

O DISCURSO DO RISCO E O USO DA PRISÃO PREVENTIVA

Brunna Laporte Cazabonnet, especialista em Ciências Penais pela PUCRS, mestranda do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS;

Carlos José Kruber, mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

Resumo

O artigo objetiva conciliar o referencial teórico do discurso do Direito penal do risco na sociedade brasileira e a lógica em andamento na segregação cautelar, que instrumentaliza categorias de indivíduos passíveis de exclusão compulsória.

Palavras-chave

Direito penal do risco; Periculosidade; Prisão cautelar.

Resumen

El artículo tiene por objetivo conciliar la lógica en marcha en los casos de prisión preventiva con el discurso del derecho penal del riesgo, formando categoría de individuos susceptibles de exclusión automática.

Palabras clave

Derecho penal del riesgo; Periculosidad; Prisión preventiva.

1 INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho pretendemos expor o encarceramento cautelar, tendo como referencial teórico o Direito penal do risco e sua incursão na cultura brasileira. Abordaremos o instituto da prisão preventiva e o seu enquadramento legal.

O encarceramento antecipado é uma lógica arraigada na prática judicial hodierna, que se faz visível nos diversos âmbitos, como forma de reduzir o risco causado pelo delito. Apesar do advento da Lei nº 12.403/2011, que se orientou no sentido de restringir o uso do instituto, observamos que é dada continuidade à segregação cautelar praticamente em caráter obrigatório para crimes graves – focando na lesividade da conduta - e seu uso frequente em crimes leves - com vistas à periculosidade do agente que reitera na senda delitativa.

2 DIREITO PENAL DO RISCO E CULTURA BRASILEIRA: A (IN)EXISTÊNCIA DE UMA ORDEM MORAL NOS DIFERENTES SEGMENTOS SOCIAIS

Muitas vezes o Direito Penal moderno utiliza a palavra “luta” (contra a criminalidade econômica, contra a criminalidade ambiental, contra a criminalidade organizada), como se o Direito Penal pudesse vencer o mal e apartar o caos mediante a violência¹.

Prittwitz afirma que essa militarização do Direito Penal para combater a criminalidade foi influenciada pela teoria social do risco, demarcando o surgimento de um “Direito Penal do risco”. Nessa esteira, o autor ainda indica que esse direito tem se revelado expansivo, de forma tridimensional: a) pela acolhida de novos candidatos no âmbito de bens jurídicos (tais como o meio ambiente, a saúde pública, o mercado de capitais); b) pelo adiantamento das barreiras de proteção penal; c) pela redução das exigências de reprovabilidade, em uma mudança de paradigma da ofensa ao bem jurídico à periculosidade. O Direito Penal do risco ainda se caracteriza não por ser o comportamento tipificado como socialmente inadequado, mas desvalorado e, segundo Prittwitz, afetando os crimes contra o meio ambiente bem como os delitos econômicos, revitaliza a crença “na força conformadora dos costumes do Direito Penal”².

Nesse sentido, “é notório que vivemos em uma sociedade do controle, que já não são exatamente disciplinares”³, e como nunca se buscam recursos no Direito Penal para combater a criminalidade que se modifica e intensifica. Foucault é, com frequência, considerado como o pensador das sociedades de disciplina e de sua técnica principal: o confinamento (não só o hospital e a prisão, mas a escola, a fábrica, a caserna). Deleuze explica que Foucault foi um dos primeiros a dizer que as sociedades disciplinares são aquilo que estamos deixando para trás - o que já não somos.

Ainda assim, o universo do controle não foi criado tão somente pelas crescentes taxas de criminalidade ou pelo desaparecimento da fé daqueles que passam de ser assistidos socialmente, para serem assistidos nas prisões. Em lugar disto, “tal

¹ HERZOG, Félix. *Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo*. El texto (que constituye la ponencia del autor presentada al IV Congreso de Justicia Penal, celebrado en julio de 1999 en la Universidad de Huelva) ha sido traducido por Enrique BorraJ. p. 54.

² PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedade de riesgo y derecho penal*. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTÍN, Adán Nieto (Coord.). *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 259-287.

³ DELEUZE, Guilles. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2008. p. 219.

universo foi criado por uma série de respostas de adaptação às condições culturais e criminológicas da pós-modernidade”⁴, condições que segundo Garland abarcam novos problemas relativos ao crime e à insegurança e novas atitudes perante o Estado de bem-estar.

A globalização está basicamente transformando a natureza das nossas experiências cotidianas. Como as sociedades nas quais vivemos passam por profundas transformações, as instituições estabelecidas, que outrora as sustentavam, perderam seu lugar. Isso está obrigando a uma redefinição de aspectos íntimos e pessoais de nossas vidas, tais como a família, os papéis de gênero, a sexualidade, a identidade pessoal, as nossas interações com os outros e nossas relações com o trabalho. O modo como pensamos a nós mesmos e as nossas ligações com as outras pessoas está sendo profundamente alterado pela globalização⁵.

Muitas das mudanças ocasionadas pela globalização nos são apresentadas com novas formas de risco que diferem de épocas passadas. Diferentemente dos riscos de outrora, que tinham causas estabelecidas e efeitos conhecidos, os riscos de hoje são incalculáveis na origem e indeterminados nas suas consequências⁶.

O modelo social desenvolvido após a Revolução Industrial é comumente intitulado de Sociedade de Riscos ou Sociedade de Risco (expressão desenvolvida por Ulrich Beck). Tal terminologia é utilizada em virtude do fato de que vivemos em um momento de economia instável e de constantes avanços tecnológicos, o que nos proporciona um aumento do conforto e bem-estar, mas também nos traz um relevante aspecto negativo: o incremento dos riscos a que estamos submetidos⁷.

São riscos da modernização esse processo maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento imediato. Afirma o autor que com a distribuição e o incremento dos riscos, surgem situações sociais de ameaças que acompanham a desigualdade de posições de estrato e classe sociais, fazendo valer, entretanto, uma lógica distributiva substancialmente distinta:

os riscos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que o produziram ou que lucram com eles. Eles contêm um efeito bumerangue, que

⁴ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 413.

⁵ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Sandra Regina Netz. 4 edição. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 68.

⁶ GIDDENS, Anthony. *Sociologia...* p. 71.

⁷ ANDRADE, Roberta L. *Sociedade de risco e direito penal*. In: CALLEGARI, André Luís (Org). *Direito penal e globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 11-12.

implode o esquema de classes. Tampouco os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Isso não apenas sob a forma de ameaças à saúde, mas também como ameaças à legitimidade, à propriedade e ao lucro: com o reconhecimento social de riscos da modernização estão associadas desvalorizações e desapropriações ecológicas, que incidem múltipla e sistematicamente a contrapelo dos interesses de lucro e propriedade que impulsionam o processo de industrialização⁸.

Salo de Carvalho, sobre políticas preventivas, explica que no que tange à prevenção dos riscos inerentes à sociedade industrial e aos instrumentos de garantia de efetivação dos direitos dela decorrentes, o controle penal (direito penal, processo penal, criminologia e política criminal) foi provocado a ampliar seu espectro de incidência, adaptando-se aos novos bens jurídicos.

Para o predito autor, tal assertiva é perceptível se verificarmos: o incremento da tutela penal ao trabalho (crimes contra a organização do trabalho), à previdência social (crimes previdenciários), ao transporte público (crimes contra a segurança dos meios de transporte), à saúde (crimes contra a saúde pública e as leis entorpecentes), à economia (crimes contra a economia popular) etc. Como consequência, verifica-se um constante aumento das práticas de prevenção dos delitos a partir da identificação e gestão da periculosidade individual sob a perspectiva de medidas sanitárias e educacionais, ou seja, um estado social preventivo, em que se multiplicam as políticas sociais suscetíveis de conter o crime antes de acontecer⁹.

