

MEDIDAS CAUTELARES: DA PRINCIPIOLOGIA ÀS SOCIEDADES DE CONTROLE E DISCIPLINA

Bruna Melgarejo Rosa^{*}
Mariana Engers Arguello^{**}

Resumo: O estudo busca compreender a atuação da principiologia, em especial a da proporcionalidade, nas medidas cautelares, levando em conta a falácia do abandono de práticas de disciplina na sociedade de controle. A partir disso, a pesquisa tem como hipótese, em verdade, a falta de proporcionalidade, tanto nas prisões cautelares como nas medidas de natureza pessoal alternativas, como o monitoramento eletrônico, dado que, algumas dessas, traduzem a ressignificação do poder punitivo através de novas práticas, apoiadas nas chamadas tecnopolíticas vigilantes. Parte-se, portanto, do método dedutivo, fazendo uso de uma perspectiva transdisciplinar. Por fim, a partir das premissas analisadas, a proporcionalidade deve basear as decisões que impõem não só a prisão cautelar como também as medidas alternativas, haja vista a crescente onda tecnológica de vigilância que, em síntese, expõe uma prisão a céu aberto.

Palavras-chave: Medidas cautelares. Prisão preventiva. Proporcionalidade. Vigilância. Sociedade de controle.

Sumário: 1. Introdução. 2. Uma breve genealogia da situação carcerária no Brasil. 3. Da principiologia atinente às prisões cautelares. 3.1. Do estado de inocência. 3.2. Da jurisdicionalidade. 3.3. Do contra-

* Mestranda em Direitos Humanos pela Uniritter. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2021). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Uniritter (2018). Advogada. *E-mail:* brunamelgarejo@outlook.com

** Mestranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2020). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2018). Advogada. *E-mail:* marianaengers1@gmail.com

ditório. 3.4. Da provisionalidade. 3.5. Da provisoriedade. 3.6. Da excepcionalidade. 3.7. Da proporcionalidade. 4. A prisão preventiva e a devoluta garantia da ordem pública. 5. Proporcionalidade, disciplina e controle. 6. A resignificação do poder. 7. Considerações Finais. Referências.

Precautionary measures: from proportionality to control and discipline societies

Abstract: The study seeks to understand the role of principles, especially proportionality, in precautionary measures, taking into account the fallacy of abandoning disciplinary practices in the control society. From this, the research has as hypothesis, in fact, the lack of proportionality, both in pre-trial detentions and in alternative personal measures, such as electronic monitoring, given that some of these measures translate the resignification of the punitive power through new practices, supported in the so-called vigilant technopolitics. Therefore, the deductive method is used, making use of a transdisciplinary perspective. Finally, from the premises analyzed, proportionality should be the basis for decisions that impose not only pre-trial detention, but also alternative measures, given the growing technological wave of surveillance that, in summary, expose an open-air prison.

Keywords: Precautionary measure. Preventive detention. Proportionality. Surveillance. Control society.

Summary: 1. Introduction. 2. A brief genealogy of the prison situation in Brazil. 3. The principles regarding precautionary prisons. 3.1. Status of innocence. 3.2. Jurisdictionality. 3.3. Contradictuality. 3.4. Provisionality. 3.5. Provisionality. 3.6. Exceptionality. 3.7. Proportionality. 4. Preventive arrest and public order guarantee. 5. Proportionality, discipline and control. 6. Resignification of power. 7. Final considerations. References.

1 Introdução

É sabido por todos que a situação brasileira é caótica quando o assunto diz respeito ao cárcere. Ano após ano as pouquíssimas políticas públicas dedicadas ao tema se mostram fracassadas e escancaram, cada vez mais, a realidade degradante dos presídios brasileiros. Rebeliões, massacres e até a criação de um novo regime de cumprimento de pena foram capítulos desta história manchada por falhas e descaso.

