XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

MARILIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO

TULIO LIMA VIANNA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

C929

Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Gustavo Noronha de Avila, Marilia Montenegro Pessoa De Mello, Tulio Lima Vianna – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-080-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Criminologia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria e satisfação que apresentamos a coletânea de artigos discutidos no Grupo de Trabalho "Criminologias e Política Criminal", realizado durante o XXIV Congresso do CONPEDI, em Belo Horizonte.

Depois de dois anos de início de nossos trabalhos, podemos dizer que as discussões criminológicas têm ganhado cada vez mais espaço. Discutir as relações do crime com as liberdades, especialmente no que diz respeito às interdições realizadas pelo sistema penal, é agenda fundamental em uma sociedade cada vez mais marcada por controles.

Temos aqui um conjunto heterogêneo, mas bastante significativo, da produção criminológica nacional. Desde artigos vinculados às rearticulações dos realismo de esquerda com a segurança pública até aproximações com as perspectivas radicais/libertárias.

Em um espaço de discussão privilegiado e democrático, como é o CONPEDI, cremos ser fundamental o aprofundamento e a continuidade dessas discussões. Não seria possível alcançar esse objetivo sem a colaboração do Professor Nestor Eduardo Araruna Santiago e, especialmente, na edição ora apresentada, do Professor Álvaro Oxley da Rocha que, com maestria, auxiliou na coordenação dos trabalhos.

É com esse espírito efetivamente democrático, marcado pela solidariedade e pela seriedade acadêmica, que seguiremos em frente. Desejamos a todos ótima leitura.

Gustavo Noronha de Ávila

Marília Montenegro Pessoa de Mello

Túlio Vianna

A PENA DE PRISÃO NO BRASIL: CONTRADIÇÕES, DESPROPORCIONALIDADE E AUSÊNCIA DE ISONOMIA NA SUA APLICAÇÃO.

PENALTY OF PRISON IN BRAZIL: CONTRADICTIONS, DISPROPORTIONALITY AND ABSENCE OF ISONOMY IN ITS APPLICATION.

Emetério Silva de Oliveira Neto

Resumo

O presente estudo visa analisar, de forma crítica, a aplicabilidade da pena de prisão no Brasil. Defende que tal modalidade apenadora deve ser a exceção, exigindo uso dentro do paradigma da proporcionalidade. Mostra que a aplicação desse instituto, inobstante, tem gerado contradições no sistema penal brasileiro, com enormes prejuízos ao princípio fundamental da isonomia, bem como à proporcionalidade. Uma das razões está em que a prisão escolhe classe e crimes, tanto quando é aplicada quanto quando se busca a sua revogação. Diante dessa problemática, defende que a ilegalidade ou desnecessidade da pena de prisão seja analisada por todas as instâncias judiciais, garantindo-se a isonomia plena. Por fim, propõe um modelo de recurso obrigatório para os Tribunais Superiores das decisões que neguem liberdade, quando o apenado não tenha recursos financeiros para recorrer.

Palavras-chave: Pena de prisão, Isonomia, Proporcionalidade, Sistema penal, Recurso obrigatório

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze, critically, the applicability of the imprisonment in Brazil. It argues that this kind of penalty should be the exception, requiring use within the paradigm of proportionality. Shows that the application of this instrument has generated, nevertheless, some contradictions in the brazilian penal system, with huge losses to the fundamental principle of equality and proportionality. One reason is that the prison chooses class and crimes, both when applied as when is pleaded its repeal. Faced this problem, argues that the illegality or needlessness of imprisonment must be examined by all courts, guaranteeing full equality. Finally, the paper proposes a mandatory appeal model for the higher courts of decisions that deny freedom, when the prisoner has no financial resources to appeal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Penalty of prison, Isonomy, Proportionality, Penal system, Mandatory appeal

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte da hipótese de que a pena de prisão, também chamada de privativa de liberdade, uma vez mal aplicada gera contradições e desigualdades no âmago do sistema penal.[1] Isso ocorre em face de que a sobredita realidade, por vezes timbrada de desproporcionalidade, tende a menoscabar o princípio constitucional da isonomia.

Na *práxis*, verifica-se tal incongruência na medida em que a aplicação da prisão traduz a inoperância estatal frente ao *status quo*, ou seja, a barreira entre a infringência da norma incriminadora e a efetiva e igualitária resposta estatal via encarceramento, não importando quem seja o agente.[2]

Dentro deste contexto, o professor João Baptista Herkenhoff (1998, p. 93) escreveu: "a prisão, como se vê, tem um sentido classista, quer na fixação da pauta dos crimes, quer no real funcionamento, altamente discriminador, da Polícia e da Justiça".

De fato, basta uma análise perfunctória para se perceber que a medida de prisão é reiteradamente orientada por valores econômicos, políticos e sociais, em detrimento do Direito, com inescusáveis prejuízos à higidez do ordenamento jurídico[3], cujas normas se colocam à disposição de interesses e não a serviço da Justiça.

Diante desta realidade, não apenas o cidadão destituído de formação jurídica, mas também os profissionais e estudiosos do direito são tomados de perplexidade. Há, assim, uma desarmonia no seio do sistema repressor, que pune sistemática e indevidamente os componentes das categorias sociais mais desprivilegiadas, e, por outro lado, deixa de punir devidamente os integrantes do extrato social mais "elevado".

Em alguns casos, portanto, a aplicação da pena de prisão mostra, paradoxalmente, a fragilidade do sistema punitivo, produzindo, por consequência, efeitos deletérios e falhas ordinariamente apropriadas por poucos. Estes são rapidamente

---

[1] O "sistema penal" é aqui tomado como o controle social punitivo institucionalizado, que abrange desde a prática do delito até a sua *apenação*, pressupondo, ainda, a atividade normativa legiferante e a atuação dos agentes estatais. Para Zaffaroni, "em que pese o discurso jurídico, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas ações" (*In*: **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 69).

[2] Rara exceção pode ser encontrada na AP 470, que tramitou originariamente no Supremo Tribunal Federal (STF), transitou em julgado e levou ao cárcere, dentre outros, grandes nomes da política nacional.

[3] A chamada "Operação Lava-Jato", ainda em curso, também representa uma exceção em meio à regra geral, e tem, conforme se vê, dado uma conotação diversa à aplicação da medida de prisão, malgrado ainda não se saiba qual será o entendimento definitivo dos Tribunais Superiores (STF e STJ) sobre o uso desta medida naquelas situações, nem muito menos como ficará a questão da prisão como pena real, após o trânsito em julgado das possíveis condenações.

postos em liberdade sob o apanágio do sistema, com forte indicativo de que é possível a perpetração de injustiças e a paulatina degeneração do princípio fundamental da igualdade, ressumando dessa situação embaraçosa uma categoria diferenciada de indivíduos, a cujas aspirações a norma[4] resulta mais consentânea que às da categoria dos aqui apodados de desfavorecidos.

Por estas razões, não pode a prisão ser aplicada com base em critérios que a tornem excepcional não em face das regras e dos princípios constitucionais que determinam a sua excepcionalidade, mas por conta da pessoa a quem é direcionada, como sói acontecer em larga medida no Brasil.

O artigo, pois, busca enfrentar o problema e destarte apresentar possíveis respostas ou, quiçá, soluções, talvez com a necessidade de mudanças na legislação pátria.

Far-se-á uma análise da pena de prisão, desde a sua origem mais remota até os tempos modernos, observando-se a sua aplicação e revogação em *terrae brasilis* a par dos principais entendimentos dos Tribunais nacionais sobre a temática.

