XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

MIGUEL TEDESCO WEDY

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Miguel Tedesco Wedy. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-716-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição II reuniu-se, na data de 16 de novembro de 2018, durante o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, sediado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), campus Porto Alegre, com o propósito de discutir questões emergentes e de vultosa importância no tocante às práticas penais, às leis penais brasileiras e ao tratamento dado aos assuntos tratados em cada qual dos artigos pela doutrina nacional e internacional.

De início, poderá o leitor perceber que os temas tratados são ecléticos e transitaram, com grande transdiciplinaridade, por outras grandes áreas do conhecimento, mais precisamente as ciências humanas e as ciências médicas, estas exploradas, notadamente, quando analisada a questão das medidas de segurança, bem como no tratamento da dimensão biopolítica da violência perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico e carcerário e, por último, quando da análise das práticas reificantes na sociedade do controle.

O tema das medidas de segurança foi explorado pelo artigo intitulado "Medida (de segurança) cautelar: a herança do tradicionalismo penal-psiquiátrico no processo penal brasileiro", de autoria de Thayara Silva Castelo Branco e Antonio Eduardo Ramires Santoro, o qual aborda, a partir de uma perspectiva crítica, o ranço do positivismo criminológico que coloca a periculosidade como verticalizadora do Sistema de Justiça Criminal, análise realizada a partir da Lei nº 12.403/11, a qual reformou o sistema de cautelares no processo penal brasileiro, introduzindo, dentre elas, medidas diversas da prisão como a internação provisória de inimputável ou semi-imputável.

Por seu turno, o artigo de autoria de André Giovane de Castro e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth abordou, a partir da filosofia agambeniana, a violência perpetrada contra as mulheres nas esferas doméstica e prisional, com base em dados de homicídios e encarceramento, à luz da Lei Maria da Penha e da Lei de Drogas, sob o título "Da casa ao cárcere: uma leitura biopolítica dos campos de violência contra a mulher".

Já o artigo de Elesandra Maria Da Rosa Costella, sob o título "As (possíveis) respostas da teoria do reconhecimento às práticas reificantes da sociedade do controle" abordou o tema da utilização do direito penal como instrumento de controle social das classes marginalizadas,

compostas por pessoas consideradas enquanto vidas dispensáveis, às quais se nega o reconhecimento e inclusão no sistema social, reificando-as, uma vez que a inclusão, na sociedade contemporânea, é condicionada à capacidade de consumo.

Importante destacar que os textos ora apresentados revelam o entendimento de pesquisadores das mais diversas partes do Brasil, de norte a sul e de leste a oeste, e externam parte da realidade prática vivenciada pela população de diversos Estados, desde o ponto de vista de questões prisionais até aquelas concernentes ao exercício de policiamento ostensivo realizado pelo exército brasileiro, nas chamadas práticas de Garantia da Lei e da Ordem (GLO).

Isso fica muito evidente a partir do artigo de autoria de Guilherme Rego Magalhães, o qual, sob o título "A resiliência da prisão especial como instituição jurídica e social", aborda o tema da prisão especial no direito brasileiro, da sua função em nossa estrutura social e de como ela foi racionalizada ao longo de sua história, a fim de apontar o seu anacronismo.

Por sua vez, o artigo intitulado "O princípio da sustentabilidade e a execução provisória da pena privativa de liberdade", escrito por Alan Peixoto de Oliveira e Cássia Daiane Maier Gloger, analisou a compatibilidade da norma constitucional, como redigida na Constituição da República com a execução provisória da pena privativa de liberdade, diante dos aportes do Princípio da Sustentabilidade, empreendendo uma reconstituição do sistema Global de Direitos Humanos previstos nos documentos internacionais do qual o Brasil é signatário.

Nesse bloco, situa-se, ainda, o artigo intitulado "O inadimplemento da pena de multa e a progressão de regime prisional sob o prisma do direito penal libertário", de Marcos Paulo Andrade Bianchini, que versa sobre a compatibilidade da decisão no Agravo Regimental da Execução Penal nº 16 – STF, que impediu a progressão de regime de condenado por inadimplemento da pena de multa, com a teoria do Direito Penal Libertário.

O artigo intitulado "A atuação das Forças Armadas nas Operações Ágata e o programa de proteção integrada nas fronteiras brasileiras no combate à criminalidade", elaborado por Andreia Alves De Almeida e Savio Antiógenes Borges Lessa, por seu turno, tem por foco a atuação das Forças Armadas na faixa de fronteira, analisando seu poder de polícia e atribuição subsidiária – a partir do novo Programa de Proteção Integrada de Fronteiras.

Outrossim, as discussões envolveram desde as práticas desenvolvidas no seio de um direito penal de ordem tradicional/individualista, até aquelas relativas à lida com os novos bens jurídicos de ordem transindividual, a exemplo do meio ambiente, para o que apresentadas foram algumas transformações dogmáticas capazes de dotar o direito penal de

empoderamento com vistas à realização de uma mais efetiva tutela do novel bem jurídico penal ameaçado ou agredido.

Nesse bloco, cumpre destacar o texto de autoria de Linia Dayana Lopes Machado e Viviane Aprigio Prado e Silva, o qual, sob o título "Tutela ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: a necessidade de uma teoria da decisão judicial", empreendeu uma discussão sobre os desafios colocados pelo Direito Ambiental ao Poder Judiciário, considerando a existência do que pode ser considerado como lacunas legislativas no que diz respeito às práticas lesivas ao meio ambiente.

Também sobre o tema da tutela penal do meio ambiente, o artigo de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Aflaton Castanheira Maluf analisou a evolução da legislação ambiental no Brasil, especialmente a legislação penal, com foco na questão penal ambiental atual e futura, com ênfase no PLS 236/2012, em texto intitulado "O Direito Penal ambiental no PLS 236/2012 – Novo Código Penal."

De resto, verá o leitor que os textos também envolveram discussões concernentes ao processo de expansão do Direito Penal e da flexibilização de garantias na seara processual penal, demonstrando a necessidade de uma leitura transdisciplinar das Ciências Criminais. Essa preocupação assume centralidade no artigo de Daniel Angeli de Almeida, o qual, sob o título "A instauração de um novo paradigma do direito penal ante o advento da sociedade de risco: um necessário reexame da teoria do bem jurídico", discute a entrada na era pós-industrial, a qual impõe mudanças em diversas áreas do conhecimento, sobretudo no Direito Penal, que se vê obrigado a rever seus princípios clássicos, a abandonar velhas verdades e adaptar-se para responder aos novos desafios da sociedade de risco.

Por sua vez, o artigo "O transtorno punitivo compulsivo e a banalização da cautelaridade processual", escrito por Jéssica de Souza Antonio e Ana Paula Motta Costa, propõe uma reflexão crítica acerca da prática encarceradora cautelar que vem acometendo o Processo Penal, contrastando-a com uma racionalidade punitiva dentro do processo penal democrático.

No mesmo sentido, o artigo "Denunciação criminosa contra inimputáveis: senso ou contrassenso?", de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Rafaela De Oliveira Alban, examina o crime de denunciação caluniosa, com a finalidade de verificar a possibilidade ou não do inimputável ser vítima dessa modalidade delitiva em face da previsão da elementar típica de imputação de "crime".

Essa discussão – acerca do expansionismo penal e suas consequências – também permeia o artigo de Leonardo Pozzi Loverso e Greice Patricia Fuller, o qual aborda a possibilidade do acesso de dados em smartphones do investigado, o que tem se revelado controverso quando diretamente realizado pela polícia, a partir das recentes decisões proferidas pelo STJ e STF sobre o assunto. Trata-se do texto intitulado "Acesso de dados pessoais pela polícia em smartphones de suspeitos na investigação criminal".

As novas tecnologias também ocupam espaço central no artigo "A tecnologia a serviço da criminalidade: meios de combate à lavagem de dinheiro em criptomoedas", de Hamilton Calazans Câmara Neto e Romulo Rhemo Palitot Braga, que realiza uma ordem cronológica de criação e posterior valorização das criptmoedas, associando-se à análise da efetivação do crime de lavagem de dinheiro e sua respectiva Lei 9.613/98 e 12.683/2012.

A preocupação com o direito penal em face das novas tecnologias também está presente no artigo "Os aspectos penais da exposição pornográfica não consentida na internet", no qual Osmar Fernando Gonçalves Barreto e Wagner Seian Hanashiro salientam que a exposição pornográfica não consentida na internet é uma violação e traz suas repercussões na esfera criminal, de maneira a ser enquadrada nas condutas já tipificadas no Código Penal, porém como um desdobramento da violência sexual, mas neste caso praticada no ambiente virtual, e, portanto, denominada como: estupro virtual.