Acompanhando essas políticas está um discurso criminológico que se parece bem diferente das criminologias da vida cotidiana. Enquanto as criminologias da vida cotidiana “normalizam” os criminosos, desenhando-se como oportunistas racionais, pouco diferentes de suas vítimas, a criminologia invocada pela estratégia do Estado soberano é uma criminologia que se vale de imagens, com foco nas ameaças mais preocupantes, através de um discurso politizado do inconsciente coletivo. Às vezes de forma explícita, mais comumente em códigos, o problema é atribuído ao comportamento insidioso, imoral, de delinquentes perigosos, que pertencem tipicamente a grupos raciais e culturais que guardam pouca semelhança “conosco”¹⁰.

⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco...* p. 26

⁹ CARVALHO, Salo de. *A ferida narcisista do direito penal* (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea) In: GAUER, Ruth M. Chittó. *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2004, p. 184-185.

¹⁰ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Renavan. 2008, p.285.

Dessa forma, o modo de exclusão é conseqüentemente diferente do passado e corresponde às realidades do presente. Ele não se apresenta como um botão de ligar/desligar de inclusão ou exclusão: ou você está dentro da sociedade ou você não está. Antes, o que há é um processo de deslocamento em curso através de toda a sociedade, pois a exclusão se estende diretamente da capacidade de crédito dos prósperos até o grau de periculosidade dos encarcerados.

Sua atualidade é o risco, sua atitude é atuarial – de cálculo e avaliação. Nesse sentido, a postura atuarial calcula riscos, é cautelosa e probabilística, e não se preocupa com causas, mas com probabilidades; não com justiça, mas com minimização de danos; não busca livrar o mundo da criminalidade, mas um mundo em que tenham sido postas em prática as melhores rotinas de limitação de perdas; não uma utopia, mas uma série de “paraísos¹¹ murados num mundo hostil” que se refere Bauman.

Num segundo lance, o autoritarismo é um motivo principal do controle social na sociedade moderna recente. As próprias regras tornaram-se problemáticas numa sociedade pluralista, pois se sobrepõem para serem seguras, porém são diferentes entre um grupo e outro. Essas regras mudam com o tempo e mudaram, sem dúvida, ao longo da vida de todos nós. Assim, já não se trata mais de saber o que é certo ou errado, mas sim de qual é a possibilidade de suas regras serem quebradas; e quando a unidade de risco se torna a sua chance de vitimização, a avaliação de responsabilidades individuais se torna cada vez menos relevante¹².

Douglas conclui que a comparação das percepções de risco deveria possibilitar influências sociais nas percepções do tempo. A visão oficial de como avaliar um recorte do futuro começa pela experiência do tempo mensurado por relógios e calendários, e por projeções em cima dessas medidas. Nesse sentido, os calendários carregam informações sociais nas divisões de semanas e anos, mas foram criados especialmente para eliminar qualquer viés social da mensuração do tempo como tal, ao lhe extrair a subjetividade. O tempo se arrasta para uns ou passa voando para outros, o modo como cada um percebe esse aspecto temporal do risco depende da abrangência de atenção do

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 9. indica que a “comunidade” é, nos dias de hoje, outro nome do paraíso perdido – mas a que esperamos ansiosamente retornar, e assim buscamos febrilmente os caminhos que podem levar-nos até lá. Paraíso perdido ou paraíso ainda esperado; de uma maneira ou de outra, não se trata de um paraíso que habitemos e nem de um paraíso que conheçamos a partir de nossa própria experiência. Talvez seja um paraíso precisamente por essa razão.

¹² YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 104-106.

interessado, e, a expectativa que o indivíduo tem do futuro será sempre influenciada por uma avaliação ou probabilidade das instituições sociais¹³.