Pelo menos dois casos paradigmáticos, que tiveram ampla repercussão nos meios de comunicação, certamente por levarem ao cárcere pessoas de elevada posição social, serão analisados à luz da lei e dos princípios constitucionais, mormente os da proporcionalidade e da isonomia.

A despeito de a prisão ser uma opção em grande medida desnecessária, eis que, dentre outros motivos, assoma incapaz de resolver o problema crescente da criminalidade[5], o ponto nevrálgico da pesquisa vertente é a constatação de que a prisão, da forma que hodiernamente é utilizada pelas autoridades brasileiras tem servido, de um lado, como instrumento de opressão e de indignidade para uns[6] (maioria) e, do outro, de

---

[4] Eros Roberto Grau leciona que texto e norma não se identificam, pois o primeiro é o sinal linguístico e a segunda é o que se revela como resultado da interpretação produzido pelo intérprete (*In*: **Por que tenho medo dos juízes**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 37-38). No mesmo sentido, Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33.

[5] Michel Foucault, em 1975, observou que "as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta" (*In*: **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; trad. de Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 221).

[6] Pesquisas demonstram que a prisão, sobretudo a processual, é regra, além de ser mais duradoura para os destituídos de recursos econômicos, sociais e políticos. É consabido, a partir, inclusive, de dados do CNJ (Cf. Relatório de 2009, disponível em http://www.cnj.jus.br, acesso em 12 de março de 2014), que há, no Brasil, uma incomensurável população carcerária composta de presos provisórios, a maioria pobres, sem que as autoridades competentes, em muitos casos, se compadeçam das suas situações.

indício de injustiça[7] para outros[8] (minoria), redundando, assim, flagrantemente em meio violador do princípio da isonomia, e não em apaziguador social.

2 LIGEIRAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PENA DE PRISÃO

2.1. Histórico da pena de prisão

Sobre a necessidade da preservação da liberdade do homem, a despeito dos distúrbios e desigualdades de sua época, Jean-Jacques Rousseau (1996, p. 9) vaticinou que "o homem nasceu livre e por toda a parte ele está agrilhoado. Aquele que se crê senhor dos outros não deixa de ser mais escravo que eles". E prossegue dizendo que, sem prejuízos ao contrato social, enquanto um povo é forçado a obedecer, e obedece, faz bem, e melhor ainda se, podendo sacudir o jugo, o sacode.

Com efeito, a liberdade, embora seja direito inato a todos, universal ou natural, ao longo da história nem sempre recebeu esse entendimento. Ao contrário, representou, no início, uma conquista paulatina dos fracos contra os fortes e, *a posteriori*, do cidadão frente o Estado.

Tendo por base este último aspecto, diz-se que o direito penal funciona como instrumento de dominação nas mãos do Estado, a quem compete manter a ordem social, no mais das vezes assegurada imperceptivelmente por legislações meramente simbólicas, que funcionam apenas diante dos marginalizados, criminalizando-os, e desta forma levando uma falsa sensação de tranquilidade aos setores sociais hegemônicos (ZAFFARONI, 2004, p. 76-78).

Ao longo da história da humanidade, a prisão, *per si*, nem sempre serviu como medida de caráter punitivo, como pena propriamente dita. Sabe-se que na Grécia e Roma antigas, por exemplo, a prisão funcionava eminentemente como custódia, para obstar que o acusado (ou culpado) viesse a subtrair-se do castigo definitivo (BITENCOURT, 2004, p. 8).

---

[7] Indício de injustiça porque essa minoria (rica e poderosa) obtém liberdade nos Tribunais Superiores com a maior rapidez, o que num primeiro momento leva a crer que a prisão decretada foi indevida e legal, portanto injusta.

[8] Doutra banda, vê-se que a prisão, sobretudo a processual, é exceção, além de ser breve para os que têm recursos econômicos, sociais e políticos. Exemplo recente é o Inquérito Criminal de n.º 0000653-72.2014.8.06.0000, com competência originária do TJCE, no qual são investigados crimes gravíssimos cometidos contra a administração pública do Município de Aiuaba – CE, sendo que nos autos deste inquérito o Relator decretou a prisão preventiva do prefeito municipal, dentre outras pessoas. Sabe-se, contudo, que tão só 15 (quinze) dias após o mesmo Tribunal revogou a prisão, pondo em liberdade o citado político. Não são questionadas neste caso as razões jurídicas que levaram a decretação e posterior revogação da prisão preventiva do preso, mas unicamente a sua manifesta ineficiência ou pouca valia.

A antiguidade, portanto, desconhecia a privação de liberdade como sanção penal autônoma, pois naquela época as modalidades punitivas eram outras e cifravam-se basicamente em penas de morte, corporais diversas da prisão e infamantes.

Ao defender a restrição da liberdade apenas em situações extremadas[9], César Bitencourt afirma acertadamente que "a prisão foi sempre uma situação de grande perigo, um incremento ao desamparo e, na verdade, uma antecipação da extinção física" (2004, p. 5).

A realidade em exame, indisfarçável na Idade Antiga, se perpetuou, como regra, durante a Idade Média[10] e começo da Moderna (BITENCOURT, 2004, p. 14-21), gerando uma situação através da qual a liberdade do indivíduo era cerceada até a execução da sentença. Mas a pena de morte não perduraria *ad aeternum* como regra nos sistemas penais por diversos fatores, dentre eles o de que o aspecto dissuasório avultava ineficiente.

Para Bitencourt (2004, p. 29), "a crise da pena de morte deu origem a uma nova modalidade de sanção penal: a pena privativa de liberdade, uma grande invenção que demonstrava ser meio eficaz de controle social".

O professor René Ariel Dotti, no mesmo caminhar, ensina que "a prisão como pena propriamente dita surge como sucessória às penas de multa, trabalhos forçados e os diversos tipos de banimento" (1998, p. 42).

Segundo Dotti (1998, p. 43) nos séculos XVII e XVIII havia castigos cruéis, torturas e inquisições e o aviltante espetáculo público, ao passo que a partir do início do século XIX o cárcere tornou-se a principal forma de punição. O mesmo relato é feito por Michel Foucault (2008, p. 195-198).

Em sua obra prima *Dos Delitos e das Penas*, Cesare Baccaria se insurgiu contra a prática de torturas, as penas de morte e de banimento, bem como contra as acusações secretas, em iniludível libelo às desumanas leis de sua época.

No mesmo sentido, acusou a existência de inúmeras prisões desumanas. Baccaria (2008, p. 26), muito percucientemente, lavrou o seguinte acerto:

> À proporção que as penas forem mais suaves, quando as prisões deixarem de ser a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade adentrarem as celas, quando, finalmente, os executores

[9] O autor propõe o aperfeiçoamento da pena privativa de liberdade, quando esta se afigurar necessária, e a sua substituição por outra medida, quando possível e recomendável (*In*: **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2).

[10] Segundo Bitencourt, "durante todo o período da Idade Média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece" (*op. cit*., p. 9).

> implacáveis dos rigores da justiça abrirem o coração à compaixão, as leis poderão satisfazer-se com provas mais fracas para pedir a prisão.

De seu turno, Michel Foucault, já no século XX, sem olvidar de outras práticas punitivas, se debruça sobre a prisão enquanto modalidade independente de pena e meio central da punição criminal, criticando a ideia vigente em sua sociedade de que a prisão, comparativamente a outras modalidades retribuidoras, era método humano de cumprir a pena. Acentuava Foucault (2008, p. 214), nesse diapasão, que a prisão era a região mais sombria do aparelho de justiça.

A prisão, na qualidade de medida punitiva, ganha, com o passar do tempo, previsão independente nas leis de diversos países, tendo a finalidade precípua de resolver problemas crescentes e pulverizados de violência.