O tema das garantias processuais e suas relativizações também ocupa espaço central no texto "A condução coercitiva da testemunha no processo penal e as garantias constitucionais", escrito por Tatiane Gonçalves Mendes Faria e Maria Laura Vargas Cabral, e que investiga a condução coercitiva de testemunhas no processo penal e seus direitos fundamentais, principalmente o direito à locomoção e ao silêncio, a partir do entendimento exarado no julgamento da ADPF 395.

A preocupação com a temática das garantias e sua vulneração contemporânea também se evidencia no artigo "Conflitos entre o Direito Penal moderno e o garantismo à luz constituição federal de 1988", de Jussara Maria Moreno Jacintho e Jorge Flávio Santana Cruz, que aborda as constantes reformas legislativas no âmbito penal e processual penal, que acabam interferindo nos direitos e garantias fundamentais, na medida em que suprimem ou reduzem as garantias por não respeitarem os limites impostos pelo legislador constituinte originário.

Esta temática também serve de fio condutor do artigo de Henrique Gaspar Mello de Mendonça e Carlos Alberto Menezes. Sob o título "A trajetória do Direito Penal:

Modernidade; Garantismo e Constituição", os autores relacionam a modernidade, o garantismo e a Constituição, a fim de detectar uma normatividade e meios efetivos para evitar arbítrios do Estado na sua missão de proporcionar segurança à coletividade.

Em face do contexto exapansionista delineado, alternativas são apresentadas. Nesse sentido, Marilande Fátima Manfrin Leida, no texto intitulado "Justiça Restaurativa e Justiça Retributiva: diferentes métodos à administração de conflitos e violência", apresenta as diferenças entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva na resolução de conflitos criminais, evidenciando a preponderância do sistema de justiça penal retributivo, cada vez mais punitivista e inquisitorial, imposto por um terceiro alheio ao fato, que define a residualidade da competência da justiça restaurativa.

Por fim, o texto de Valdir Florisbal Jung, intitulado "Tribunal do Júri: a influência do perfil do réu e da vítima nas decisões do conselho de sentença", volta-se para o tema da influência do perfil do réu e da vítima nas decisões no Tribunal do Júri, salientando o quanto informações extraprocessuais, como a conduta e os antecedentes do réu e da vítima, influenciam suas decisões.

Enfim, diante de um cenário nacional de grande turbulência política e econômica e diante de práticas justificadas pelo neoconstitucionalismo e que ganham, com grandes efeitos colaterais, dimensões populistas em face das decisões proferidas por tribunais superiores em assuntos de extrema relevância no dia a dia das pessoas, os textos ora apresentados contribuem, de alguma forma, para iluminar o paradigma crítico do atual momento.

Boa leitura a todos, é o que desejam os apresentadores!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Profa. Dra. Miguel Tedesco Wedy – UNISINOS

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O TRANSTORNO PUNITIVO COMPULSIVO E A BANALIZAÇÃO DA CAUTELARIDADE PROCESSUAL

THE PUNITIVE OBCESSIVE DISORDER AND THE BANALIZATION OF PROCESSUAL PRISIONS

Jéssica de Souza Antonio [1]
Ana Paula Motta Costa [2]

Resumo

Trata-se de um estudo que busca propôr uma reflexão crítica acerca da prática encarceradora cautelar que vem acometendo o Processo Penal. Dessa forma, a pesquisa pretende responder o seguinte problema: Em que medida a cultura punitivista e a máxima cautelaridade aprisionadora violam o devido processo penal? Para tanto, por meio de revisão bibliográfica e jurisprudencial, parte-se de uma reflexão acerca da (i)lógica de que o encarceramento reduz a criminalidade, de modo a analisar os efeitos da desenfreada custódia cautelar para, ao final, contrastá-la com uma racionalidade punitiva dentro do processo penal devido e democrático.

Palavras-chave: Cultura punitivista, Devido processo penal, Cautelaridade aprisionadora

Abstract/Resumen/Résumé

It is a research that proposes a critical reflection about the preventive presions that affects the Criminal Process. Forthere, this research intends to answer the follow question: How the punitive culture and the increase of the preventive prisions violade the due criminal process? So, through a bibliographical and jurisprudencial review, the research begins with the (il) logic that the increase of the preventive prisions reduces crime; than, analizes the effects of the exaggeraded prisions and, at least, contrasts it with a punitive racionality in the due and democratic criminal process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Punitive culture, Due criminal process, Preventive prisions

---

[1] Graduada em Direito pela PUC/RS (2016), Advogada, Pós-graduanda em Ciências Penais pela PUC/RS (2017-2018) e Mestranda em Direito pela UFRGS (2018-2020).

[2] Graduada em Direito pelaPUC/RS (2000), Advogada, Bacharel em Ciências Sociais pela UNISINOS (1990), Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS (2004) e Doutora em Direito pela PUC/RS (2011).

1 Introdução

O presente estudo põe-se a transitar em torno da problemática cultura aprisionadora que incide sobre as cautelares processuais em detrimento de outras medidas alternativas mantenedoras da liberdade, em busca do que se entende por devido processo penal.

Por ora, o problema de pesquisa que se propõe a responder sintetiza-se pela seguinte pergunta: Em que medida a cultura punitivista e a máxima cautelaridade aprisionadora violam o devido processo penal? Assim sendo, o estudo tem por objetivo propôr uma reflexão crítica acerca da prática encarceradora cautelar que vem acometendo o Processo Penal. Isso porque, em um cenário em que o número de presos sem condenação atinge um patamar de 40% do total de pessoas privadas de liberdade no país em 2016, é preciso (re)pensar se isso não demonstra uma aplicação perversa do instituto processual das prisões provisórias, antes que este contingente atinja proporções ainda maiores, refletindo diretamente na liberdade dos indivíduos.

Trata-se de uma pesquisa de cunho bibliográfico com aporte jurisprudencial, em que se parte de uma reflexão acerca da (i)lógica sedutora de que o encarceramento reduz a criminalidade, de modo a analisar os (d)efeitos da desenfreada custódia cautelar para, ao final, contrastá-la com uma racionalidade punitiva não idealizada, mas positivada na constância de um regramento processual penal democrático e devido.

2 A castração da liberdade a serviço de um alucinógeno encarcerador

A derrocada do discurso social brasileiro, sobretudo no campo do sistema de justiça criminal, com a minimização do pensamento a uma concepção fechada do que é certo ou errado, do bem e do mal, do sim ou do não, faz com que a complexidade dos fenômenos penalmente relevantes seja ignorada, ou ainda, que o amadurecimento da compreensão dos processos de criminalização evapore no meio jurídico. A força exercida pelo discurso punitivista em detrimento de direitos e garantias fundamentais, aplaudida por tantos, cobrará um preço muito alto da sociedade que, aliás, já vem o pagando. A partir do momento em que direitos e garantias fundamentais são relativizados com naturalidade por serem considerados como óbices para a eficiência punitiva do Estado, reforça-se ainda mais a necessidade de um direito penal mínimo e um processo penal máximo, na medida em que este agregue um poderoso aparato garantidor de direitos e, aquele, esteja a mitigá-los o mínimo possível.

A liberdade, como valor universal, é um direito de todos e não apenas de uma camada social; é, inexoravelmente, uma conquista da humanidade e não de alguns seres humanos, fruto de muito sangue derramado e muitas vidas abreviadas. Reduzir a valorização do direito de liberdade para abrir espaço a um eficientismo punitivista emaculado pelo poder de poucos é, senão uma própria sucumbência do Estado Democrático de Direito, um flagrante sintoma de autoritarismo. Mas, afinal, como pode a liberdade, valor fundante da dignidade da pessoa

humana, eregida constitucional e convencionalmente como o atributo afirmante de um Estado Democrático, servir de joguete político para nutrir um punitivismo estético?

Ao passo que o Estado diz tecer parâmetros limitadores sobre o exercício de poder em nome da justiça social, ele também se autoriza a renunciar direitos, usando critérios de razoabilidade falseáveis, sob a justificativa política de combater a criminalidade pelo avanço do país. Percebe-se que a liberdade humana, direito cogente para todas as sociedades, passa a ser concebida dentro do sistema jurídico a título de poder.