Contudo, é difícil entender como uma sociedade tão complexa pode se manter. Young questiona: “como é possível conter no interior de suas fronteiras uma minoria permanentemente despossuída, particularmente uma minoria que vê a cidadania, no sentido mais amplo de uma igualdade social e política, como direito e não como posição a ser conquistada?”¹⁴ Isto é, uma sociedade fortemente apegada aos valores de elite, mas que nega a muitos a participação da competição, como consequência, esse cordão sanitário atuarial separa o mundo dos perdedores do mundo dos vencedores, com a tentativa de tornar a vida tolerável para os vencedores e transformar os perdedores em bodes expiatórios.

É interessante enfatizar a existência de uma noção de segurança pública que é definida autoritária e arbitrariamente e de cuja elaboração efetivamente não participa a maioria esmagadora dos segmentos e indivíduos de nossa sociedade. A exacerbação do poder dos órgãos de segurança é uma das dificuldades do cotidiano do indivíduo. Outras variáveis também agravam esse quadro, tais como: a posição de classe social, cor, sexo, orientação sexual, religião, são decisivas para caracterizar a desigualdade. O fato importante não é apenas o desencontro entre prática e a lei, mas as próprias crenças disseminadas de que a diferença e as desigualdades são fatos consumados¹⁵.

Na prática ainda remetemos ao Estado o controle de nossas vidas e aceitamos sua tutela e eventuais arbitrariedades. A dificuldade consiste na inexistência de uma ordem moral realmente compartilhada pela sociedade nos seus diferentes segmentos. Nesse sentido, a violência não pode ser vista como uma praga pairando pela sociedade. “A violência existe ao nível das relações sociais e é parte constituinte da própria natureza da sociedade cujo universo de representações não só expressa, como produz a desigualdade e diferença”¹⁶.

A exploração econômica desenvolve-se, portanto, dentro do capitalismo brasileiro associado a uma visão hierarquizante da sociedade, que não se limita a legitimar, mas na realidade, criou e predeterminou as diferenças que são a condição da

¹³ DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. *Risco e cultura...* p. 82.

¹⁴ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 42.

¹⁵ VELHO, Gilberto. *Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 145.

¹⁶ VELHO, Gilberto. *Individualismo e cultura...* p. 147.

própria exploração. Mas isso nem chega a ser funcional porque são pedaços de sistemas diferentes que não se completam, mesmo nos termos das camadas dirigentes.

Nesse sentido, não existe propriamente violência urbana. A cidade, em particular a grande metrópole, é onde se manifesta com mais dramaticidade e intensidade essa problemática que se refere à sociedade como um todo. Não há uma ordem moral dominante, apoiada em explicações cósmicas e religiosas que justifique a desigualdade, ou uma ética social apoiada em uma negociação da realidade que possa expressar-se politicamente. Existem os dois modelos, mas nenhum se realiza plenamente e, a violência expressa a tensão e inconsistência de sua convivência. Assim, classificar a nossa sociedade e cultura - arraigada a um autoritarismo que se manifesta através de um poder não-legitimado em termos morais, religiosos e políticos - é o grande impasse e a violência é sua expressão mais flagrante¹⁷.

3 A PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para inserir o instituto da prisão preventiva no contexto delineado, vamos partir do último parágrafo acima e da impropriedade dos meios que nos utilizamos para solver as questões que afligem a vida diária. Classificar é o grande impasse, pois permanecemos atados à lógica binária cartesiana da Ciência moderna para solver a problemática atribuída ao penal, na qual esmiuçamos um objeto e o enquadrados em recortes previamente estabelecidos, buscando o seu conhecimento pleno.