A sua característica é predominantemente retribuidora[11], e configura uma espécie de política criminal[12] do Estado, que visa estabelecer critérios punitivos diferenciados para cada tipo de infração, sem descurar da análise individualizada das características do infrator.

Nessa esteira, Claus Roxin leciona: "somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada" (1991, p. 28).

Mais modernamente, introjetou-se no direito penal a ideia segundo o qual a pena de prisão deve ter caráter supletivo (*ultima ratio*), porquanto sua utilidade reserva-se unicamente às situações de extrema necessidade e gravidade, portanto quando seja imprescindível à manutenção da ordem social (MENDES, 2011, p. 156), o que ocorre quando outros setores do direito não têm condições de sanarem o problema.

Até porque, consoante pontuado por Luis Rodriguez Ramos (1975, p. 361), se "el Derecho Penal no es el instrumento único, ni el más importante, em la prevención general de la delincuencia", mais ainda não deve sê-lo a medida restritiva de liberdade.

2.2. Pena de prisão no Brasil

A pena de prisão, na atual quadra, conforme prevê a legislação brasileira, pode ser consequência de uma sentença condenatória irrecorrível ou uma medida de caráter provisório, acautelador, quando decretada pela autoridade judiciária no curso de

---

[11] Jeremy Bentham admitia como efeito preponderante da pena o preventivo e em segundo plano o correcional (Cf. Bitencourt, *op. cit.*, p. 46).

[12] Segundo Zaffaroni, consagrado penalista argentino, política criminal "é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela" (*op. cit.*, p. 129).

uma investigação ou do processo criminal instaurado, porém ainda não definitivamente julgado.

No Brasil, a prisão é, à luz da vigente legislação, a mais grave consequência jurídica ante o cometimento de um crime, e é dotada de características que inviabilizam o seu uso em face de crimes considerados pelo ordenamento leves ou de menor potencial ofensivo[13] e para outros que, sobre serem mais gravosos, as penas *in concreto* lhes aplicadas não venham a ultrapassar determinadas barreiras quantitativas.

A Constituição Federal de 1988 admite unicamente a prisão de natureza temporária, vedando, pois, a pena de prisão perpétua (art. 5, inciso XLVII, "b"). Na mesma esteira proíbe penas de morte[14] (à exceção da previsão constante do artigo 84, inciso XIX de seu texto), de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

No período colonial, as Ordenações Afonsinas e Manuelinas, que vigeram no território brasileiro, previam, na esteira do que se praticava na Europa, a pena de prisão, porém com caráter preventivo, onde o objetivo era evitar a fuga do autor do crime até o seu julgamento (DOTTI, 1998, p. 41-44).

Já no Império, o Código Criminal de então previa como penas a prisão com trabalho e a prisão simples, onde a primeira obrigava os réus a se ocuparem diariamente no labor e a segunda obrigava os réus a permanecerem reclusos (DOTTI, 1998, p. 52-54).

Na República as modalidades de prisão se ampliaram e se agravaram, cabendo ressaltar que ao longo de todos esses anos permaneceu como tipo independente de pena, seja nos tempos de ditadura, seja nos períodos de democracia.

O atual Código Penal, em seu artigo 32, prevê, no geral, que as penas podem ser privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa.

Há duas espécies de pena privativa de liberdade ou prisão, a saber, reclusão e detenção. A pena de reclusão deve ser cumprida no regime fechado, semi-aberto ou aberto e a de detenção em regime semi-aberto ou aberto, com a possibilidade de haver regressão para o regime fechado.

---

[13] O artigo 61 da Lei n.º 9.099/1995 diz que "consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa".

[14] René Dotti lembra que a pena de morte era prevista nas ordenações filipinas (aplicadas no Brasil) para mais de 70 (setenta) tipos de infrações, reduzidas para três (crime de insurgência de escravos, homicídio agravado e latrocínio) com o advento do Código Imperial de 1830, tendo sido largamente utilizada até o ano de 1855. Voltou com a Carta de 1937 (crimes políticos e homicídio qualificado), porém nunca foi aplicada (Cf. DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 108).

O artigo 295 do CPP, com as modificações implementadas pela lei n.º 10.258/2001, trata da prisão especial, aplicada a determinadas autoridades antes da sentença penal transitada em julgado.

Os artigos 317 e 318 do mesmo diploma legal, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011, cuida da prisão domiciliar, a ser aplicada para acusados ou indiciados que estejam em situações especiais.

A pena de prisão pode ser cumprida em três regimes diversos, a depender da gravidade do crime e da pena *in concreto* aplicada. Contudo, o mais importante para esta pesquisa é saber em quais circunstâncias a prisão pode existir (ou subsistir), que são: resultado de uma sentença condenatória irrecorrível ou consequência de um decreto judicial provisório.

Nesse conspecto avultam em importância duas modalidades prisionais de cunho provisório, a saber: a prisão temporária e a prisão preventiva. A prisão temporária está prevista na Lei n.º 7.960/1989, sendo cabível: a) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; b) quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; e c) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado em crimes gravosos, como homicídio doloso e tráfico de drogas.

Já a prisão preventiva está estabelecida no Capítulo III do Título IX do CPP, podendo 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 (artigo 312).

Sobre os requisitos da prisão preventiva, Eugênio Pacceli de Oliveira (2007, p. 433) é categórico em afirmar que,

> Não basta a fundamentação judicial da autoridade competente. Como se trata de medida restritiva de direito, a sua decretação deve estar expressamente prevista em lei, não podendo o juiz afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias e/ou situações que coloquem em risco a efetividade do processo e da jurisdição penal.

Dessume-se da legislação brasileira que conquanto tenha a provisoriedade como característica intrínseca, não há marco temporal prefixado para a durabilidade da prisão preventiva. De modo que o juiz poderá revogá-la se no curso do processo verificar a falta de motivo para que subsista ou novamente decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem (artigo 316).

Resta perceptível que os requisitos da prisão preventiva são basicamente subjetivos, bem como que há vácuo legislativo no que concerne ao prazo de sua duração. Por tais razões, o magistrado precisa ter bastante cuidado ao utilizar este tipo de pena, a fim de evitar contradições e para não ferir o princípio constitucional da isonomia, decidindo desproporcionalmente por prisões.

Apesar de ser defeso ao Direito funcionar como meio de desigualação dos cidadãos, há por vezes incongruências no sistema penal, que levam a desequiparações ilegítimas, sobretudo em países subdesenvolvidos, como é o caso do Brasil.

Essa realidade, que precisa ser combatida com veemência, é observada quando o Poder Judiciário, presentes as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas, decide diferentemente, pautado por valores externos ao ordenamento jurídico, em afrontoso ataque à fórmula do Estado Democrático de Direito.[15]

2.3. Dos casos concretos emblemáticos

O estudo do que se chama, neste tópico, de casos emblemáticos, tem por fito evidenciar a diferença de tratamento dispensada pelos Tribunais Superiores brasileiros quanto à aplicação/manutenção da pena de prisão, a depender do *status* do apenado.[16]

Em paradigmático e polêmico *habeas corpus*[17], de Relatoria do Min. Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou, no mérito, liminar deferida pelo

---

[15] A professora Ana Elisa Bechara assevera, acertadamente, que "não se pode entender o Estado Democrático de Direito sem estabelecer seu conteúdo e significado a partir dos direitos inerentes a todos os indivíduos que o conformam" (*In*: MENDES, Gilmar Ferreira; *et al* (coordenadores). **Direito penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 189).