A não seriedade das cicatrizes traçadas pelo poder punitivo sobre a sociedade fomentadora da banalização da liberdade, lamentavelmente, atinge a todos, até mesmo aqueles que aplaudem as violações de direitos e garantias de seus oprimidos. Seja do ponto de vista de quem o inflama, seja da perspectiva de quem lhe assiste, o poder punitivo envaidece-se cada vez mais como uma estratégia de força dominante de uns sobre os outros. Mas nada é tão problemático que não possa ruir. A expansão do poder punitivo talvez não se autopromoveria com tanta monta se não fosse pela influência de uma mídia igualmente punitivista. Importada em formar uma realidade convincente e tentar vender um produto ainda mais atraente, a mídia consegue transformar o poder punitivo em um objeto de desejo e sensibilizar uma parcela da sociedade facilmente sedutível. Já dizia Bourdieu (1997, p. 22), que "as notícias de variedade [...] sempre foram o alimento predileto da mídia sensacionalista". Mas, enquanto a orexia da sociedade insistir por um cardápio mais completo, "o sangue e o sexo, o drama e o crime" também serão boas opções. Melhor ainda se tiver como fazer um menu combinado, preferencialmente deixando o crime como prato principal e, quem sabe, acrescentando o sangue como se um *Ketchup* fosse, certamente a mídia estaria pronta a serví-la.

Longe de homenagear um preciosismo pífio, antes mesmo de refinarmos o diálogo por ora travado, faz-se necessária uma ponderação acerca do binômio poder punitivo/privação da liberdade. Ainda que a ocorrência desta pressuponha, obrigatoriamente, a incidência daquele, o inverso nem sempre se verifica. Por detrás de um poder punitivo nem sempre está o cerceamento da liberdade. Ainda que essa possa ser a forma punitiva mais obstrutiva da dignidade da pessoa humana, há· que se reconhecer a possibilidade desse mesmo poder recair, de outras maneiras, sobre os indivíduos. Restringí-los de certos direitos, condená-los a sanções econômicas, aplicar-lhes medidas acautelatórias que, ainda que minimamente, os disvirtuam do livre desfrute da vida social são, em maior ou menor grau, outros meios do Estado valer-se de suas forças castigadoras.

O fato é que, no auge de um poder punitivista, em que a espetacularização da sanção estatal procura respostas quase imediatas para contemplar o eficientismo opressor prometido à sociedade, o Estado joga com o direito à liberdade. Mesmo diante de tantos outros mecanismos de controle punitivista que a Constituição Federal, em harmonia com tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, preocupou-se em delinear, sobretudo para garantir a mínima intervenção penal sobre a liberdade individual, a máxima do poder punitivo faz questão de ignorá-los. Enquanto o Estado continuar comungando com a ideia de que, para punir, é preciso retirar do indivíduo sua liberdade, e que o contrário disso pressupõe impunidade, está ele se

autopervertendo, rompendo com seus próprios princípios e, porque não, reafirmando seu autoritarismo já anunciado.

Dentro do sistema de justiça criminal, em verdade, o direito à liberdade não está vulnerável apenas às arbitrariedades do poder estatal, mas também de todo o sistema punitivista no qual ele está inserido. Se, de um lado, consagra-se instrumentos que buscam protegê-la como um bem jurídico dignificador da pessoa humana, de outro, há um sistema pronto a subvertê-la. Falando assim, até parece que coadunamos com essa ideia paradoxal entre duas realidades, uma que protege a liberdade e outra que a deflora. Não apenas autoritário, mas minimamente anti-democrático seria tratar um único bem jurídico com tamanho antagonismo desmedido. Antes que nos auto-atestemos como renunciadores do próprio Estado Democrático de Direito, faz-se imperioso que superemos a infundada incongruência em, na medida do necessário e do razoável, limitar a liberdade do indivíduo garantindo o que de direitos lhe couber. Aliás, parece-nos obrigatório que, de uma vez por todas, admitamos a coexistência e interdependência desses vetores entre si, sob o risco de uma recoisificação da pessoa humana já vivida em tempos de um processo penal miserável e inquisitivo.

Não se está a negar a necessidade da punição e, tampouco, a promover uma campanha em prol da tutela da impunidade ou, ainda, da inocência generalizada. Punir é preciso, é, inclusive, um mecanismo de regulação da própria sociedade, mas, por certo, dentro de uma racionalidade punitivista. Racionalidade essa que se traduz senão pelo próprio dever legal, constitucional e convencional de ponderação entre a pena e o sujeito a ela subjugado. Talvez seja esse um dos maiores obstáculos a que a política criminal venha resistindo, sobretudo, quando, em verdade, como já anunciado por Beccaria (2002, p. 62), bastaria o reconhecimento de que é preciso humanidade na visão do trato com o apenado e uma rigidez legislativa compatível com a ideia preventiva geral de desestímulo à reincidência e à própria prática delitiva original pelos não delinquentes. Certo é que, se punir é necessário, resta-nos responder o que Ferrajoli (2006, p. 18) já questionava: Quem punir? O que punir? Como punir? Ao fundo, provavelmente ecoem aquelas vozes intolerantes, eivadas de medo e carregadas de vingança, que, bradando por justiça, facilmente anunciam as respostas para cada uma das perguntas em uma única proposição: punir os **maus** que tenham cometido **crimes** de forma a **prendê-los**, ou seja, **privá-los da liberdade**. Pronto, disso já decorreria tantas outras verminoses discursivas, desde a bondade dos bons até a figura do homem médio, que chegam a contaminar a seriedade do diálogo que se pretende travar. Se ainda tivéssemos um termômetro capaz de medir o grau de bondade dos indivíduos ou ao menos um dosador de desvios, apto a demonstrar o transviamento do agir de um homem sobre outro homem, talvez pudéssemos salvar esse discurso falacioso antes de ele se auto-esvaziar.

Mas na transversionalidade desse perigoso discurso justiceiro, traduzido por um espírito higienista de um determinismo conferido ao ato de punir, o qual se reduz aos ditos homens maus, cometedores de crimes de cuja liberdade devem ser privados, sob um olhar despido das amarras sociais, reside a complexidade tripartida do dever/poder punitivo.

Isoladamente, não há argumento lógico suficiente capaz de dar conta dos problemas

ferrajolianos já estampados, dada a abstrusidade de suas abordagens. Enquanto a criminologia parece ser o mecanismo mais adequado que contemple o "Quem punir?" e o direito penal aparenta dominar o campo do "O que punir?", ao processo penal resta oferecer o aporte necessário de "Como punir?". É neste terreno que habita toda a instrumentalidade do próprio poder punitivo, de modo que o não processo, em um caminho palíndromico, invalidaria a efetivação do direito penal e, na via reflexa, não importaria chegar ao sujeito da punição. Em outras palavras, a inexistência de um mecanismo que prescreva a forma de punir impede que se percorra um caminho até o objeto da punição, perdendo-se, com isso, o sujeito passivo a que se poderia punir.

Em meio a erros e acertos, o processo penal assume um papel crucial, senão decisivo, no que diz respeito à efetivação de direitos e garantias fundamentais no agir punitivo. Rodeado de um sistema costumeiramente punitivista, forjado sob matrizes segregadoras, exclusoras e higienistas, apadrinhado por um patriarcalismo arraigado, o sistema de justiça criminal, em vez de repelir a recorrência de crimes violentos e honrar com o senso de justiça, reforça ainda mais a incidência de mecanismos de reprodução de um ciclo vicioso de violência. O espírito encarcerador, reitor da não liberdade, conquanto vista o uniforme do eficientismo punitivista, parece se traduzir em um metapoder estatal; não contente com a exclusividade do exercício do poder político-punitivo, o Estado busca chegar a um poder incidente sobre os corpos dos indivíduos, operacionalizado pelo cárcere.

Não é por menos que se tem a prisão como fator criminógeno, já que, em vez de frear a delinquência, conforme salienta Bitencourt (1993), parece justamente estimulá-la, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade, estando os sujeitos impelidos a experimentar, nos intramuros, as mesmas violências aqui fora reprovadas.

Nas entrelinhas dessa lógica perversa, portanto, estaria o sistema punitivista engendrado sob um piloto automático, em que o sujeito, suspeito/culpado pela prática de um crime não teria outra forma de ser punido senão se despedir de sua liberdade na porta de um cárcere, o qual lhe aguardaria pronto para aniquilar sua dignidade. Para além de um abandono de direitos e garantias fundamentais, a carcerização, diferentemente de uma tatuagem que pode sim ser removida a qualquer tempo, imprime marcas permanentes sobre a vida do sujeito que nunca serão deletadas de sua trajetória. Mas, em verdade, a ânsia estatal em isolar o eleito transgressor do mundo para inseri-lo tão logo no submundo do cárcere será mesmo tão inconsequente a ponto de enxergá-la como a solução cabal para a criminalidade e a violência urbana ou será que por detrás dessa pretensão residem outros interesses ainda mais autoritários de controle e higienização de uma população tida como indesejada em detrimento da manutenção do *status quo* de uma minoria.