É possível listar inúmeros problemas, tais como: ausência de condições mínimas de higiene, deficiência de estrutura, déficit de vagas, ausência de funcionários, ausência de consultórios médicos, entre outros. Contudo, faz-se mister trazer à baila um problema que dá origem à segregação cautelar: a decisão que decreta a prisão preventiva.

Sendo assim, este estudo pretende aprofundar um pouco do tema da prisão preventiva e suas nuances. Ademais, é necessário referir que o objeto de pesquisa não se restringe somente à prisão preventiva, abrangendo também as demais medidas cautelares e a principiologia que engloba a temática.

Na sequência, atrelado à decretação da preventiva, cumpre analisar o famigerado conceito da “ordem pública” e as implicações que esta vasta expressão causa no ordenamento jurídico.

Versando um pouco para a perspectiva criminológica, observa-se claramente uma sociedade de controle que está imposta (e sempre esteve) em território brasileiro quando o assunto se refere à criminalidade. Outrossim, é válido mencionar que há uma certa utopia em relação às medidas alternativas ao cárcere, pois, de certa forma, traduzem o controle dos indivíduos feito pelas instituições estatais.

O método utilizado para realização deste estudo é o dedutivo, com ampla análise bibliográfica.

Infelizmente, enganou-se quem acreditou na ideia de mudanças substanciais quando se ingressa no assunto das prisões preventivas. A realidade demonstra que o punitivismo vem sendo cada vez mais utilizado como forma de controlar a sociedade, violando, sempre mais, as garantias básicas dos indivíduos que estão ali (tentando) viver.

2 Uma breve genealogia da situação carcerária no Brasil

Ainda que o tempo passe, é possível notar o descaso das autoridades estatais em relação às unidades prisionais localizadas no Brasil. O famoso massacre do Carandiru, ocorrido na Casa de Detenção, em São Paulo, em 1992 traduz o que há muito já se devia fazer: melhorias no sistema prisional.¹

Os anos seguiram e os problemas se acentuaram. No século seguinte, inúmeras rebeliões ocorridas em São Paulo e Rio de Janeiro escancararam a precária situação dos presídios brasileiros. Violência policial, superlotação, condições insalubres de higiene, problemas estruturais e a ausência de consultórios médicos evidenciaram o atropelamento dos direitos fundamentais daqueles que permaneciam atrás das grades.

O poder estatal, finalmente, começou a reconhecer a existência de facções criminais que comandavam os maiores presídios do país. A criação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), surgiu com o intuito de coibir esses coletivos, contudo, a ideia é duramente questionada, porquanto traduz, mais uma vez, violações de ordem constitucional e humanitária.

O país já foi alvo de inúmeras denúncias perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) devido à superlotação – frisa-se que em 2020 restou constatado pelo DEPEN cerca de 758.676 encarcerados em unidades prisionais, sem levar em conta os presos em delegacias – ostentando a terceira po-

¹ Na Casa de Detenção, em 2 de outubro de 1992, após um confronto entre os encarcerados, o Coronel Ubiratan acionou a tropa de choque, que era comandada por Pedro Franco Campos, responsável pelo Secretário de Segurança Pública, que invadiu o presídio com o intuito de retomar o comando e estabelecer a ordem. Desta invasão, 111 presos foram mortos e 110 ficaram feridos. Ademais, nenhum policial foi morto. A repercussão do caso foi internacional e, à época, a Casa de Detenção possuía mais de 7 mil presos. (VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.).

sição no *ranking* de países com o maior número de encarcerados. Vale mencionar que 30% dos presos estão em prisão preventiva, ou seja, sequer possuem condenação.²

Além disso, imperioso destacar que em 2015 o Superior Tribunal Federal reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro. Contudo, a situação segue caótica e agravada pela pandemia de coronavírus que assola o mundo desde o final de 2019.³

Cumprir tecer um parêntese, antes de ingressar na seara da prisão preventiva, a respeito do princípio da presunção da inocência no processo penal brasileiro. É sabido por todos que este princípio ocupa o topo da pirâmide do processo, pelo menos, deveria ocupar. Contudo, os últimos anos demonstram que há uma grave relativização que está traduzida na porcentagem de ocupação de presos provisórios nos caóticos presídios brasileiros.