[16] Recentemente, o respeitado jurista Celso Antonio Bandeira de Mello, que escreveu elogioso trabalho acerca do conteúdo jurídico do princípio da isonomia, obra essa usada em alguns pontos deste trabalho, sobre as medidas de prisões aplicadas no âmbito da operação lava-jato deu declarações surpreendentes, como a seguinte: "o que tem sido noticiado é empresário sendo preso e submetido a condições muito insatisfatórias. Vamos ser realistas, se você viveu numa favela, sua condição de vida é uma. Se você está acostumado a um mínimo de privacidade e o colocam numa cela que só tem um buraco [sanitário] sem porta, você está sendo torturado. Colocar alguém nessas condições é submetê-lo a tortura psicológica" (Cf. Sítio: http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1649005-prisoes-da-lava-jato-sao-usadas-para-coagir-diz-jurista.shtml, acesso em 19/08/2015).

[17] Trata-se do HC 950090/SP, com a seguinte Ementa: "Habeas corpus. Constitucional e processual penal. Corrupção ativa. Conversão de hc preventivo em liberatório e exceção à súmula 691/STF. Prisão temporária. Fundamentação inidônea da prisão preventiva. Conveniência da instrução criminal para viabilizar a instauração da ação penal. Garantia da aplicação da lei penal fundada na situação econômica do paciente. Preservação da ordem econômica. Quebra da igualdade (artigo 5º, caput e inciso I da Constituição do Brasil). Ausência de fundamentação concreta da prisão preventiva. Prisão cautelar como antecipação da pena. Inconstitucionalidade. Presunção de não culpabilidade (artigo 5º, LVII da Constituição do Brasil). Constrangimento ilegal. Estado de Direito e direito de defesa. Combate à criminalidade no Estado de Direito. Ética judicial, neutralidade, independência e imparcialidade do juiz. Afronta às garantias constitucionais consagradas no artigo 5º, incisos XI, XII E XLV da Constituição do Brasil. Direito, do acusado, de permanecer calado (artigo 5º, LXIII da Constituição do Brasil). Conversão de habeas corpus preventivo em habeas corpus liberatório. Fundamentação inidônea. Ordem concedida".

Min. Gilmar Mendes, assegurando liberdade ao acusado Daniel Dantas, oportunidade em que reiterou entendimento do Tribunal acerca dos critérios para o decreto e manutenção da prisão preventiva.

Com efeito, a prisão *in tela* teve como um de seus mais importantes fundamentos a garantia da ordem econômica, e o Sr. Min. Rel. esclareceu, em seu voto, que decretar prisão preventiva com apoio neste requisito pode gerar efeito violador ou quebra da igualdade, no sentido de o rico sofrer gravame em sua liberdade exatamente por ser rico e o pobre está isento de tal gravame exatamente por ser pobre.

Naquela oportunidade, outrossim, o STF assentou, em decisão muito bem fundamentada, que a prisão cautelar não pode servir como antecipação da pena, fazendo loas ao princípio constitucional da presunção de inocência e aventando riscos de uma vez decretada ao alvedrio dos requisitos legais, ter-se a prisão preventiva por arbitrária, já que violadora de direitos basilares. Segundo o *decisum*, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade e a prisão, a exceção. Por fim, restou evidenciado que faz-se mister a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade individual em prol da viabilidade do processo.

Mas há uma pergunta a se fazer: a decisão em análise estaria isenta de subjetivismo ou de ponderação? Com efeito, possivelmente não menos do que a que decretou a prisão preventiva do paciente, por sustentar-se *tout court* em premissas talvez não tão objetivas quanto a uma primeira vista pareçam ser.

Contudo, o professor Eros Grau (2013, p. 22), após afastar-se do STF, mudou alguns posicionamentos que defendia e aplicava em seus julgamentos, afirmando mais recentemente que,

> Insisto neste ponto: juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça; estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na ponderação entre principios – isto é, na arbitrária formulação de juízos de valor – a segurança jurídica estará sendo despedaçada!

Outro caso emblemático de decretação de prisão preventiva e rápida revogação (mormente quando comparado a outras situações corriqueiras de presos Brasil afora), em que o Judiciário analisou com profundidade e critério os requisitos da prisão preventiva – o que nem sempre ocorre –, é o *habeas corpus* n.º 0077187-02.2012.4.01.0000, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), que concedeu ordem de liberdade ao paciente conhecido por “Carlinhos Cachoeira”, que tinha grande infiltração nos mais diversos estratos políticos nacionais.

O relator do *writ*, naquele momento, frisou que "no nosso ordenamento jurídico, não existe prisão preventiva quantificada em tempo", bem como que se ao menos um dos requisitos estabelecidos no artigo 312 do CPP não estiver presente, ainda que novo seja o estágio processual, não há que ser decretada a prisão cautelar.

Cita-se, ainda, a "operação lava-jato", deflagrada no ano de 2014 pela Polícia Federal e que levou à prisão diversas pessoas de elevada posição social, as quais são investigadas por diversos delitos graves, dentre eles lavagem de dinheiro, crimes contra o sistema financeiro, etc., fato esse que gerou "espetáculo público" e repercussão junto à mídia, mas pouco tempo após as prisões preventivas, o Relator da Reclamação (RCL) 17623, no STF, analisando cuidadosamente o caso, em decisão pautada por argumentos jurídicos aceitáveis, sendo o principal deles a incompetência do magistrado de primeiro grau para processar e mandar prender os acusados, é dizer, violação ao artigo 102, inciso I, "b", da CF/88, ordenou, num primeiro momento, a soltura do suposto chefe da quadrilha investigado numa das muitas fases de que a mencionada operação vem se compondo ao longo dos últimos meses.

Com efeito, em todos os casos analisados os acusados, presos provisoriamente e rapidamente postos em liberdade, foram representados em juízo por bons advogados, que levaram seus pleitos de liberdade às mais sofisticadas instâncias de justiça do País (TRF1 e STF), onde, em regra, há estudo consideravelmente mais criterioso das situações processuais dos réus[18], máxime quando em jogo a liberdade de locomoção de pessoas influentes.

Destarte, indaga-se: serviria o instituto da prisão, nessas situações, para evidenciar que comumente as instâncias inferiores do Judiciário cometem falhas ou para atestar as contradições do sistema penal, vazadas numa brutal desigualdade, na medida em que a poucos (detentores de recursos econômicos, políticos e sociais) é facultado o acesso às instâncias superiores e a garantia da eficácia dos direitos fundamentais, e a muitos (pobres ou hipossuficientes) sobrerresta a inviabilidade do acesso à justiça, do que redunda, por vezes, antecipação de pena, portanto violação continuada de direitos e garantias constitucionais?

Diante dessas contradições, o PLS 156/2009, que trata sobre o novo Código de Processo Penal, a ser aprovado pelo Congresso Nacional em futuro ainda incerto,

[18] Réu é a pessoa que já foi condenada pela justiça, mesmo que a sentença não seja definitiva; acusado é a pessoa que responde a processo perante a justiça, sem julgamento ou pronúncia; e indiciado é a pessoa contra a qual foi instaurado inquérito policial (Cf. HERKENHOFF, João Baptista. **Crime: tratamento sem prisão**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 47).

prevê prazos determinados[19] para a duração da prisão preventiva (artigo 545), numa clara tentativa de resolver o problema da incerteza e subjetividade[20], proporcionando ao cidadão um maior garantismo (e também segurança jurídica) e ao processo mais eficiência, em abono aos princípios da proporcionalidade e da isonomia.

3 UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Observou-se, após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o fenômeno da constitucionalização dos princípios, tidos como valores humanos irrenunciáveis. Assim, os princípios, uma vez constitucionalizados, se tornaram a chave de todo o sistema normativo (BONAVIDES, 2006, p. 258), galgando, neste, um grau de superlatividade nunca dantes visto.