Movido por esse paliativismo punitivista enganador é que o Brasil, em dezembro de 2016, segundo informações advindas do mais recente relatório do DEPEN (2016), contava com uma população carcerária de 726.712 presos privados de liberdade, dentre os quais 40% eram presos provisórios, o que representou um aumento de 157% na taxa de aprisionamento desde 2000. E agora o que dizer desse cenário? É fácil mentir com a estatística, difícil é dizer a

verdade sem ela. Na ausência de uma realidade quantificada fica confortável exaltar a privação da liberdade em nome de um eficientismo punitivista, mas, agora, com os dados diante de nossos olhos, não nos resta outra alternativa senão romper com o ilusório modo de punição fadado ao fracasso.

Em que pese esse diagnóstico possa ter impressionado negativamente os punitivistas de plantão, por certo essa não foi a mesma reação daqueles que, há tempos, têm levado o processo penal a sério e o defendido com o estrito cumprimento das regras do jogo. Esse resultado, em verdade, demonstra nada além do alto preço que a sociedade encarceradora, como já havíamos anunciado, logo pagaria pela cultura do aprisionamento exacerbado. Aliás, a não abrupção do modelo punitivo imediata promete uma expansão ainda maior do contingente carcerário brasileiro, podendo esse, em alguns anos, frente a uma crescente recrudecência, chegar a níveis maiores do que a população extramuros.

Do ponto de vista pragmático, parece haver um hiato quando, de um lado, vemos a força do poder punitivo e, de outro, a suscetibilidade da liberdade tencionada a um excesso desse poder que se autolegitima. É justamente nesse campo de imbricação entre o poder e a liberdade que se situa o processo penal, servindo de elo essencial para que aquele possa intervir na seara desta. Ele remete a ideia de percurso, de caminho necessário para ser possível a privação da liberdade, seja pela imposição de uma pena, seja pelos meios excepcionais. Certo é que a inexistência de um processo penal invalidaria a própria aplicação do direito penal, dada a impossibilidade de se chegar a uma sentença. Mas, de fato, o que se torna cada vez mais preocupante é a forma como o processo penal é visto no cenário jurídico. Isso porque ele não tem como finalidade última a efetivação do poder punitivo, aliás, ele deve ser considerado um limitador de tal poder. É preciso punir garantindo o que de fundamentalmente o indivíduo tem de direito, uma vez que o simples fato de ser processado já é uma punição em si mesmo, por mais limitador que esse busque ser. Parafraseando Lopes Júnior (2015, p. 35), acrescentamos:

> o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade e jamais se defendeu isso.

Quanto mais o indivíduo é suscetível ao encarceramento e ao controle de sujeição imposto pelo sistema de justiça criminal, menos dispõe de meios para fortalecer a sua autopreservação. O primeiro contato com o cárcere já é suficientemente necessário para frustrá-lo, inferiorizá-lo e puní-lo seletivamente, aperfeiçoando a marginalidade no decurso do encarceramento precoce. Ou este sujeito se amolda ao injusto, sob o exercício ininterrupto da resistência, da revolta e da recusa, ou é moldado pelo sistema político hegemônico dominante, contra a sua vontade, em razão da sua condição de vulnerabilidade social, como lembra Foucault (2004).

Estamos diante de um estado de exceção deslocado: quando a liberdade deveria ser a regra máxima do Estado Democrático de Direito, ela passa a ocupar o espaço da excepcionalidade, a fim de atender um apelo encarcerador incessante, o qual, além de selecionar os

sujeitos/clientes a serem introjetados no sistema penitenciário, os estigmatiza e os rotula, de modo a tratá-los como desviantes[1].

Tal é a centralidade do poder punitivo no atual esquema democrático constitucional que não nos impressiona mais ver, no palco das relações de força da articulação histórica do contingente carcerário, (a sucessão descontínua de formações hegemônicas) prontas a aportar, cada vez mais, identidades políticas demandantes da hegemonia do discurso punitivo.

3 Do processo penal devido à cautelaridade máxima: um verdadeiro paradoxo jurídico-penal

A recrudecência da criminalidade, que, diuturnamente, noticia as marcas da violência em todos os cantos, aciona e mexe com o imaginário da sociedade. Ela quer reagir, mas parece não saber qual é a melhor forma para isso. Nos telejornais, há tempos que as reportagens frias deram lugar à notícias sangrentas que, cada vez mais, vêm pintando as telas da população. Não sendo suficiente o temor causado pela violência urbana, a mídia, sob a (não) justificativa do dever de informar, produz e reproduz a violência jornalística, não como sendo uma nova forma de violência, mas como sendo uma extensão/distorção daquela, projetando-se para além das telas e devolvendo à sociedade ainda mais revolta.

Nem sempre, ou melhor, quase nunca, a notícia de um crime é resultado fidedigno da refração da imagem real dos fatos, na medida em que a mídia, cada vez mais, parece optar por enxergá-la por detrás de um microscópio, pronto a ampliá-la e distorcê-la. A veracidade dos fatos vem dando lugar ao sensacionalismo midiático, o qual faz da criminalidade um importante produto mercadológico comprável pelo ódio social.

Não raras vezes a imprensa acaba explorando midiaticamente algum fato criminoso, não se bastando apenas em noticiá-lo. Sem contar as tantas circunstâncias que, além do papel de reportar, a mídia faz as vezes da polícia, do Promotor de Justiça e, para não perder a oportunidade, assume também a função do juiz, estando pronta a condenar o sujeito, alcançando ao magistrado, contudo, a difícil tarefa de distinguir se a revolta da sociedade condiz, por si só, com a gravidade do delito em tese perpetrado e seria justificativa razoável para a decretação de uma prisão cautelar, ou se o clamor social não seria fruto de exagero mostrado pela mídia, distorcendo verdadeiramente o ocorrido para gerar maior audiência. Aliás, é em nome dessa, inclusive, que, prontamente se está a consagrar mitigações de direitos e garantias fundamentais, pervertendo princípios e corrompendo valores constitucionalmente previstos. A inocência, principiologicamente concebida como um construto do Estado Democrático de Direito, vê-se

[1] Como forma de aprofundar a compreensão do fenômeno da estigmatização social sobre os sujeitos/clientes do sistema penal, destacamos a leitura de Becker (2008), em cuja obra o autor conduz uma reflexão sobre os desvios de padrões socialmente rotulados. Por meio de pesquisa empírica, o autor propôs-se a observar comportamentos e práticas sociais de modo a confrontá-los com regras e leis ditadas pelo meio social. Em meio a tantos desdobramentos sociológicos, antropológicos e psicológicos, o autor, a todo tempo, constrói e desconstrói a concepção de desvio, assim como discute a seletividade do sistema penal a partir de estereótipos e rotulações que potencialmente possam a influenciar os julgamentos.

atacada pela presunção de culpabilidade, a qual, para atender às expectativas da sociedade, autoconstitui-se como um fundamento válido para a reivindicação de prisão cautelar, dispensando quaisquer bases legais.

Não é à toa que, para o "processo midiático", o pouco tempo transcorrido entre a ocorrência do fato e a repercussão midiática é o suficiente para a mídia, toda-poderosa, vazar informações sigilosas, transmitir fragmentos da interceptação telefônica entre o sujeito e seu advogado, colher relato das vítimas, falar dos antecedentes criminais do indivíduo, caso o possua e, não podendo ser diferente, hastear a bandeira da não impunidade, bradando pela sua prisão imediata ou, porque não, pela sua condenação muito antes da investigação, da citação e da sentença, ou ainda, da certeza de um processo criminal, o qual, para alguns, chega a ser dispensável.

Tão problemático quanto internalizar a existência desse chamado "processo midiático" com naturalidade e aceitação, é reconhecê-lo realmente como um possível caminho a se percorrer em torno de um fato criminoso, bem como um mecanismo necessário de convivência com o processo penal que o permeia. Mas, antes que invistamos em uma reflexão sobre uma possível coexistência entre a mídia e o processo penal já falhida e fracassada, torna-se imperioso entender que a tal designação "processo midiático", muito longe de ser um meio elogioso de anunciar a atuação da mídia, está justamente a denunciá-la senão como uma corrupção daquilo que se entende por devido processo.

Até mesmo como uma forma de se resguardar, ou o processo penal se distancia das influências midiáticas e se debruça sobre os princípios e as regras a ele inerentes, ou ele cede aos assédios da mídia opressora e veremos no que vai dar. O fato é que, para além de um caminho necessário a se percorrer, a compreensão do processo penal insita uma complexidade muito mais apurada, suscetível ao ataque de fatores internos e externos, dos quais, muitas vezes, não há como se abster, bem como de variações e particularidades que dele não se consegue afastar.