3 Da principiologia atinente às prisões cautelares

3.1 Do estado de inocência

Deve-se atentar ao fato de que enviar à prisão um indivíduo sem condenação definitiva é estar retirando, além de outros direitos, o direito à inocência. Nas lições de Aury Lopes Jr., há duas dimensões a serem observadas quando da violação da presunção de inocência, a dimensão interna e a externa.⁴

Na dimensão interna, o que se prioriza é a atuação de quem incumbe a acusação e no processo penal brasileiro este posto é ocupado pelo órgão acusatório, já que o acusado não detém o ônus de provar que é inocente. Ainda, vale ressaltar se houver dúvidas, o juiz deve, obviamente, optar pela absolvição, em nome do brocardo *in dubio pro reo*.⁵

No que tange à dimensão externa, imperioso destacar que a presunção de inocência deve coibir quaisquer abusos que possam ser perpetrados fora do processo penal, ou seja, os assédios midiáticos comumente realizados por parte dos veículos de imprensa e, conseqüentemente, a estigmatização “precoce” com o acusado.⁶

² DEPEN. *Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados*. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>>. Acesso: 25 maio 2021.

³ Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347*. Relato Min. Marco Aurélio de Melo. Julgado em 9 de setembro de 2015. Dje em: 11 de setembro de 2015.

⁴ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 23-24.

⁵ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 23-24.

⁶ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 24.

É imprescindível destacar que, mesmo após a sentença penal condenatória, não há justificativas para a estigmatização do acusado. O arcabouço prisional, por si só, já realiza uma intensa violação aos direitos mais básicos do indivíduo que deverá permanecer atrás das grades.

Nesse diapasão, conforme referido alhures, 30% dos presos não possuem condenação, isto é, estão presos provisoriamente. É evidente, após a divulgação deste percentual, que as medidas cautelares alternativas à prisão estão drasticamente banalizadas.

Ainda, cumpre mencionar, que após a pandemia do coronavírus, houve a publicação da Recomendação 62/2020 do CNJ com o intuito de que medidas cautelares fossem aplicadas alternativamente à pena privativa de liberdade aos presos que estão classificados no grupo de risco (gestantes, lactantes, portadores de doenças, idosos e entre outros), contudo, tal medida, de modo geral, falhou, porquanto os julgadores não flexibilizaram as duras medidas já impostas.

As medidas cautelares diversas da prisão estão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal e seu rol é taxativo. Insta repisar que diversos princípios norteiam o processo penal, como o princípio da inocência, mencionado alhures. Contudo, aqui, faz-se mister referir o Princípio da Legalidade, ou seja, qualquer medida que seja aplicada com o intuito de restringir a liberdade de um indivíduo que está submetido a uma ação penal e/ou a um inquérito policial, deve estar amparada na legislação já existente.

3.2 Jurisdicionalidade

Outrossim, essas medidas devem possuir uma fundamentação, conforme estabelecido no art. 93, IX,⁷ da Carta Magna. Atrelado a isso está o princípio da jurisdicionalidade, disposto no art. 5º, LXI,⁸ do mesmo livro, o qual argu-

⁷ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁸ Art. 5º. 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, nos termos seguintes:

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

menta que nenhum indivíduo poderá ser preso por alguém que não tenha competência para tal, como, por exemplo, delegado de polícia e promotor. Os únicos que possuem competência para exercer tal medida são os juízes e os desembargadores.⁹

No que diz respeito às prisões cautelares, o art. 283 do CPP,¹⁰ de igual forma, dispõe que somente as autoridades competentes podem exarar ordem de prisão, seja em âmbito cautelar ou quando há sentença penal condenatória. Sendo assim, em que pese o dispositivo mencionado alhures possua outros desdobramentos que versam sobre a execução antecipada da pena e presunção de inocência, o que não se discute nesta presente pesquisa, é indispensável que esteja descrito na legislação processual penal quem possui competência para que estas medidas sejam decretadas.