Para Paulo Bonavides (2006, p. 288-289), os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo e graças aos mesmos os sistemas constitucionais granjeiam unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa, e, no mesmo passo, os princípios, "enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica".

Com efeito, sendo como é a igualdade um direito fundamental, e considerando-se os direitos fundamentais como princípios jurídicos, pode-se asseverar que a igualdade é um princípio de normatividade inconcussa, projetando efeitos jurídicos perante todas as situações do mundo vivido.

Robert Alexy (2012, p. 43), em obra de grande repercussão, afirma que os direitos fundamentais de um lado são direitos individuais e, de outro, princípios objetivos. A isonomia, por este ângulo, apresenta-se como norma garantidora da equiparação dos direitos individuais, os quais são de aplicação imediata e de eficácia plena.[21]

---

[19] Na exposição de motivos o Relator afirma que "o anteprojeto, enfrentando os riscos decorrentes da estrita observância dos comandos constitucionais, propõe duas faixas de prazos: uma para os crimes com pena privativa de liberdade inferior a 12 anos; outra para crimes cujas penas igualam ou superam tal parâmetro".

[20] Francesco Carnelutti (1879-1965), homem a frente de seu tempo que foi, demonstrou enorme preocupação com o problema da indeterminação da pena, onde defendia, como critério, que a uma ameaça grave deveria corresponder a aplicação de uma pena justa (*In*: **Teoría general del delito**. Trad. W. Roces. Espanha: Editorial Reus, p. 48-54).

[21] De acordo com José Afonso da Silva, "as normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa" e "são de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade" (*In*: **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101-102).

Ainda, conforme Alexy (2012, p. 90), os princípios, enquanto *mandamentos de otimização*, seriam normas que ordenam a realização na maior medida possível dos direitos constitucionais, consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas. Sob essa perspectiva, pois, deve ser entendido o princípio fundamental da igualdade.

Hodiernamente, há autores que defendem deva a igualdade funcionar ora como regra (quando proíbe tratamento discriminatório) ora como princípio (quando institui a igualdade como fim a ser fomentado) e, noutras circunstâncias, como postulado específico, orientando a aplicação do direito, uma vez que a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado (HUMBERTO ÁVILA, 2013, p. 171-172).

A Constituição Federal de 1988 determina expressamente que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)" (artigo 5º, *caput*).

Observa-se, no entanto, que a ideia da igualdade entre todas as pessoas nem sempre foi aceita, ou mesmo uniformemente ensinada na história da humanidade. Platão e Aristóteles, por exemplo, não acreditavam na igualdade entre os homens. Estes pensadores, conforme cediço, admitiam a escravidão, que à época era entendida como condição natural ou essencial de certos indivíduos.

Todavia, ainda na antiguidade clássica, por via do pensamento sofístico, que considerava os homens biologicamente iguais, o sentimento de igualdade ganhou força, pois como proclamava Antífon, importante voz do seu tempo contrária às diferenças de classe baseadas no preconceito convencional, os homens "por natureza são todos iguais, quer sejam bárbaros ou helenos" (CANOTILHO, 2003, p. 381).

A concepção de igualdade mais próxima da atual data da *Magna Charta*, imposta pelos *Barões* ao rei João Sem Terra (1215), instrumento que nasceu com o objetivo de, garantindo direitos aos indivíduos, por freios ao poder excessivo do monarca.

Ruy Barbosa (1997, p. 26), em *Oração aos Moços*, sobre o princípio da igualdade assinalou que,

> A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

A despeito da evolução angariada material e formalmente, não pode, a ideia de igualdade, ensimesmar-se e assim desprezar ou desconsiderar o princípio da diferença, corolário das disposições de ordem natural, que levam, por exemplo, as diferenças de capacidade entre as pessoas.

As pesquisas desenvolvidas pelo filósofo John Rawls (2008, p. 629) acerca da justiça como equidade vão exatamente à contramão desta visão unidimensional. É o que se dessume de seguinte passagem do Autor, *verbis*:

> A capacidade mínima para o senso de justiça garante que todos tenham direitos iguais. As reivindicações de todos devem ser julgadas segundo princípios de justiça. A igualdade tem o apoio de fatos gerais da natureza, e não apenas de uma norma procedimental sem força substantiva. A igualdade também não pressupõe a avaliação do valor intrínseco das pessoas (...).

Assim, pode-se dizer que o sentido de igualdade aponta para a conclusão segundo a qual os cidadãos são iguais em virtude não só de existirem, mas também de possuírem capacidades que possibilitam a participação e cooperação na sociedade, em que "todos aqueles que satisfazem essa condição têm os mesmos direitos e liberdades fundamentais, as mesmas oportunidades básicas e goza da mesma proteção propiciada por princípios de justiça" (RAWLS, p. 94).

O professor J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 428), preocupado com a justiça da (e na) igualdade, se expressa nos termos subsequentes:

> Existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária.

Nesse diapasão, Canotilho (2003, p. 426) verbera que a igualdade é um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais. O Autor trata a igualdade a partir de várias vestimentas e numa delas acentua a igualdade na aplicação do direito, que consiste na ideia de se aplicar as leis sem olhar as pessoas às quais são aplicadas.

Já Paulo Bonavides (2006, p. 564) evidencia que os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão nasceram abraçados ao princípio da igualdade, daí que a igualdade figura como garantia das conquistas sociais.

Mas o alcance da igualdade se restringiria unicamente ao nivelamento dos cidadãos perante a lei existente ou posta? Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 9) entende que além deste importante aspecto, a isonomia dirige-se ao legislador, a quem é defeso editar atos normativos em sua desconformidade ou que d'algum modo a contrarie.

Com isso, o princípio em análise deve ser considerado sob dois prismas: o da *igualdade perante a lei* e o da *igualdade na lei*, sendo esta o limite para a própria lei, a quem cumpre assegurar o núcleo essencial da igualdade, inobstante possa estabelecer certos critérios discriminatórios, o que há de ser feito dentro de molduras que venham a respeitar as diferenças, sem malferir o tratamento uniforme que a todas as pessoas deve ser dispensado, mantendo íntegra a ideia central, que anima e vivifica o princípio.

Trilhando essa linha e com inegável acuidade, Celso Antônio (2013, p. 47) diz que pode haver violação ao princípio constitucional da isonomia em cinco hipóteses, sendo as principais as seguintes:

> A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada; a interpretação da norma extrai dela distinções, discrímens, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

O princípio da igualdade, assim, dirigido ao órgão legislativo, obstaculiza a criação de desigualdades destituídas de justificação em fundamentos reais, plausíveis e racionais (BONAVIDES, 2004, p. 127).

À luz do visto, colige-se que o fito da isonomia é evitar *discrímens* absurdos, tanto por parte do legislador, ao editar leis, quanto pelo Poder Judiciário[22], ao tratar de situações concretas, mormente quando envolvidos direitos sensíveis como a liberdade de locomoção, e sobreposse quando esta venha a ser restringida por decisão precária, passível de ser revertida por uma instância superior do Judiciário.

4 QUANDO A PENA DE PRISÃO VIOLA A ISONOMIA E A PROPORCIONALIDADE

A prisão, já se disse, é medida séria, cuja aplicação há de ser, *ipso facto*, supletiva. Até porque não é a penacéia para a criminalidade como alguns setores sociais afirmam equivocadamente ser. De igual modo, não foi forjada com o escopo de se destinar seletivamente para grupos sociais específicos, o que seria rechaçado pela ideia de isonomia precedentemente delineada.