Nesse sentido, não tem se buscado a compreensão do fenômeno da criminalidade, mas a sua contenção e tipificação legal, esperando a minimização dos danos. No deslizamento da sociedade disciplinar para a sociedade do controle - que tem redundado em mais controle social pela via penal - está expressa a nossa incapacidade para lidar com o quão pluralistas somos, de modo que “resolvemos” essa complexidade inerente aos nossos tempos mediante o enquadramento de diferenças, abstraindo a subjetividade humana e estabelecendo a ordem social arbitrariamente.

A tão falada redução de violência e combate ao crime é atribuída à segurança pública, que acreditamos poder trabalhar apenas num modelo autoritário. Já que não há uma ordem social compartilhada por todos, que se tenha alguma ordem, mesmo que pela via da violência institucional. Fecham-se os espaços para lógicas dialogais e nos

¹⁷ VELHO, Gilberto. *Individualismo e cultura...* p. 147-148.

focamos numa visão estritamente hierárquica de poder, que se legitima como única alternativa, e nos faz aceitar acriticamente aquilo que o Estado “pai” determina. Naufragarmos todos no poder que não encontra outro respaldo que não ele mesmo.

Sabemos do forte apelo emocional que cingem questões que envolvem a criminalidade e seu combate. De modo que com facilidade o medo próprio ao nosso tempo – explicado na primeira parte do trabalho - é direcionado ao medo do crime, fomentando a demanda por mais segurança pública, que se revela em uma expansão nunca antes vista do controle penal.

Os condicionamentos da expansão do controle penal, inegável fenômeno planetário (desenvolvido inicialmente nos Estados Unidos e na Europa, que se globaliza por uma espetacular operação de marketing ideológico), não residem na suposta expansão da criminalidade e/ou no medo por ela gerado (embora em seu nome fale e pretenda se justificar), mas no amplo quadro de transformações conhecidas pelo nome de “globalização”, em especial da dualidade que caracterizo como “mercado onipresente e excludente versus Estado soberano, política e socialmente ausente”, ambos amalgamados por uma cultura individualista radicalizada e amedrontada.¹⁸

É nessa óptica que o crime se transmuta numa questão estratégica significativa nas diferentes configurações políticas. O crime por si só adquiriu uma autonomia que passa a ratificar condutas quando estas supostamente estejam buscando preveni-lo, mas que escondem uma série de outras motivações que não a criminalidade. É um conteúdo abstrato que legitima o exercício de poder e se pauta na estigmatização e na punição violenta¹⁹.

Cada estrutura social conta com uma forma de punir e a prisão é a do nosso tempo, que reproduz a nossa desigualdade e forja uma criminalidade específica. Propriamente falando do Brasil, uma criminalidade pautada essencialmente nos crimes patrimoniais, no tráfico de drogas e contra a vida.²⁰ Nenhum dos fundamentos declarados da prisão são cumpridos, exceto o de punir. E apesar da sua conhecida deslegitimação, vemos a reinvenção da prisão com base nos seus efeitos simbólicos, frente à consolidação do eficientismo penal: é o novo modelo de controle penal. À crise de legitimidade se soma a da expansão, pois permanecemos fingindo acreditar que o

¹⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 162.

¹⁹ SIMON, Jonathan. *Governing through crime: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*. Nex York: Oxford University press, 2007. p. 14.

²⁰ INFOPEN. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&Team=¶ms=itemID={C37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C}&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>> Acesso em 16 de setembro de 2013.

mal se vê cercado num presídio e consolidamos ainda mais a nossa cultura punitivista como forma de apaziguar o medo e a insegurança que nos acometem ²¹.