Nesse sentido, a restrição à liberdade do indivíduo não deve resultar tão somente de uma ordem, mas sim de uma decisão que observe as garantias mínimas do acusado, assim como a imparcialidade do julgador, o contraditório e a ampla defesa e, nesse ponto, especialmente a motivação.¹¹

3.3 Do contraditório

Na sequência, outro princípio de extrema importância é o contraditório, que está expresso no art. XX da Constituição Federal. Em apertada síntese, é resguardado o direito de contraditar aquilo que está sendo dito pela parte. Ou seja, sob a perspectiva do réu, o dito princípio permite que haja o direito de se defender de toda e qualquer acusação que lhe for feita, mediante a produção das provas admitidas no ordenamento jurídico brasileiro.

No que se refere às medidas cautelares, imperioso destacar que a Lei nº 12.403/11 inseriu o princípio do contraditório e da ampla defesa no antigo art. 282, § 3º, do CPP, que foi reformado com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019.

O chamado pacote anticrime reforçou, no diploma processual penal brasileiro, o direito ao contraditório nos casos de prisão cautelar. Observe-se que o novo art. 282, § 3º, do Código de Processo Penal, ainda que tênue e à mercê de

⁹ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 36.

¹⁰ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JudPodivm, 2020. p. 934.

interpretações e ativismos judiciais,¹² faz constar a necessidade de intimação do investigado/acusado/réu para manifestar-se diante da representação pela medida cautelar.

Fala-se em interpretações e ativismos em razão do primeiro trecho do § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. Afinal, quem decide o que é urgência ou perigo de ineficácia? O que se sabe é que não há um consenso a respeito, de forma que se identifica uma lacuna legislativa que permite o seu preenchimento a depender de quem a lê e a executa.

Apesar disso, compartilha-se da leitura constitucional de Aury Lopes Jr., que afirma não se sustentar o contraditório imediato nos casos de prisão preventiva, especialmente nos casos em que há risco de fuga. Contudo, em não sendo possível o exercício do contraditório em um primeiro momento, o juiz, de imediato, após decretar a prisão cautelar, deveria designar uma audiência, de modo a possibilitar a oitiva do agente, que poderá, enfim, exercer sua defesa a respeito da prisão.¹³

Em vista disso, aponta-se a inclusão definitiva e obrigatória da audiência de custódia – disposta no art. 310,¹⁴ CPP – a qual é invocada nas 24 horas seguintes à prisão, com o escopo de ouvir o acusado e decidir se a segregação é necessária ou se é possível a substituição por outras medidas cautelares diversas da prisão, as quais estão designadas no art. 319 do CPP.

Em que pese o instrumento da audiência de custódia seja relativamente novo, é de extrema importância, porquanto oportuniza, de maneira célere, que o acusado exerça seu direito de defesa frente à medida decretada. Ademais, necessário referir que a audiência de custódia, de certa forma, impede que a morosidade do judiciário brasileiro prejudique o indivíduo que tenha sido preso em flagrante.

Apesar de prever exatamente o que Aury Lopes Jr. vinha defendendo em suas obras, a audiência de custódia segue sendo negligenciada, especialmente após o início da pandemia do novo coronavírus.¹⁵

¹² Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

¹³ LOPES JR., Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16.

¹⁴ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 36.

¹⁵ VIAPIANA, Tábata. Epidemia da Covid-19 justifica dispensa de audiência de custódia, diz TJ-SP. *Consultor Jurídico*, 13 jul. 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-13/pandemia-justifica-dispensa-audiencia-custodia-tj-sp>>.

Mesmo após a decisão proferida pelo Ministro Nunes Marques, do STF, no dia 28 de junho de 2021, que autorizou os tribunais a realizarem audiências de custódia por videoconferência, durante a pandemia da Covid-19,¹⁶ a prática profissional deixa clara que o direito dos imputados de comparecerem à presença de um juízo, com a maior brevidade possível, permanece eivado de desprezo.