O vertente estudo, portanto, almeja fundamentalmente demonstrar que, acaso mal aplicada, a prisão pode adversar o princípio constitucional da isonomia, e destarte minar um dos sustentáculos do Estado de Direito. O mesmo problema ocorrerá em caso de opor-se indevido obstáculo à liberdade do atingido pela medida *in tela*.

[22] E também pelo Poder Executivo nas situações que sejam de sua específica alçada.

Nesse sentido, a própria Constituição Federal estabelece um sistema coeso de valores, cuja dimensão objetiva é garantida por princípios como os da isonomia e da proporcionalidade, os quais aparecem, segundo Willis Santiago Guerra Filho (2004, p. 90), como:

> Engrenagens essenciais do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em dada sociedade, sendo, portanto, indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais, donde podermos incluí-los na categoria, equiparável, das "garantias fundamentais".

Delineados os fundamentos teóricos que animam a existência e a aplicabilidade da pena de prisão, vê-se que os resultados da incidência deste instituto penal são bem diversos do almejado.

Segundo o magistério de Zaffaroni (2013, p. 116), a legislação penal possui efeitos simbólicos e serve à manutenção do *status quo*, de modo que reiteradamente se afigura inapta a atingir os membros das classes sociais hegemônicas.

O termo simbolismo, para Marcelo Neves (2008, p. 5), tem a conotação de ambiguidade e vagueza, uma vez que desloca os sentidos para várias esferas de significação. Uma norma simbólica, assim, existe quando há hipertrofia do seu significado latente em detrimento do significado manifesto ou normativo-jurídico.

Partindo das lições do professor Marcelo Neves (2008, p. 25-27), segundo as quais quase toda disposição jurídica tem forte carga simbólica, sobretudo as de natureza constitucional, pois a falta de um mínimo de força simbólica impede a força normativa, visto que deve haver cooperação entre os entes político-simbólico e normativo-jurídico, pode-se afirmar que essa *problemática*, por vezes necessária, conforme assevera o autor, é verificada no seio do princípio da isonomia.

Nessa tessitura, o maior problema ocorre quando se trata da universalização dos direitos fundamentais, pois muitas vezes o texto constitucional é deturpado pragmática e semanticamente no processo concretizador, com efeitos degenerativos aos contornos normativos do texto constitucional (NEVES, 2008, p. 90-94).

Tal sucede, por exemplo, quando as vistas se voltam para a prática judicial corrente, em que prisões preventivas são decretadas em desobediência aos critérios constitucionais e legais, garantindo-se destarte o mero simbolismo da pena[23], pois em tais situações o fim desta não é alcançado, e isso por dois fatores relevantes, quais sejam: 1) a restrição de liberdade seletiva ou destituída de fundamentos mínimos viola

[23] Mostra-se à sociedade a existencia de prisões concretas, porém não é mostrado em que circunstâncias tais prisões ocorreram, quem foi preso e quem está deixando de sê-lo, bem como porque essas contradições existem.

os princípios da isonomia e da proporcionalidade; 2) a pena de prisão, isoladamente, não resolve o problema da criminalidade.

Portanto, afigura-se que a prisão, posto que não atinja os seus fins precípuos, está alicerçada em um sistema jurídico-penal reprodutor de um falso discurso, um disfarce para maquiar a real conjuntura de violência e, bem assim, de desprezo pelas autoridades aos mais comezinhos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, mormente dos excluídos.

Sobre o tema, Eugenio Zaffaroni (2014, p. 15) se manifestou nos termos seguintes:

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

Do exposto, tem-se que o sistema de controle social, cuja instituição central é a prisão, esconde os reais objetivos de repressão política das classes dominadas, sob a aparência ideológica de proteção geral, correção pessoal, prevenção e repressão ao crime (SANTOS, 2008, p. 90). Com a palavra, Juarez Cirino dos Santos:

> Na verdade, a "gestão diferencial" da criminalidade, que promove o recorte jurídico e a repressão concreta de uma "ilegalidade fechada, separada e útil", inculca uma "legalidade de base" nas classes trabalhadoras e, assim, assegura as condições materiais e político-jurídicas da sociedade capitalista, permitindo ou tolerando a criminalidade econômica e política das classes dominantes. (2008, p. 90).

Em última instância, essa realidade traz à superfície o grave problema que aflige o Estado brasileiro, que se refere às relações de exclusão e de inclusão (NEVES, 2008, p. 76-77), vazadas no binômio: dependência *versus* acesso (a um sistema social).

A exclusão, segundo Marcelo Neves, pode ser de duas ordens: 1) exclusão por baixo, que revela o subincluído, ou seja, aquele que tem dependência, porém não tem acesso; e 2) por cima, que revela o sobreincluído, isto é, quem tem acesso aos benefícios sociais, mas não sofre as restrições dos sistemas estatais, estes incapazes de imporem as suas restrições para determinados setores e de abrirem os seus benefícios para outros.

Na seara do direito penal, tal fato gera caráter implosivo para as suas estruturas, e as relações que se apresentam são: de sobrecidadania, em que direitos e prerrogativas são apropriados por determinados setores, que não contam com os deveres e restrições das responsabilidades estatais; e de subcidadania, em que grandes grupos de

pessoas não têm acessos aos direitos e prerrogativas, mas o sistema repressivo estatal funciona rigidamente em relação e eles (NEVES, 2008, p. 173-176).

Nesse campo, a isonomia é ferida de morte, uma vez que o sistema repressivo utiliza as suas mais potentes armas contra os mais impotentes cidadãos, os subincluídos, os quais, malgrado por um lado sofram pesadas restrições de cunho social, por outro recebem impiedosas e desproporcionais injunções do aparato sancionador do Estado, que deliberadamente os escolhem para puni-los. Com isso, há patente quebra da ideia de contrato social pautado pela justiça e equidade proposta por John Rawls.

Essa conjuntura clarividencia que os órgãos de investigação, bem como o próprio Judiciário claudicam, pois no mais das vezes não militam em prol da igualdade de tratamento em dois momentos cruciais: o da prisão e o da liberdade do encarcerado.

Nesse diapasão, o sistema penal sob o qual fulcra-se a pena de prisão assoma como que deslegitimado e até mesmo carente de racionalidade, merecendo, qual proposto por Zaffaroni na obra intitulada *Em busca das penas perdidas*, uma ingente releitura, do modo a torná-lo mais consentâneo à realidade social.

5 A *PRÁXIS* DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

A manutenção do falso discurso no seio do sistema penal[24] brasileiro leva, como externalidade negativa, a que não haja a devida preocupação por parte do governo e da sociedade como um todo quanto ao íntegro funcionamento desse sistema. A própria prisão não tem recebido o estudo e a atenção que definitivamente merece (BITENCOURT, 2004, p. 168).

De mais a mais, inexistem políticas públicas voltadas para o setor punitivo, com foco específico para a prisão. Não se observa, ademais, a existência de dados precisos que de forma imparcial desnudem as deficiências da legislação penal, marcada pela ausência de critérios quanto à aplicação pelo Judiciário dos institutos sancionatórios, como sói acontecer com o da prisão preventiva.

Em verdade, a constatação empírica evidencia que, em grande parte, os órgãos que compõem o sistema penal não agem pautados por um viés assecuratório de direitos, apto a promover, a um tempo, a harmonização entre os direitos individuais e a

[24] Sistema penal como o conjunto de agencias que operam no exercício do poder punitivo (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 418).

segurança social, entre o Poder e o Direito, a partir de vasos comunicativos entre tais esferas.

