: “Estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc.)” (ZAFFARONI, 1991, p. 130).

Consequentemente, é um círculo reprodutivo do Direito Penal punitivista que sistematiza uma punição pré-estipulada e direcionada. A prisão preventiva, nesse sentido, é, sem dúvidas, o instrumento mais facilitador da manutenção desse *status quo*, tendo em vista que permite ao Estado punir o inimigo rotulado de forma antecipada. Isso torna essa coação a característica expressa denunciada por Jakobs a partir do Direito Penal do Inimigo, que visualiza o seu alvo e de imediato o intercepta.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, tem-se que as abstrações advindas dos requisitos que compõem o instituto da prisão preventiva contribuem para a demonstração de uma personificação de um Estado punitivo e repressivo, que vai contra a efetivação de um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a privação da liberdade antes do trânsito em julgado nega por completo esse modelo democrático.

A possibilidade de decretação da prisão baseada em critérios genéricos e, principalmente, antes que se tenha o término do processo penal, rompe com a sistemática imposta pelo princípio da presunção da inocência, bem como os demais princípios constitucionais. Nesse sentido, dos requisitos justificadores da prisão preventiva, como mencionado anteriormente, o mais crítico é o que concerne à ordem pública, vez que se sustenta a relativização da presunção da inocência com base nesse interesse público, prevalecendo esse argumento sobre o direito do réu de responder ao processo em

liberdade.

Esse argumento é, no mínimo, contraditório, pois não faz sentido dizer que a prisão preventiva se justifica desde que não tenha a intenção de antecipar a punição, uma vez que é justamente isso que ela faz. Resta questionar como materializar essa intenção (se é que se pode materializar), pois parece óbvio esse desígnio: a prisão preventiva pune antecipadamente, pois priva o indivíduo de se manter livre antes da determinação final do juiz, que dita que aquele sujeito é de fato culpado.

Ainda, é importante ressaltar que uma das justificativas que tendem a legitimar essa prisão é acerca da gravidade do delito, pois o poder punitivo é utilizado como resposta para a resolução desses conflitos sociais, uma vez que se torna mais fácil tipificá-los do que realmente resolver o cerne do problema. “O conflito é grave, preocupa o eleitorado, devemos fazer alguma coisa, mas tipificá-lo não serve para nada, não resolve, devemos fazê-lo simplesmente porque temos que dizer alguma coisa.” (ZAFFARONI, 2012, p. 33).

A mídia ganha um papel significativo no que tange ao exercício do poder punitivo estatal, pois se cria uma realidade falsa, construída por meio de preconceitos desenvolvidos no ambiente de pessoas comuns que, por conseguinte, se tornam reflexos de manifestações políticas se transformando em tipificações penais (ZAFFARONI, 2012, p. 26). Tal conjuntura se materializa em razão da intenção do Estado de dar uma resposta a essa população preocupada, e a prisão preventiva, nesse aspecto, é o meio do julgador de garantir a segurança da sociedade de forma mais rápida. Contudo, esse *modus operandi* é, na verdade, a demonstração da incompetência do Estado de resolver os problemas sociais por meios mais amenos e eficazes.

O que se observa, portanto, é que o instituto da prisão preventiva tem uma função de garantir uma credibilidade da justiça e combater a sensação de impunidade gerada na população. No entanto, o que se observa é que essa concepção é revestida numa pena vingativa, atribuída nos tempos Idade Média, que pretende punir aquele inimigo da nação que perturbou o sossego dos “cidadãos de bem”, não podendo ficar impune para servir de exemplo a outros pretensos transgressores da lei.

Zaffaroni, visando auferir a ideia de que o sistema penal formal viola tanto a legalidade processual como também a legalidade penal, demonstra que o predomínio dos presos cautelares é um desses caminhos que constituem essa violação (ZAFFARONI 1991, p. 27). Dentre outras afirmações do autor, expressa-se também como um tipo de violação a utilização de termos genéricos na qualificação das penas que se encontram carentes de critérios reguladores, entregando-se a arbitrariedade e eliminando as

“legalidades das penas”. Além disso, a legalidade penal também é anulada quando as tipificações se preenchem de conteúdos moralistas. (ZAFFARONI 1991, p. 28)

Nesses termos, considera-se que a prisão preventiva, da forma como se estabelece no sistema penal, com seus discursos que englobam a prevenção da ordem pública diante do risco que o agente representa para a sociedade, é, na verdade, uma forma do Estado reprimir esses indivíduos tachados como inimigos, a quem são negados toda sorte de direitos humanos e fundamentais e, com a prisão preventiva, a *presunção da inocência*. Esses “inimigos” nunca foram considerados inocentes, suas condições físicas e socioeconômicas os culpam desde o início. A prisão preventiva é, portanto, a expressão desse teor autoritário, repressivo, classista e racista do poder punitivo, estimulada por um Estado que insiste em romper com o que deveria ditar o pretense (e falso) moderno Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

CASTRO, Bruno Rochetti. *Conselho Nacional de Justiça: Relatório de gestão supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário edo sistema de medidas socioeducativas*. DMF. 2017. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em: 17 out. 2019.