Diante dos tratados internacionais de que o Brasil faz parte, bem como da própria legislação pátria, que ainda é um espaço democrático e que possibilita a busca pela conformidade constitucional, é preciso perseverar pela plena aplicação da principiologia que rege o processo penal e as medidas cautelares. É preciso continuar buscando as devidas adaptações, aperfeiçoamentos e a inserção de uma nova cultura a respeito do sistema penal e da liberdade como última *ratio*.

3.4 Da provisionalidade

Diferente do contraditório, que ainda é estranho às medidas cautelares, a provisionalidade é um princípio básico, dado que a prisão cautelar carrega consigo a urgência e a situação fática que irá legitimar a medida.¹⁷

No que diz respeito à legislação processual vigente no Brasil, imperioso destacar que tal princípio pode ser encontrado quando da leitura do art. 282, § 4º e 5º¹⁸ do CPP. Isto é, caso os requisitos previstos no art. 312 não estejam presentes, ou seja, verificadas as ausências do *periculum libertatis* e do *fumus commissi delicti*, não há falar em manutenção da prisão preventiva, tendo em vista seu caráter “situacional”, conforme leciona Aury Lopes Jr.¹⁹

Nesse sentido, a partir do momento em que os motivos que ensejaram a aplicação de qualquer medida cautelar não existirem mais, não há necessidade para que a medida cautelar permaneça, ou seja, a autoridade competente deve exarar decisão revogando a medida.

¹⁶ CNJ. Notícias CNJ/Agência CNJ de notícias. Audiência de custódia: liminar no STF garante realização por videoconferência na pandemia. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-liminar-no-stf-garante-realizacao-por-videoconferencia-na-pandemia/>>.

¹⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 588.

¹⁸ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).
§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência).

¹⁹ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 36.

De acordo com Nereu Giacomolli:

Uma vez desaparecida a motivação fática que serviu de supedâneo à medida cautelar, esta perde a sua funcionalidade e o sujeito retoma *ostatus quo ante*, ou seja, o do gozo irrestrito da liberdade. Por isso, as medidas cautelares são situacionais, sustentáveis, enquanto a situação fática continuar integrando a motivação legal.²⁰

Anota-se por pertinente a crítica realizada por Aury Lopes Jr., ao afirmar que o princípio da provisionalidade, diante das inúmeras medidas cautelares elencadas na legislação penal, acaba permitindo uma atuação mais espontânea por parte do julgador, o que pode conduzir a um ativismo judicial disfarçado.²¹

Melhor dizendo, em obediência aos demais princípios tratados até aqui, indispensável que sejam observadas as características do sistema acusatório, como as limitações impostas aos juízes e juízas, nesse caso, especialmente no que diz respeito à inércia e à imparcialidade.²²

3.5 Da provisoriedade

Apesar de a nomenclatura dos princípios da provisionalidade e da provisoriedade serem semelhantes, suas funções são distintas. No que diz respeito à provisoriedade, mostra-se necessário mencionar a questão do tempo em que a medida cautelar deve durar, já que ainda não há falar em condenação e/ou pena antecipada.²³ Em que pese o art. 316²⁴ do Código de Processo Penal tenha introduzido, em seu parágrafo único a determinação de reavaliação da prisão preventiva a cada 90 dias, outras medidas acabaram não sendo abrangidas, demonstrando a ausência de preocupação em relação aos abusos que podem ser perpetrados.

Atualmente, apesar da reavaliação, a situação ainda é crítica, – conforme mencionado alhures, 30% dos presos estão presos preventivamente aguardando condenação – ou seja, a prisão preventiva vem sendo utilizada a título de cumprimento de pena, infringindo, por assim dizer, o que há de mais valioso para um ser humano, a sua liberdade.

²⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 422.

²¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 589.

²² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 589.