Ora, o sistema penal tem duplo aspecto, uma vez que também exerce a função de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Nesse sentido, Ana Elisa Bechara (MENDES, 2011, p. 153) traz os seguintes argumentos:

> De outro lado, o sistema penal exerce também uma função de proteção dos direitos fundamentais, por meio da incriminação de comportamentos, no contexto de um movimento duplo, afirmando positivamente valores e atribuindo sentido delitivo à sua transgressão, tudo com o fim de resguardar a segurança e a convivência harmônica no âmbito de determinada sociedade.

Para a autora, o Estado deve restringir a liberdade do indivíduo o mínimo possível, em respeito a sua dignidade, havendo, assim, como que uma autolimitação ou autocontenção dos poderes públicos (MENDES, 2011, p. 161).

Contudo, *quid iuris* se, conforme visto, o sistema repressor brasileiro é discriminatoriamente seletivo desde as suas origens?

Exemplo disso é coligido por uma análise pouco detida dos tipos penais e das consequências advenientes do cometimento de cada espécie de crime, a depender do autor.

Os crimes de furto e de roubo (ditos *sujos*), previstos, respectivamente, nos artigos 155 e 157 do Código Penal, por exemplo, quem os pratica com maior frequência, em que medida a lei é aplicada e qual a eficácia da pena de prisão para os autores (quase sempre apenas acusados) desses delitos?

De outra banda, os crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral (Cap. I do Tít. XI do CP), os crimes de lavagem de dinheiro (Lei n.º 9.613/98) e contra o sistema financeiro nacional (Lei n.º 7.492/86), apenas para citar alguns, são perpetrados em regra por integrantes de qual setor social e até que ponto a repressão do aparelho punitivo estatal lhes alcança?

Qual, dentre as categorias delitivas apontadas, aos olhos da sociedade e do próprio Judiciário, causa maior repulsa, maior sentimento de vingança ou de punição ao agente?

Com efeito, a lógica de que apenas o excluído dos sistemas sociais, o sem emprego, o sem teto, o sem mínimas expectativas de subsistência, deve receber rígida resposta do aparelho punitivo uma vez incorra em delito, é deveras perniciosa e não resolve o problema da criminalidade que grassa, altaneira, nos pequenos e grandes centros urbanos do País.

No Complexo Penitenciário de Pedrinhas e em tantos outros, certamente não estão os criminosos do "colarinho branco", mas os "irrecuperáveis", verdadeiros "inimigos" do Estado e da sociedade, que sofrem as restrições dos sistemas sociais e a quem, reitere-se, o aparato penal estatal é implacável.

Por tudo isso, o sistema penal, aqui e alhures, não satisfaz as exigências mínimas da dignidade da pessoa humana e não tem o poder de trazer as soluções para os mais candentes problemas resultantes da criminalidade, quais: a insegurança e a sensação de impunidade.

Nessa toada, e preocupado com a ideologização da punição, fruto das pulsões vingativas que marcam o sistema penal, Eugenio Zaffaroni (2012, p. 417) procedentemente vaticinou[25]:

> Fomos colonizados mentalmente, sobretudo nas faculdades de Direito, para não vermos isso, para concebermos o sistema penal como um instrumento da justiça, quando, na verdade, o sistema penal rompe a balança da pobre justiça e, aproveitando que a mesma é cega, faz com que ela dê espadadas onde bem entende. Chegou a hora de levantar o véu da justiça para que ela veja bem onde golpeia.

Todo o exposto demonstra que o indivíduo com problemas criminais, independentemente de sua *colocação social*, é merecedor de tratamento igualitário por parte do sistema penal, não podendo ser tratado discriminatoriamente[26] em face de fatores que fogem ao direito.

Nesse conspecto, o direito ao duplo grau de jurisdição contra decisões cerceadoras de liberdade deve ser sagrado, portanto universalizado, sob pena de malferimento ao princípio da isonomia.

Na presente quadra, contudo, ao que se vê, inexiste, exceto raríssimas exceções, como o é a *Operação Lava-jato*, por parte dos agentes do sistema penal brasileiro, bem como dos setores governativos, a preocupação com a necessidade de mudança de paradigma, com vistas à horizontalização das leis penais, passando estas, destarte, a terem uma maior eficácia em face dos setores sociais tradicionalmente "imunes" a tais normas.

Exige-se, pois, dos órgãos de investigação (polícia judiciária e Ministério Público) e do Poder Judiciário um agir interpretativo mais engajado e corajoso, um

---

[25] Na mesma linha ZAFFARONI milita contrariamente a doutrina do *direito penal do inimigo*, sustentando que a mesma precisa ser vista *cum grano salis*, por incentivar o desrespeito às garantias individuais e coletivas, debilitando o Estado de Direito (*In:* **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2013, p. 13).

[26] Como se os membros dessa categoria social fossem *inimigos* do Estado e da sociedade.

olhar sociológico sobre a pena de prisão, que leve a “desbanalização” dessa medida, que hoje atinge sobretudo as classes sociais desfavorecidas.

6 O DUPLO (OU TRIPLO) GRAU OBRIGATÓRIO EM FACE DE DECISÕES DENEGATÓRIAS DE LIBERDADE

Com efeito, vislumbra-se uma saída para estancar o esfacelamento do princípio constitucional da isonomia de há muito em curso em território brasileiro, a qual perpassa pelo sistema recursal, possibilitando, *de lege ferenda*, o acesso obrigatório aos mais superiores graus de jurisdição em benefício dos desafortunados, o que implica em ampliar a garantia fundamental do acesso à justiça nessa matéria para todos os órgãos jurisdicionais.

O que hoje ocorre no sistema recursal brasileiro em matéria processual-penal é imperdoável, uma vez que a esmagadora maioria dos encarcerados não leva os seus pedidos de liberdade aos Tribunais Superiores exatamente por não ter condições financeiras de arcar com a defesa técnica nessas instâncias. Nada obstante, o ordenamento pátrio não aventa a possibilidade de recurso automático nessas hipóteses.

O mais preocupante é que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo tribunal Federal (STF), por serem instâncias mais sofisticadas, costumam apreciar de forma mais detalhada e aprofundada os pedidos de liberdade, sendo que em grande parte as liberdades são concedidas. Isso demonstra que considerável parcela da população carcerária brasileira, composta de presos provisórios, é mantida ilegalmente, e nesse caso não há isonomia no tratamento, já que os pleitos da massa de presidiários não são levados à análise superior.

Assim, pela proposta aqui versada, preso o indivíduo e uma vez constatada a sua dificuldade econômica, o sistema penal lhe proporcionaria o direito automático a todos os recursos possíveis em matéria de liberdade, independentemente da contratação de advogado, com vistas ao asseguramento do princípio da isonomia, de modo que o preso pobre teria condições de, sem custos diretos, em pé de igualdade ao preso rico chegar ao STJ e ao Supremo.

Tal proposta afigura-se exequível e seria uma forma de atualizar e universalizar o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, que dimana, dentre outros dispositivos, do artigo 5º, inciso LV, da CF/88, com o fito de garantir o direito à liberdade a partir inclusive do acesso às Cortes Superiores.

Nesta senda, observa-se que ultimamente o Estado brasileiro vem dando sinais de preocupação com a universalização de alguns direitos fundamentais, a fim de resolver ou minimizar o problema da discriminação crônica, fruto da concentração de renda nas mãos de poucos, concentração essa que por anos inviabilizou o acesso ao ensino superior pelas baixas classes sociais.[27]

Inobstante, pouco ou nada é feito em favor da efetivação do amplo acesso à justiça penal para os presos que não tenham condições financeiras de recorrerem das decisões de primeiro e segundo graus.