Em uma dimensão mais crítica e com a qual nos alinhamos, está a se pensar o processo penal como um "jogo dinâmico de informação incompleta", por meio do qual, segundo Rosa (2013, p. 18), não há como sustentar uma estrutura estática e completa, senão em um modelo ajustável em si mesmo conforme sejam seus jogadores e julgadores. No entanto, o risco de que tal dinamicidade seja entendida como uma fragilidade do processo, na medida em que ele ceda às influências e estigmatizações exógenas é premente e, por isso, preocupante. As regras do jogo, ou, do processo, estão postas/impostas, mas, a depender dos jogadores e dos julgadores e de tantas outras variáveis, é difícil sustentar um resultado comum para todas as partidas. Com diferentes personagens e, sobretudo, por causa deles, muitas são as possibilidades que o julgador tem para conduzir o jogo. Julgador esse que, transvestido de juiz, muitas vezes, esquece-se de que deve atuar de e para dentro do processo e não para os espectadores que de fora o assistem e torcem pela vitória de uma ou de outra parte. E quando essa pressão advém daquela velha mídia, que vende o produto crime com tanta facilidade, e o julgador que nunca fora neutro e imparcial, o compra com naturalidade, resta-nos perguntar para onde foram as regras do jogo processual e todos aqueles princípios que outrora lhe foram conferidos? Serão elas trocadas

facilmente em nome de um populismo penal barato?

É bem verdade que, estando na promoção ou não, esse populismo penal não nos convence e está muito longe de se sobrepôr ao processo penal democrático e humanizado, com o qual nos comprometemos. O respeito às regras do jogo processual, para além de uma formalidade, é pressuposto mínimo para sua própria existência, muito mais quando se está a falar em um processo penal, em que, por de traz de meros jogadores, há sujeitos estigmatizados, mas que cuja dignidade, pela condição humana que ocupam, tem o direito de ser garantida com o máximo rigor.

Na esfera penal, é preciso garantir um processo além de devidamente legal. Faz-se necessário assegurar um devido processo penal que, para Giacomolli (2015, p. 94), possuem categorias próprias, com garantias que só ele visa proteger. Enquanto o processo civil quer dar razão para uma das partes litigantes, o processo penal preocupa-se em proteger, formal e materialmente, os direitos humanos e a liberdade daquele que a ele se submete, devendo estar individualmente a ele ajustado dentro de um regramento legal, constitucional e convencional.

Na conjuntura que atualmente vive o processo penal brasileiro, no entanto, acreditar na existência de um devido processo penal é um tanto fantasioso; é cegar os olhos para a realidade e não perceber que há muito o que percorrer para nosso processo penal ser devido na sua completude, atentando para a plena garantia dos direitos humanos e fundamentais. O próprio paradigma de liberdade é ainda muito poroso em nosso processo, suscetível de privação a qualquer momento. Presumir a inocência do indivíduo é um dever muito caro ao processo penal ainda que seja essa a previsão literal do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal Brasileira e do art. 8º, item 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Tomando tais prescrições do princípio da presunção de inocência como diretrizes norteadoras do processo penal, conforme preceitua Choukr (2014, p. 552), fica claro que a inocência só pode ter fim quando, de fato, há uma condenação, ou seja, o indivíduo deve/deveria ter sua liberdade mantida até a prolação da sentença, ou ainda, da fixação de uma pena privativa de liberdade, em respeito à não culpabilidade de quem se presume inocente. No entanto, o próprio autor reconhece que tal observância não atende ao modelo de processo penal, devendo ser excepcionalmente relativizada em casos extremos, nos limites do binômio necessidade e adequação.

Nesse sentido, parafraseando o autor, quem assim entende: "[...] concebe-se a possibilidade de algum grau de convivência entre a presunção de inocência e a prisão anterior à sentença condenatória, desde que, para tanto, algumas condições estejam claramente estabelecidas [...]" (CHOUKR, 2014, p. 552).

Para Lopes Júnior (2013), a presunção de inocência atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele. Na dimensão interna, cabe ao juiz primar pela inocência do processado, entregando ao acusador a carga probatória, além de restringir os abusos das prisões cautelares. No âmbito externo, relaciona-se com a publicidade e a estigmatização prematura do réu (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 35). Contudo, ao nosso ver, parece ainda haver um terceiro vetor incidente sobre a presunção da inocência, o qual se mostra transversal a ambas dimensões, interna e externa ao processo, na medida em que consegue, por meio de seus mecanismos de

transpreservação do indivíduo, pôr freio às (re)estigmatizações dentro do estado de exceção propiciado pelo intermuros. Ser um sujeito processual já possui suas desvantagens estereotípicas próprias, mas ser um cliente/sujeito do cárcere, ainda que passageiramente, o torna culpado aos olhos de quem o recebe internamente e de quem o assiste pelos muros da prisão. E aquela inocência processual, constitucionalmente presumida, dá lugar a uma culpabilidade institucionalizada, em que o sujeito precisa, além de se defender dentro do processo, sobreviver aos novos códigos de condutas isolados dos valores sociais convencionais, como lembra Goffman (2013).

Não obstante, a partir do momento em que a relativização da primazia da liberdade individual em detrimento de fatores que, potencialmente, possam colocar em risco a sociedade ou até mesmo inviabilizar a instrução processual é considerado um motivo legítimo para retirar o sujeito do seio da família, impedi-lo de trabalhar, sem ao menos ter uma sentença que o condene, estamos diante de um ponto de tensão, como bem anunciado por Sanguiné (2014, p. 3):

> a instituição da prisão preventiva situa-se no campo de tensão dialética que domina todo o processo penal entre o dever de uma administração de justiça eficiente para controlar a criminalidade (efetividade da persecução penal) e a proteção dos direitos fundamentais que regem o Estado Democrático e Social de Direito.

Mas, não apenas um ponto de tensão, o binômio administração da justiça penal eficiente e garantia dos direitos humanos e fundamentais acaba gerando uma incoerência lógica dentro do processo. Se, por um lado, ele tem o dever de limitar o poder punitivo e garantir os direitos do indivíduo, entre os quais se situa sua liberdade, como pode, por outro, ele ser o mecanismo legítimo para, por vezes, privá-la, sem ao menos ter uma sentença que o justifique. O fato é que, ainda que divirjamos dessa concepção, "Admitida como uma medida interventiva necessária em todos os ordenamentos jurídicos, [...] a prisão provisória aparece como indispensável, pelo menos em determinados casos, para uma administração eficiente da justiça penal" (SANGUINÉ, 2014, p. 1). No entanto, o que nos assola é em que medida as prisões cautelares, acobertadas pela legitimidade do sistema, podem ser consideradas como a regra para se atingir a administração plena da justiça penal, quando, em verdade, sua aplicação deve obedecer a um terceiro binômio, sustentado sobre os pilares da excepcionalidade e da proporcionalidade.

E é assim que se perfaz a complexidade do processo penal a que nos referimos. É um tecer sem fim de princípios e valores que, se correlacionados, formam binômios, trinômios e, porque não, polinômios alicerçantes do tão difícil devido processo penal, os quais, inevitavelmente, perpassam pontos de tensão e campos de incongruência quase invencíveis, senão pela garantia dos direitos fundamentais daquele sujeito que a ele se submete. Por outro lado, esse mesmo entrelace de binômios princípio-valorativos pode representar, perversamente, a superficialidade do processo, na medida em que preocupa-se em estampar seus sustentáculos apenas em um plano cartesiano, sem adentrar em outras dimensões onde, de fato, se penetram os problemas inerentes ao processo.

Diante dessa arquitetura processual e, sobretudo, dessa dialogia subversiva, reside justamente o receio de uma compreensão epidérmica e maquiada da real imagem que se pretende projetar de um processo penal devidamente constitucional, convencional e humanizador, já idealizado por Giacomolli (2015, p. 12). Imagem essa que se pensou delinear justamente a partir da tríplice binomialidade centrada nos seguintes eixos:

- necessidade e adequação;
- administração de uma justiça penal eficiente e garantia de direitos fundamentais;
- excepcionalidade e proporcionalidade cautelares.

No entanto, por detrás de uma lente turva, encoberta por uma nuvem de ignorância, certamente, há quem enxergue cada um desses vetores isoladamente, em sentidos paralelos, de sorte que o processo penal, suspenso por um pêndulo, alternadamente, estaria a se sustentar, por vezes, sobre o eixo de um vetor, por vezes, sobre o outro, e, em outras, de um terceiro, quase que como em uma ginástica processual. Fato é que, no substrato de cada binômio, ou melhor, vetor, situam-se nada menos do que os valores fundantes e os princípios basilares daquele almejado devido processo penal, o qual, se estruturado dessa forma fragmentada e interindependente, está muito mais próximo é de um indevido processo penal.