Imperioso ultrapassar essa cultura punitiva estigmatizante e cheia de estereótipos. Observe-se que a periculosidade tem passado pelos tempos, superando a necessidade do dano, retroalimentado a nossa “vontade de punir” em cima do perigo da conduta. *In casu*, tratando da prisão cautelar propriamente, Andrade explica que:

[...]este fenômeno da expansão do aprisionamento cautelar (e, muitas vezes, arbitrário) está denunciado numa vasta literatura; ele representa uma nova onipotência da pena que é a pretensão de neutralizar o “risco” representado pelo crime, que é a grande musa da dogmática penal contemporânea. O conceito de risco é a base do conceito de inimigo, é a base da imputação objetiva de responsabilidade, é a base da nova dogmática germânica (Jakobs) que se globaliza.²²

A prisão preventiva tem sido *locus* privilegiado para neutralizar o dito risco da desorganização proveniente do delito, pois prescinde da tramitação processual ou mesmo da conclusão da investigação policial.²³ É um mecanismo rápido, que acompanha a nossa aceleração temporal, ao passo que é de ampla visibilidade, dando suporte ao imediatismo desejado. Cometido um fato, sua respectiva punição está pronta, de modo que há um “deslocamento da resposta penal para as prisões cautelares, ao invés do que seria mais natural, para a sentença condenatória” ²⁴.

Essa penalização de um instituto eminentemente processual, que desborda funcionalmente de seus fins e limites, nada mais é do que um dos reflexos dos que CARRARA denominava “nomorréia penal” e que encontra similar significado na moderna metáfora de FERRAJOLI (“metástase legislativa”), em decorrência da qual se corre o risco de que, com mais tipos e munições mais graves (*more of the same*), se produza, ao invés de redução dos crimes, maior violência social.²⁵

Podemos dizer que “a natureza das medidas cautelares está indissociavelmente ligada à eliminação ou amenização dos riscos ocasionados por eventos que possam comprometer a prestação jurisdicional ou que possam afetar profundamente a sua

²¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 279-283

²² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia...* p. 328.

²³ “Pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível. Ademais, mesmo na fase recursal, se houver necessidade real, poderá ser decretada a prisão preventiva (com fundamento da garantia da aplicação da lei penal).” Ver em: LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 823.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 6.

²⁵ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 7.

eficácia.”²⁶ Trabalhamos com risco no âmbito processual, mas é um risco diverso daquele criado pela insegurança “existencial”. Explicamos. Para que se considere válida a segregação cautelar, esta deve estar orientada pelo art. 312, do Código de Processo Penal.

Deve conjugar o *fumus commissi delicti* que se imprime na exigência de sinais externos, com comprovado suporte fático provenientes da investigação, “em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável o sujeito concreto”²⁷ e o *periculum libertatis*, que é o perigo ao que fizemos referência, gerado pela liberdade do réu, assegurando a eficácia da decisão final. Ainda, a leitura e preenchimento dos requisitos (*fumus*) e dos fundamentos (*periculum*) da prisão cautelar devem ser lidos em conjunto com o art. 313,²⁸ do mesmo diploma, que traz uma série de limitações à prisão e o art. 310, que a põe definitivamente como última *ratio*.²⁹

²⁶ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *As medidas cautelares pessoais no projeto do Código de Processo Penal* – PLS Nº 156/2009: uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). O novo processo penal à luz da Constituição Federal (análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 251.

²⁷ LOPES Jr., Aury. *Direito processual...* p. 825. Narra o art. 312, do CPP: Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Decreto-lei n. 3.689/41. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm > Acesso em 16 de setembro de 2013.

²⁸ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). IV - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm > Acesso em 16 de setembro de 2013.

²⁹ 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). II - 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; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Ibid.

Ou seja, com a promulgação da Lei nº 12.403/2011 - que modificou substancialmente o quadro da prisão cautelar, alternativas ao cárcere e liberdade provisória – o discurso da excepcionalidade da prisão foi exaltado. Não obstante, não podemos olvidar que não houve qualquer preparo para se inserir essa nova racionalidade na lógica atual. Conforme demonstramos anteriormente, insistimos em rotular, enquadrar e excluir problemas como forma mais fácil e rápida de geri-los.