FÓRUM brasileiro de segurança pública. *Anuário brasileiro de segurança pública*. 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/>. Acesso em: 17 out. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, M. B. da; MARTINS L.; SANTOS, N.; NETO, H. *Estado Democrático de Direito e Legitimidade do Direito de Punir*. Núcleo de Estudos e Pesquisas em Ciências Jurídicas. NEPJUR, Goiânia, p. 801-804, 2006. Disponível em: <http://biblioteca.univap.br/dados/INIC/cd/inic/IC6%20anais/IC6-51.PDF>. Acesso em: 18 de out 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Palavra dos mortos: conferência de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

AGRADECIMENTOS

A minha orientadora, Alessandra Margotti dos Santos Pereira, que me resgatou de braços abertos para tornar possível a realização deste trabalho e, desde então, tem sido minha maior inspiração por ser uma mulher profissional que reflete sua luta e inteligência em todos os atos da vida.

Ao professor Fernando Nogueira Martins Júnior pela orientação das leituras incríveis que não só possibilitaram o desenvolvimento deste trabalho, mas principalmente por terem despertados ideais que serão levados para o resto da minha vida. Agradeço também por ser uma inspiração intelectual e profissional que tive a honra de cruzar o caminho.

Minha admiração e respeito aos demais professores que sem dúvida foram fundamentais para a construção de um conhecimento que hoje é o maior bem que possuo. Em especial ao professor Rafael de Deus Garcia que de fato despertou meu desejo e curiosidade pela emocionante carreira da advocacia.

À Universidade Federal de Lavras, é um orgulho fazer parte.

Toda gratidão e amor incondicional aos meus pais, Ângela e Airton, sem eles nada disso seria possível. Que eu nunca me esqueça de ser humilde como meu pai. Que eu nunca me esqueça de ser forte como minha mãe.

Ao meu irmão, Joaquim, obrigada pelas palavras de consolo e pelas músicas que inspiraram.

À minha vó, Vicentina, por nunca ter desconfiado da minha força e me colocar sempre em um pedestal que eu nunca acreditei fazer jus, mas que me motivou chegar até aqui. Meu Vô, Joaquim Ribeiro (*in memoriam*), mesmo não estando presente contribuiu imensamente!

À toda minha família e amigos que também contribuíram de todas as formas possíveis para que eu não desistisse ou desanimasse. Agradeço em especial minha prima Alana, sua força e resistência me inspiram e me fizeram continuar.

Ao João Pedro que há pouco tempo entrou na minha vida, mas que já faz uma diferença que transborda.

Muito amor e gratidão às minhas amigas que formaram meu lar aqui em Lavras, Flávia e Patrícia, vocês fizeram desses anos um sonho real e lindo. Às demais amigas que me moldam todos os dias através de suas personalidades únicas e incríveis: sou uma mulher melhor hoje por vocês.

OBRIGADA!

Regras para submissão

O envio dos trabalhos deverá ser feito por correio eletrônico da RBCCrIm, para o endereço revista@ibccrim.org.br. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc ou docx). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

1. Elementos textuais de artigos científicos

a) Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação da qual se fará constar: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo LATTES;

b) Os trabalhos devem ter preferencialmente entre 20 a 40 páginas. Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.

c) Como fonte, usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

d) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, francês, inglês ou italiano. Em qualquer caso, deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o sumário, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.

e) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

f) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.

g) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

⁷Endereço eletrônico: revista@ibccrim.org.br.

Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. *E-mail*.

h) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex. se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometa a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.

i) O resumo deverá ter até 200 palavras, apresentando seus objetivos, problema(s), justificativa, metodologia e hipótese(s).

j) A numeração do sumário deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No Sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo: Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências bibliográficas.

k) As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). Há preferência por texto que utilizem referências em formato completo em notas de rodapé ao final de cada página. Contudo, também são aceitas referências em formato autor-data.

l) A bibliografia consultada deverá ser referenciada ao final do trabalho, devendo conter somente os textos citados no artigo. A bibliografia deverá ser abrangente, citando referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada.

m) Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou o sublinhado. Citações diretas de outros autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado ("destaque do original").

n) As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o link e a data de acesso.