Sob uma ótica mais perspicaz, no entanto, há como pensar e enxergar, como nós, o processo penal alicerçado sobre um esquadro principiológico dinâmico, cujas laterais venham a ser traçadas pela combinação de dois dos valores, de modo que, em cada um dos vértices, estejam eles, de ponto a ponto, sobrepostos e interseccionados entre si, justamente como forma de demonstrar que um processo penal devido é aquele que consegue, equitativamente, invocar por assim dizer, a necessidade não apenas pensando na adequação, mas também na garantia de direitos fundamentais, ou ainda, valer-se do dever da administração eficiente da justiça penal, sem,contudo, afastar-se da proporcionalidade da custódia cautelar.

Aliás, é justamente, ela, a custódia cautelar, o tendão de Aquiles do processo penal. Se, lá fora, custódia pressupõe proteção, cuidado, aqui, no processo penal, a adoção da custódia cautelar é apenas uma forma branda de anunciar uma prisão processual, na qual, não poderia ser diferente, estar-se-á privando o sujeito da liberdade e, o que é mais perigoso, sem, contudo, haver pena imposta.

Como dito, já superamos o impasse do "É preciso punir?" para apenas nos questionarmos a forma e os limites dessa punição. E, com a custódia cautelar, não será diferente. Se, ao fim último, o que se está a buscar é um processo penal devido, e se, a custódia cautelar é parte daquele, não se chegará a ele se, igualmente, esta também não o for.

Mas, para além da custódia cautelar ser devida, ela precisa ser legal, necessária, adequada, proporcional e excepcional, simultaneamente. Até porque, se sua finalidade cautelar está a proteger o próprio curso do processo, já adiantamos não ser este o único meio de fazê-lo, uma vez que, tão eficaz quanto ela, o Código de Processo Penal prevê medidas igualmente cautelares, mas alternativas ao cárcere. Nesse passo, é o que se depreende do entendimento

de Giacomolli (2015, p. 111), o qual afirma, sobretudo, que as medidas cautelares inseridas no Código de Processo Penal após o advento da Lei nº 12.403/11 encontram respaldo nas apertadas restrições constitucionais de caráter cautelar que se referem às exigências e às necessidades do processo, de modo que as prisões preventivas devam carregar um estigma de excepcionalidade máxima. Não é porque estão legalmente previstas que devem ser aplicadas em qualquer circunstância, uma vez que o sistema conta com um aparato cautelar que vai muito além disso, compreendendo um vasto rol de medidas cautelares diversas da prisão. Medidas essas que, em verdade, surgem como forma de redução dos nefastos danos causados pelo cárcere, os quais, depois de sofridos, não mais serão subtraídos da vida do sujeito.

Insta, tão logo, questionarmos acerca da necessidade da custódia cautelar como meio de garantir a persecução criminal, sem a qual, o processo viria a desaparecer. É senão um critério geral e legal, previsto no art. 282, inciso I, do Código de Processo Penal, observável antes mesmo de qualquer outro requisito à exceção da adequação, e cuja não constatação implica a aferição de quaisquer outros princípios justificadores da prisão cautelar. Mas, afinal, quando essa prisão cautelar será necessária? Quem e como poderá ser decretada? Ainda que a doutrina invista esforços em uma criteriologia infinita e ramificada, pensar na necessidade cautelar sob esse formalismo é abster-se de um raciocínio crítico. Se a custódia cautelar recai diretamente sobre a liberdade do sujeito para assegurar a instrução e a persecução criminais, porque não pensar que sua necessidade surge, justamente, quando, se deixado livre, estará, de alguma forma, pondo em risco o andamento do processo; é, senão, o perigo da liberdade ou, em latim, *periculum libertatis*. Perigo esse que, na lição de Choukr (2014), poderá afetar a aplicação da lei penal, a instrução processual ou, ainda, colocar em risco à ordem pública. Fato é que se trata de uma criteriologia vaga, como já anunciado, no qual a dita manutenção da ordem pública, tamanha vacuidade, é por onde se penetram o populismo penal, o clamor social, o "pânico moral", assinalado por Khaled Jr. (2016), para os quais, a não cautelaridade põe a sociedade em risco iminente da vitimização de novos crimes no futuro.

A elasticidade desse critério de perigosidade, contudo, não se limita/limitou apenas ao campo doutrinário, mas também foi ouvida nos tribunais, sendo, inclusive, denominada, pelo Des. Rel. Hamilton Bueno de Carvalho, quando do julgamento do HC 70006140693, de "futurologia perigosista" e, por certo, rechaçada como fundamento da cautelaridade pelo relator, que assim entendeu:

> Ora, a futurologia perigosista é prática oriunda de ideologias intolerantes que, desde muito, têm demonstrado seus efeitos nefastos: excessos punitivos de regimes políticos totalitários, estigmatização e marginalização de determinadas classes sociais (alvo do controle punitivo) (RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário, 2003).

Há, ainda, ao lado do *periculum libertatis*, como fundamentos de uma cautelaridade necessária, o *fumus commissi delicti*, entendida, nas palavras de Pacelli e Costa (2013, p. 38), a aparência da conduta criminosa, ou, então, a "fumaça do crime". Isso porque, excluída a existência do crime, não há motivo lógico para cautelaridade. Certo é que, este constitui-se

como a força motriz não apenas da cautelaridade, mas do processo penal como um todo. Sem crime, sem processo e, obviamente, sem necessidade de cautelaridade. Sob essa lógica, não nos equivocamos em dizer que, na análise do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, a existência daquele não pressupõe, necessariamente, a ocorrência deste, caso em que desnecessária seria a custódia cautelar. O inverso, no entanto, torna-se impossível, pois como a liberdade do sujeito porá em risco a instrução e a persecução criminal se sequer há um crime aparente?

Ante essa lógica dinâmica, de interação entre a existência aparente de um crime e o perigo da liberdade, importa ainda dialogarmos com a transcrição de Sanguiné (2014, p. 318), a qual anota:

> Dado que os requisitos (fumus commissi delicti e periculum libertatis) que justificam sua imposição podem variar (acentuar-se ou diminuir), ou mesmo desaparecer, os princípios de necessidade, excepcionalidade e proporcionalidade, exigem que a medida deva ajustar-se a essas novas circunstâncias fáticas, que fundamentam e condicionam em todo momento sua existência. O provimento cautelar é provisório porque seus efeitos perdurarão até a superveniência de um evento sucessivo. A eficácia da medida cautelar perdurará até que seja proferido o provimento final do processo cognitivo ou executivo. No processo penal, a prisão preventiva será eficaz até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal.

Nesse sentido, complementa Lopes Júnior (2013, p. 52), para quem as medidas cautelares, quaisquer que sejam elas, podem ser revogadas, suspendidas, abrandadas ou agravadas, sempre que desapareçam os fundamentos que as legitimam. Em que pese preveja o §1º do art. 282, do Código de Processo Penal, a imposição de o juiz, de ofício, se e quando reconhecer haver fundamentos mínimos para a custódia cautelar, decretá-la, estaria ele tripudiando a inércia processual e sendo parcial. Como resposta mais adequada à sua decretação, não podemos nos refutar do que suscita Lopes Júnior (2013, p. 56), de cujo entendimento comungamos:

> [...] o ideal seria o juiz, à luz do pedido de adoção de alguma medida cautelar, intimar o imputado para uma audiência, na qual, sob a égide da oralidade, efetivar-se-iam o contraditório e o direito de defesa, na medida em que o acusador sustentaria os motivos de seu pedido e o réu, de outro lado, argumentaria sobre a falta de necessidade da medida (seja por fragilidade do fumus commissi delicti ou do periculum libertatis). Tal medida é muito importante e contribui para a melhor decisão do juiz.

Audiência essa que, em verdade, constitui-se como um direito convencional e, por consequência, fundamental, do qual, ao nosso ver, não poderá o processo penal devido, se abster. Prevista tanto na Convenção Americana de Direitos Humanos quanto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil em 1992, está ela, a audiência de custódia, pronta a materializar-se, desde então, em nosso processo penal.

Como um reflexo importante, se desnecessária a custódia cautelar, não há o que se falar em excepcionalidade, proporcionalidade e tudo mais que disso decorre, permanecendo aceso, contudo, o critério da adequação, esculpido no art. 282, inciso II, do Código de Processo

Penal, o qual, como observa Choukr (2014), não pode se dissociar da (des)necessidade da prisão cautelar porque, uma vez desnecessária, é preciso analisar ainda a existência de uma outra medida cautelar que, por sua vez, possa ser adequada ao caso. Parafraseando o autor (CHOUKR, 2014, p. 601–602):

> [...] compreende uma ideia de relação entre a necessidade da decretação da medida é aquela que vier a ser imposta. trata-se, assim, de equilibrar, dentre as medidas cautelares, a que melhor vier servir à instrumentalização do processo para alcançar seu objetivo final, a apreciação do mérito no processo de conhecimento ou efetivação do processo de execução.