Dito isso, na via contrária ao declarado pela lei, vemos um reforço da prisão para os crimes ditos graves (na jurisprudência pátria são entendidos essencialmente como os delitos arrolados na lei dos crimes hediondos e assemelhados³⁰). A limitação do inc. I, do art. 313, que se encontra em total harmonia com os dispositivos quanto às penas alternativas, aumentou a gama de argumentos para se prender em crimes postos como “graves” abstratamente. As cautelares alternativas revitalizaram a ideia dessas prisões já em andamento, dando vasão à imputação objetiva de responsabilidade dentro do direito penal. Sem qualquer pretensão de encerrar o assunto, essa é a postura presente em rápida observação de julgados nacionais. No entanto, a discussão é densa e incabível ao espaço aqui disponível, mas inevitável apontar a necessidade de se pensar o tema, já que o particular desgosto deste ou aquele sujeito não pode arbitrariamente estabelecer uma unidade conceitual de gravidade delitiva e autorizar conseqüentemente a prisão.

Ainda, uma das principais críticas feitas à parcial reforma efetuada pela lei, se cingiu ao fato da manutenção na integralidade dos fundamentos presentes no art. 312, do CPP. Um deles amplamente criticado pela doutrina pela sua vacuidade semântica, podendo absorver questões alheias à senda cautelar. Ocorre que o fundamento garantia da ordem pública, pode não ter sido extirpado do ordenamento pátrio, mas acreditamos - em face do núcleo de criminalização apontado pelos dados oficiais - mesmo que se assim o fosse, a segregação, todavia, se daria em mesmo grau em face da pena abstratamente aplicada a esses crimes e às construções retóricas do seu *modus operandi* e, pela reincidência posta no inc. II, do art. 313, do CPP, que articula a segregação de condutas tidas como leves isoladamente.³¹

³⁰ Art. 1º da Lei nº 8.072/90.

³¹ A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito

Destarte, o eixo constitucional minimalista vem sendo obstacularizado sistematicamente pelo poder judiciário, que crê no uso simbólico da prisão preventiva, absorvendo as demandas sociais ou/e midiáticas, dando-lhe contornos de justiça sumária, pois agrega objetivos de defesa social ao processo e não vê este último como instrumento de defesa do acusado, que nessa conjectura é o polo hipossuficiente. Mantemos intocada a crença infantil de que o cárcere em vias finais nos protege dos delinquentes “perigosos”.

Não se ignora que a sociedade torna-se cada vez mais globalizada e pautada numa complexidade que se amplifica, e com isso, não é fácil a missão de selecionar condutas que devam ser tuteladas pela esfera penal, limitando seu espaço de atuação. Contudo, não há como se aceitar uma discussão rasa quando o que está no horizonte é a liberdade. Talvez assim o façamos não só pela lógica punitiva em andamento, mas pelo ranço nesse âmbito, pois tínhamos até pouco tempo: prisão obrigatória para delitos com pena em abstrato superior a dez anos, em decorrência do flagrante, da decisão de pronúncia e até mesmo a obrigatoriedade de se recolher ao cárcere para poder apelar da sentença condenatória.³²

No entanto, em observância à Constituição Federal não há mais qualquer espécie de prisão cautelar obrigatória. Primeiramente, clara seria a afronta aos ditames constitucionais que estabelecem a presunção da inocência e o caráter excepcional da prisão preventiva ao se permitir que possa ser decretada quando desconectada de qualquer fundamento. Em segundo lugar, a prisão cautelar tem como escopo o processo, sua razão de ser não é a defesa da sociedade e fundamentos análogos a esse, de modo que é imprescindível que tenhamos não só os seus requisitos presentes, mas imperativamente algum dos seus fundamentos.

O autômato aplicar da lei deve ser repudiado, pois é inadmissível um atuar meramente técnico nesta área. O Juiz pai, dotado de poder estritamente vertical, próprio a um pacificador social não serve a um Estado Democrático de Direito minimamente respeitador do indivíduo e da sua condição humana.

penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Ver em: LOPES Jr., Aury. *Direito processual...* p.845.

³² BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal: tomo II. 2. Ed.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 211-214.

Há hoje um sistema escalonado que não permite mais a prisão – seja cautelar ou definitiva - como primeira opção. No entanto, enquanto não houver um cambio significativo na racionalidade punitiva que move o sistema penal, qualquer que seja o fundamento ou requisito poderá ser lido a partir dessa lógica periculosista, e permaneceremos com novas roupagens atuando do velho modo. Pelo exposto, não podemos mais admitir visões maniqueístas que dividam a sociedade entre bons e maus, ordeiros e desordeiros, crimes graves e crimes leves. Assim agindo, estamos a retroalimentar discursos conhecidos, que carregam a segregação cautelar com finalidades próprias da pena definitiva, tais como a punição e a prevenção geral; buscam a legitimação social tanto do poder judicial, quanto da polícia, ao fazer ilações quanto à credibilidade das instituições, etc.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Justamente pela sociedade alheia ao *campus* jurídico não possuir o conhecimento próprio deste se verifica a necessidade dos operadores se fixarem como guardiões do processo, evitando excessos que recortem garantias individuais de indivíduos estereotipados como perigosos. Com essa consciência, é que não se pode ceder frente à pressão por prisões cautelares em crimes rotulados de hediondos ou quaisquer que sejam.

Não se está buscando exaltar a impunidade, mas o reconhecimento de como insistimos em tratar questões multifatoriais, pela via unicamente do Direito Penal e a sua insuficiência. Com categorias jurídicas segmentamos indivíduos, enquadramos problemas políticos e administramos respostas às expectativas sociais. Na via contrária, o que justamente parece trazer segurança, amplifica a insegurança, pois frustra as expectativas ao idealizar a problemática e buscar combatê-la com mecanismos simbólicos.

Mas para além da codificação (que em si já é incoerente pelo somatório de reformas de cunho parcial), a receita tem sido ineficaz. Não prendemos pouco - a não ser que mais de meio milhão de pessoas presas seja número irrelevante e sem somar os que se encontram controlados por mecanismos alternativos; notícias recentes provenientes do Conselho nacional de justiça durante a realização do mutirão carcerário demonstram como a punição não é frouxa; temos um infindável rol de delitos, cobrindo

as diversas esferas da vida cotidiana, contudo, a insegurança não recuou, nem tampouco deixaram de serem noticiados os “graves” crimes de sempre. Não é possível que reconheçamos que vivemos em uma era de devir, mas inexplicavelmente tratemos de resolver questões que nos são tão caras por vias fixas e sabidamente inócuas.

5 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANDRADE, Roberta L. *Sociedade de risco e direito penal*. In: CALLEGARI, André Luís (Org). *Direito penal e globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal: tomo II*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento: São Paulo: Editora 34, 2010.

CARVALHO, Salo de. *A ferida narcisista do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea)* In: GAUER, Ruth M. Chittó. *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2004.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

Decreto-lei n. 3.689/41. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm > Acesso em 16 de setembro de 2013.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2008.

DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. *Risco e cultura: um ensaio sobre a seleção de riscos tecnológicos e ambientais*. Tradução de Cristina de Assis Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Filker. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991, p. 95.

_____. *Sociologia*. Tradução de Sandra Regina Netz. 4 edição. Porto Alegre: Artmed, 2005.

HERZOG, Félix. *Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo*. In: CONGRESO DE JUSTICIA PENAL, 4., Huelva (Espanha), 1999. Anais... Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

INFOPEN. Disponível em: < [LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.](http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&Team=¶ms=itemID={C37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}> Acesso em 16 de setembro de 2013.</p></div><div data-bbox=)

PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedade de riesgo y derecho penal*. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adán Nieto (Coord.). *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

VELHO, Gilberto. *Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*. Nex York: Oxford University press, 2007.