No Brasil, a população carcerária é gigantesca e massiçamente composta de pobres, os quais, na prática, não têm direitos mínimos assegurados, estando submetidos a um tratamento jurídico diferenciado.[28] Isto porque o direito aos principais recursos não lhes é assegurado e muitas prisões são mantidas sem a mínima necessidade (ausência de proporcionalidade para a decretação do édito restritivo e também no que concerne a manutenção da restrição ambulatória).

Assim, por que não introduzir no sistema recursal o recurso obrigatório ou *ex officio* de decisões denegatórias de liberdade, o qual viria favorecer o destituído de recursos econômicos (hipossuficiente)?

Negado o pedido de *habeas corpus* por um determinado Tribunal de Justiça (TJ) ou Tribunal Regional Federal (TRF), por exemplo,[29] o próprio órgão denegador da ordem recorreria *ex officio* de sua decisão à instância imediatamente superior e assim sucessivamente. Não haveria, pois, a necessidade da contratação de defensor para ingressar com *habeas corpus* e outros pedidos de liberdade perante as instâncias superiores.

Nesse caso, poder-se-ia, *exempli gratia*, acrescentar ao Código de Processo Penal o artigo 667-A, com a seguinte redação:

---

[27] A Lei n.º 12.711 de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, determina, em seu artigo 1º, *caput*, que "as instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas". Na mesma esteira, a Lei n.º 12.990, de 09 de junho de 2014, que reserva 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos federais aos negros.

[28] Nesta situação não há encaixe entre as categorias do ser e do dever-ser jurídico. A realidade é para além (no sentido de prestação prejudicial) ou para aquém (no sentido de ausência de prestação) do que prevê o Direito.

[29] Pode também ocorrer de o *habeas corpus* (ou outro pedido de liberdade) ser negado pelo magistrado de primeiro grau, e nesse caso ele obrigatoriamente recorrerá da sua decisão para o Tribunal a que esteja vinculado.

> "Art. 667-A. Na hipótese de ser negado pedido de *habeas corpus* ou outro pedido de liberdade pelo juiz ou Tribunal, o órgão competente denegador da ordem ou do pedido recorrerá de ofício da sua decisão para a instância imediatamente superior em sendo o paciente ou requerente pobre na forma da lei".

Ressalte-se que a proposta em testilha não traz desigualação entre ricos e pobres, visto que o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela nova norma jurídica guarda pertinência lógica com a inclusão no benefício deferido (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 38), qual seja a de promover o princípio da igualdade na lei, com vistas a colmatar deficiências do sistema, possibilitando a universalização de alguns direitos fundamentais.

A ausência do duplo grau de jurisdição obrigatório[30] em casos de indeferimento de liberdade para presos, sobretudo os provisórios, considerando que o ser humano é falível, gera danos aos princípios da igualdade e da verdade real[31], pois todos os acusados e/ou apenados merecem, no mínimo, um segundo julgamento.

Pelo que, quando for negada a liberdade do preso desprovido de situação financeira favorável, pela proposta aqui erguida lhe será garantido o acesso à revisão dessa decisão através do recurso obrigatório ou automático ao segundo ou terceiro grau, o que por regra ocorre tão-somente quando se trata de acusado ou réu portador de recursos, que se vale da contratação de serviços jurídicos caros e eficientes.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da história a prisão nem sempre funcionou como uma penalidade propriamente dita. Por anos serviu como meio para assegurar a cumprimento de medidas mais severas, dentre elas a pena de morte.

Com o passar do tempo, entendeu-se que a prisão seria um tipo de penalidade capaz de conter a criminalidade. A experiência, no entanto, mostrou e mostra a cada passo que a prisão não resolve esse problema, sobretudo se aplicada em desrespeito às garantias constitucionais, dentre elas a da isonomia.

---

[30] Em sendo o acesso facultado ao STJ ou STF, após análise pelo órgão de segundo grau (TJ ou TRF), estar-se-ia a falar de uma espécie de *terceiro grau de jurisdição* (obrigatório) em matéria penal, nada mal em se falando da preservação do segundo maior bem do homem, qual seja a sua liberdade.

[31] Para Luigi Ferrajoli: "sem uma adequada teoria da verdade, da verificabilidade e da verificação processual, toda a construção do direito penal do iluminismo, que aqui chamei da "cognitiva" ou "garantista", termina apoiada na areia; resulta desqualificada, enquanto puramente ideológicas as funções civis e políticas a ela associadas" (*In*: **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 49-50).

Como o direito penal é extremamente invasivo, a pena de prisão deve ser a *ultima ratio* a que recorra o sistema penal do Estado. No mesmo caminhar, a prisão antes da ação penal definitivamente julgada, chamada de processual, não pode ser prodigalizada, assim como emblematicamente ocorre no Brasil.

Consoante determina a Constituição Federal de 1988, bem como as normas de tratados internacionais sobre os direitos humanos, a liberdade é a regra e os meios propínquos a alcançá-la devem ser amplos e estarem à disposição de todos os cidadãos.

Sobre a prisão antes do julgamento do acusado, o professor Herkenhoff (1998, p. 38) afirma que sendo a prisão de indivíduos condenados pela Justiça uma violência, violência ainda maior é a prisão de quem ainda não foi julgado, e é encarceramento sob o respaldo dos decretos de prisão preventiva. [32]

Há fortes preocupações por parte da doutrina quanto aos prejuízos para os princípios da isonomia e da proporcionalidade decorrentes da aplicação da pena de prisão, mormente porque esta é seletiva, não sendo, pois, universalizada para todos os criminosos e, o que é pior, a liberdade da qual é decorrência lógica também não o é. Daí que impende seja a isonomia assegurada do ponto de vista processual penal, eis que em jogo bem jurídico de elevada grandeza, qual seja a liberdade ambulatória.

A violência da medida de prisão e as violências nas prisões assomam quando se constata que tal medida atinge, primordialmente, as classes oprimidas, os estratos mais pobres da população.

Ora, se a prisão seleciona crimes, pessoas e classes sociais, sendo os pobres as suas vítimas por excelência, tem-se que a igualdade não atinge um de seus fins, que seria o de assegurar que os direitos fundamentais sejam por todos apropriados no processo concretizador das normas jurídicas.

O trabalho, por fim, propõe que a ilegalidade ou desnecessidade da prisão seja analisada de forma ampla pelas instâncias judiciais, no afã de que erros sejam prontamente corrigidos e a isonomia assegurada na operacionalização do sistema repressor. Para tanto, levanta a hipótese de criação, por meio de uma alteração no CPP, de um recurso *ex officio* para os Tribunais (de segundo grau e Superiores) das decisões denegatórias de liberdade quando o preso não tenha recursos financeiros de fazê-lo.

---

[32] Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Ministério da Justiça, de 2013, revelam que quatro de cada dez presos são mantidos encarcerados no Brasil sem julgamento definitivo, equivalentes a 40% da população carcerária brasileira, que à época era de aproximadamente 500 mil detentos.

Em síntese, propugna em prol de que nas hipóteses de aplicação da medida de prisão ou nas situações de análise de pedido de liberdade não sejam levadas em conta características individuais, mas o direito *per si*.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 2ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 22. tir. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Antonio C. Campana. São Paulo: Bushatsky, 1987; **Dos delitos e das penas**; texto integral. 4ª Reimp. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **A constituição aberta**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

_____; *et al*. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoría general del delito**. Trad. W. Roces. Espanha: Editorial Reus.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; trad. de Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HERKENHOFF, João Baptista. **Crime: tratamento sem prisão**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al* (coordenadores). **Direito penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora WMF, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Habeas corpus**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RAMOS, Luiz Rodriguez. **Liberdades civicas y derecho penal**. Madrid: Editorial Tecnos, 1975.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega Universidade, 1991.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

_____. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2013.

_____. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004.