Surge, em verdade, não apenas como mais um critério da decretação da custódia cautelar, mas também como parâmetro externo ao paradigma "adequação", o mecanismo da proporcionalidade. Dito de outra forma, para se aferir a adequação da cautelaridade, para não nos afundarmos em mais um dos tantos esvaziamentos jurídicos, como não dispomos de um "adequômetro", nada mais apropriado do que nos valer de um parâmetro, até porque, daí por uma lógica conceitual, algo só poderá ser adequado se comparado com outra coisa. Do ponto de vista cautelar, na lição de Junior (2001, p. 215), a medida, para ser proporcional, deve basear-se no crime perpetrado, ou ainda:

> [...] a fundamentação de toda prisão cautelar deve ser condizente com a sua violência. E [...] a prisão provisória pode eventualmente vir a assumir proporções tão graves quanto a própria condenação – e, às vezes, até mais graves, uma vez que a inobservância ao critério da proporcionalidade não é incomum – a indispensabilidade de motivação, apoiada em atitudes concretas do acusado em detrimento da persecução penal ou ameaçadoras da eficácia de eventual condenação, torna-se ainda mais robusta.

Contiguamente à observância da proporcionalidade, talvez até como uma consequência dela, está-se a garantir os direitos fundamentais os quais, se necessária, a custódia cautelar venha a mitigar. É o que antevê Pacelli e Costa (2013, p. 31), de quem transcrevemos:

> [...] a proporcionalidade é um critério de interpretação voltada para a efetiva proteção dos direitos fundamentais. Por isso, cumpre a missão de proibição do excesso, limitando ou mesmo afastando a validade de intervenções mais graves e/ou onerosas que o devido a determinado caso concreto; e, de outro lado, a de garantir a máxima efetividade dos direitos instituídos em favor de seu titular.

Caminhando com todos os critérios e fundamentos que permeiam a custódia cautelar, está a excepcionalidade da prisão processual, a qual, não se atribui uma outra finalidade senão a própria efetivação, ou tentativa, de assegurar a presunção de inocência, que, para Choukr (2014), em verdade, só pode ser quebrada quando do trânsito em julgado de uma sentença condenatória. É o que acrescenta Sanguiné (2014, p. 232), ao assim alertar:

> [...] o poder de limitar a liberdade pessoal tem o caráter de excepcionalidade e, portanto, somente pode ser limitada pelo juiz com medidas cautelares nos "casos e modos" previstos pelo legislador processual. O princípio geral do qual parte o ordenamento jurídico é o de liberdade: esta é a condição natural da pessoa. As causas de privação de liberdade são numerus clausus, e necessitam estar contempladas em uma norma com categoria de lei.

O STF, contudo, no esforço de adotar um novo paradigma ao princípio constitucional e convencional da presunção de inocência, quando do julgamento do HC 126.292, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, trouxe em voga um verdadeiro desconstruto para o processo penal e os direitos fundamentais por ele protegidos, sobretudo o direito à liberdade, em nome de um encarceramento massivo por tantos aplaudido:

> Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016).

O problema reside justamente no fato de que, logo o Supremo Tribunal Federal, constitucionalmente incumbido de ser o guardião das leis e do Estado Democrático de Direito, bem como da própria Constituição Federal, ao pensar estar dando um passo à frente, acabou retrocedendo tantos outros para trás.

Fato é que a cautelaridade, que deveria ser uma exceção processual, vem sendo a regra, apta a contemplar, ao revés de requisitos processuais, uma necessidade virtual, baseada em pseudofundamentos de ordem pública, perigosidade futura, ou, porque não, como uma resposta àquela mídia sensacionalista, senão pelos dados apresentados no relatório oficial do DEPEN (2016), o qual, recentemente, anunciou um contingente de 40% de presos provisórios em 2014 no país. Mas, tão problemático quanto essa população carcerária preventiva, é a porcentagem de réus que responderam ao processo presos e, ao final, não foram condenados à penas privativas de liberdade, a qual atinge a marca dos 37%, segundo pesquisa realizada pelo IPEA (2014). Sintoma esse que se perfaz sobre as bases de uma cautelaridade desenfreada, não excepcional, que atua quase que como uma antecipação da pena que, em muitos dos casos, acaba nem acontecendo. Isso que dá alimentar um sistema penitenciário com mais de 250.000 presos provisórios sob fundamentos vazios e como forma de proteção social, de modo a perverter o caráter cautelar das prisões, o qual, em vez de acautelar a persecução criminal, recai sobre à sociedade, como mecanismo de socorrê-la dos perigos da criminalidade.

Não é possível que, diante dessa realidade, ainda se insista na custódia cautelar como meio de antecipação da pena a que se pretendia ver aplicada ao final do processo e que não se reconheça os prejuízos desse pré-juízo. Se o processo penal ainda carecesse de medidas cautelares diversas da prisão, quem sabe, até nos esforçaríamos mais para entender tamanha recrudecência cautelar; no entanto, com o advento da Lei nº 12.403/2011, a qual ampliou significativamente o elenco das medidas cautelares alternativas ao cárcere, não há argumento perigosista que se sustente.

4 Prisões e medidas cautelares: como lidar diante de um cardápio tão diversificado?

Ao contrário do que possa parecer, os termos medidas cautelares, prisões preventivas, prisões processuais não se confundem e tampouco são sinônimos. Dessarte, insta mencionar a lição de Sanguiné (2014, p. 4–5), que assim esclarece:

> A nova redação do art. 282 e ss do CPP, determinada pela Lei nº 12.403/11, utiliza a expressão 'medidas cautelares' abrangendo, portanto, todas as medidas contempladas no título IX, isto é, a prisão temporária, a prisão preventiva incluída a prisão domiciliar e a extradicional, a prisão em flagrante delito, na verdade medida pré-cautelar, e as medidas alternativas à prisão (arts. 319 e 320 do CPP) [...]

Na pretensão de melhor entender as espécies das medidas cautelares, cabe, preliminarmente, o que a doutrina ensina sobre a prisão em flagrante. Nesse sentido a advertência de Lopes Júnior (2015, p. 52) faz-se necessária:

> A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial até 24 horas, nas quais cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão agora como preventiva ou não.

Errada é a noção de que a prisão em flagrante é a porta de entrada de todo e qualquer processo penal, uma vez que ela, assim como todas as demais medidas cautelares, não tem um caráter imperioso, "na medida em que não existe prisão obrigatória antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória", como alerta Lopes Júnior (2015, p. 128). Assim como todas as medidas cautelares previstas no Capítulo IX do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante necessita atender a alguns requisitos legais que a torne aplicável. Formalmente, o Código de Processo Penal prevê, em seu art. 302[2], os casos de necessidade e urgência que admitem a prisão em flagrante. Dentre as hipóteses elencadas nesse dispositivo, insta ressaltar os dois primeiros casos de flagrante delito, constantes dos incisos I e II, quais sejam, respectivamente, quando a pessoa está cometendo o crime e quando acaba de cometê-lo. Para além disso, a procedimentalidade da prisão em flagrante deve obediência a outras duas exigências legais, explicitamente dispostas no art. 306 do Código de Processo Penal[3], quais sejam encaminhar em até 24 horas, o auto de prisão em flagrante, cuja elaboração encontra-se prevista no art. 304[4] do

[2] Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (BRASIL, 1941).

[3] Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011) (BRASIL, 1941)

[4] Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este, cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das

referido diploma legal, tanto para o juiz quanto para o Ministério Público e, no mesmo prazo, entregar ao sujeito detido o recibo da nota de culpa por ele assinado, além de, no mesmo período supramencionado, comunicar os familiares do flagrado que tomem ciência da prisão. Em verdade, tais exigências para a legalidade da prisão em flagrante não se limitam apenas ao texto do Código de Processo Penal, elas encontram guarida nas garantias fundamentais previstas na própria Constituição Federal, no art. 5º, incisos LXI, LXII, LXIII, LXV e LXVI[5] Em síntese, o que o texto constitucional visa assegurar, respectivamente, nesses incisos é a necessidade de haver flagrante delito ou a decretação de outra modalidade de prisão por autoridade competente para que alguém seja privado de sua liberdade; a exigência de que o juiz e os familiares do preso sejam comunicados; o direito do preso de manter-se calado perante a autoridade policial e de ser assistido por advogado; a imposição de que a prisão, sempre que ilegal, deverá ser relaxada; por fim, a impossibilidade de manter alguém preso quando couber liberdade provisória com ou sem fiança. Importa, sem demora, anotar o que preceitua Lopes Júnior (2015, p. 203) acerca do relaxamento da prisão em flagrante sempre que essa carecer de algum requisito legal constitucionalmente garantido:

> [...] dois momentos devem ser rigidamente observados: a comunicação imediata da prisão ao juiz e a necessária conclusão do auto de prisão em flagrante, expedição da nota de culpa e o encaminhamento ao juiz em até 24 horas. Tudo isso sob pena de ilegalidade formal da prisão em flagrante e consequente relaxamento por parte do juiz.

Nessa diretriz, complementa Pacelli e Costa (2013, p. 152) ao afirmar que não seria necessário, para fins de efetivação da liberdade, que a Lei nº 12.403/11 acrescentasse ao art. 310, inciso I[6], do Código de Processo Penal a imposição do relaxamento do flagrante quando fosse constatada sua ilegalidade, dada a previsão constitucional que o art. 5º, inciso LXV preceitua desde 1988, senão para reforçar aquilo que o constituinte já se ocupou em assegurar.

Recebido o auto de prisão em flagrante pelo juiz apenas com base nas informações nele escritas e nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal, o juiz terá que analisar o rumo que dará ao indivíduo que por ora ainda se encontra preso em flagrante. Primeiramente, cumpri analisar se o flagrante contempla os requisitos legais; caso positivo, deverá o homologar o auto de prisão em flagrante. Se, por ventura, identificar ilegalidade, obriga-se a relaxar a prisão, consoante ao que prevê o art. 5º, inciso LXV da Constituição Federal. Homologado o flagrante,

---

testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005) (BRASIL, 1941)

[5] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; (BRASIL, 1988)

[6] Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 1941)

passa-se para um segundo momento da decisão, no qual o juiz verificará se há a possibilidade de conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança ou, ainda, se é caso de impor alguma medida cautelar. Sendo essa a via eleita, poderá, se assim entender, impor medidas alternativas à prisão, capituladas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), ou, em último caso, decretar a prisão preventiva rigorosamente nos limites dos fundamentos que a justifiquem, legalmente previstos nos arts. 312 e 313 do mesmo diploma processual (BRASIL, 1941). Recordemos aqui o que leciona Sanguiné (2014, p. 45) acerca de tal instituto:

> Assim, na hipótese de ter sido homologado o auto de prisão em flagrante, por não ter vislumbrado qualquer ilegalidade e não for cabível a aplicação de medida cautelar alternativa diversa da prisão, caberá ao juiz converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (art. 310, inc. II, do CPP). Aqui o parâmetro de aferição do magistrado será o princípio da proporcionalidade, necessidade e suficiência da prisão preventiva [...] A prisão preventiva permanece, portanto, como ultima ratio do Estado para preservar os interesses do processo somente podendo decretá-la se insuficientes as outras medidas previstas no rol do art. 319 do CPP.

Por ora, contornaremos aquilo que de mais específico há acerca dos requisitos da prisão preventiva, a fim de exaltar um aspecto crucial para efetivar a legalidade da sua decretação. Mormente, sabe-se que a conversão da prisão em flagrante em preventiva não é automática, devendo passar por um juízo de necessidade e admissibilidade, conforme estabelecido em lei. Para além disso, a impossibilidade de haver essa automaticidade guarda estreita relação com a proibição de que o magistrado decrete a prisão preventiva de ofício (BRASIL, 1941, Art. 311). A esse entendimento, alinha-se Lopes Jr. e Rosa (2015), quando assim se manifestam:

> Aqui é importante sublinhar, uma vez mais, que a prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante pedido do Ministério Público [...] jamais de ofício pelo juiz (até por vedação expressa do artigo 311 do CPP). A tal conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva é uma burla de etiquetas, uma fraude processual, que viola frontalmente o artigo 311 do CPP [...]

Com rigor, não há como nos afastar de uma reflexão processual nesse momento, a qual, certamente, nos fará pensar que esse arquétipo das medidas fundamentais em benefício daquele que a ele é submetido. As consequências de uma prisão em flagrante não são poucas, ao contrário, elas podem definir todo o rumo do processo e, sobretudo, a liberdade do indivíduo. O que permeia a discussão, portanto, é a impossibilidade de se sustentar as garantias dos direitos humanos e fundamentais ao indivíduo apenas com base no auto de prisão em flagrante, sem, contudo, ouvi-lo. Nesse contexto, salta-nos aos olhos a premência de um instituto que possa, em certa medida, frear os danos causados pela impessoalidade com que o processo penal vem lidando.

5 Conclusão

Ainda que o alcance de um processo penal devido e democrático possa parecer mais uma das utopias jurídicas, é preciso reconhecer que a irracionalidade com que se tem operado seus institutos, sobretudo as prisões cautelares, se não for urgentemente repensada, incorre, cada vez mais, na assunção de um processo penal legitimamente punitivista.

Diante de uma imprescindibilidade processual, em que o processo penal se converte em um caminho necessário para a aplicação de uma pena individualizada, além de representar o próprio poder punitivo estatal, falar em devido processo penal seria uma forma de dar primazia às garantias fundamentais a que ele está incumbido, em vez de servir como meio ineficaz de redução da criminalidade. O sistema de justiça criminal, em vez de repelir a recorrência de crimes violentos e honrar com o senso de justiça, reforça ainda mais a incidência de mecanismos de reprodução de um ciclo vicioso de violência, na medida em que opta por privar indiscriminadamente os sujeitos de sua liberdade sem sequer terem sido condenados.

Por certo, não se defende a impunidade, tampouco se quer ignorar a sabida criminalidade em que a sociedade vive; apenas se enfatiza o fato de que, se até agora o aumento do encarceramento não foi capaz de reduzir os índices de criminalização, não cabe ao processo penal dar uma resposta eficaz a esse problema social. De outra parte, sendo ele insuficiente para atender esse clamor da sociedade, não é razoável que venha a produzir cada vez mais aprisionamentos, ainda mais quando esse não é o único mecanismo de cautelaridade processual disponível.

Se a liberdade individual é o bem maior garantido em nosso ordenamento jurídico, sua privação deve ser a última alternativa dentro de um devido processo penal, regida por uma máxima excepcionalidade, e não converter-se em uma regra banalizada e compulsiva. Inclusive, se a necessidade social é distanciar-se de práticas violentas, importa frisar que não há violência mais atroz do que encarcerar provisoriamente alguém que, ao final do processo, venha a ser absolvido, quando há medidas alternativas igualmente cautelares que oferecem uma minimização de danos à vida dos sujeitos.

Referências

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas.* Trad. Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BECKER, H. S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITENCOURT, C. R. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOURDIEU, P. *Sobre a televisão: seguido de a influência do jornalismo e os jogos olímpicos*. Trad. Maria Lúcia Machado. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. 144 p.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: ⟨http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm⟩. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Constituição (1988), *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: ⟨http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm⟩. Acesso em: 5 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 126292 - HABEAS CORPUS (Eletrônico)*. 2016. Disponível em: ⟨http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570⟩. Acesso em: 16 out. 2016.

CHOUKR, F. H. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – Junho de 2016*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: ⟨http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf⟩. Acesso em: 2 set. 2018.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, M. *A microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2004. 72 p.

GIACOMOLLI, N. J. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

GOFFMAN, E. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *A aplicação de penas e medidas alternativas*: relatório de pesquisa – sumário executivo. 2014. Disponível em: ⟨http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-anexos/pmas_sum-executivo-final-ipea_depen-24nov2014.pdf/view⟩. Acesso em: 16 out. 2016.

JUNIOR, R. D. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

KHALED JR., S. H. *O crime vende, mas quem está comprando?* Justificando, 2016. Disponível em: ⟨http://justificando.com/2016/09/03/o-crime-vende-mas-quem-esta-comprando/⟩. Acesso em: 16 out. 2016.

LOPES JR., A.; ROSA, A. M. da. *Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia? (parte 2)*. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: ⟨http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2⟩. Acesso em: 3 nov. 2015.

LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, A. C. L. *Prisões cautelares*. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PACELLI, E.; COSTA, D. B. da. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11*. São Paulo: Atlas, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. *Habeas Corpus nº 70006140693*. 2003. Disponível em: ⟨http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70006140693&num_processo=70006140693&codEmenta=602097&temIntTeor=true⟩. Acesso em: 16 out. 2016.

ROSA, A. M. d. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 190 p.

SANGUINÉ, O. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.