²³ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 37

²⁴ Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência).

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência).

Nota-se que, legislativamente, a questão temporal da prisão preventiva não foi tratada, tampouco a jurisprudência logrou êxito em limitar o prazo a que ficará submetido o custodiado. Disso, resulta a indeterminação e o excesso de prazo para a formação da culpa.²⁵

Aliás, sobre o excesso de prazo, não se pode olvidar que a leitura às Súmulas nº 52 e nº 21²⁶, ambas do STJ, deve ser extremamente cautelosa, tendo em vista que apesar de a previsão de encerramento do excesso de prazo com o término da instrução e/ou da pronúncia, respectivamente, o indivíduo permanece preso, ou seja, que marco final é esse? No mínimo, mostra-se incompatível com a presunção de inocência e com o julgamento em prazo razoável, ambos previstos na carta magna, no art. 5º, incisos LVII e LXXVIII.²⁷

3.6 Da excepcionalidade

Identifica-se que, ao tratar da principiologia das prisões cautelares, eleva-se a liberdade como um dos principais bens jurídicos. Justamente por isso, primordial a análise a respeito da adequação e suficiência das medidas cautelares a serem aplicadas em cada caso concreto.

Logo, aliada à adequação, suficiência, necessidade e proporcionalidade, tem-se a excepcionalidade na decretação da prisão preventiva, que, seguindo o corolário lógico desse princípio, deve ser utilizada como “ultima ratio” e somente quando inadequadas e insuficientes outras medidas dispostas no ordenamento jurídico.²⁸ Essas são as disposições dos arts. 282, § 6º e 310, II, do Código de Processo Penal.²⁹

²⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 590.

²⁶ Súmula 52 – Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

Súmula 21 – Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

²⁷ Art. 5º. 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, nos termos seguintes:

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

²⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 594.

²⁹ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência).

Conforme leciona Ferrajoli, se as prisões cautelares não fossem utilizadas como antecipação de pena, seu cumprimento deveria ser feito em um estabelecimento diverso do sistema prisional, com condições apropriadas. Ainda, afirma que o preso preventivo está em situação mais degradante que o preso definitivo, já que este último desfruta de saídas temporárias e progressão de regime.³⁰

A prisão provisória, há muito, tornou-se banal, ordinária e comum, perdendo sua legitimidade e afastando-se cada vez mais das características que, *a priori*, deveriam traduzi-la. Há uma generalização em seu entorno e, naturalmente, parte disso, infelizmente, ocorre em razão da forte presença da opinião pública.³¹

Disso tudo, a única conclusão que se vislumbra é aquela apontada por Aury Lopes Jr.: “o problema não é legislativo, mas cultural.”³²

3.7 Da proporcionalidade

Passa-se a análise do princípio que pode ser considerado o mais importante em relação às medidas cautelares, a proporcionalidade. De acordo com Aury Lopes Jr, o princípio da proporcionalidade é definido como o princípio dos princípios.³³

Nesse sentido, em âmbito processual, a proporcionalidade se faz de extrema importância pois irá nortear o comportamento do magistrado em suas decisões, de modo a restringir sua atividade imoderada, isto é, o princípio atua na contenção dos excessos dos atos estatais.³⁴

Contudo, a doutrina alerta para o risco que se observa na conceituação da proporcionalidade. Afinal, o que, de fato, determina e limita o significado do ser

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência).

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).

³⁰ FERRAJOLI, Marzia; DALIA, Andrea Antonio. *Manuale di diritto processuale penale*. Milano: CEDAM, 1997. p. 776 e s.

³¹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 55. [Ebook]

³² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 595.

³³ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 44.

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JudPodivm, 2020. p. 937.

proporcional.³⁵ A partir disso, com o intuito de abalizar o conceito do princípio, entende-se que a proporcionalidade reúne três subprincípios: necessidade, adequação e excepcionalidade.

As medidas cautelares, sobretudo a prisão preventiva, ao serem chanceladas pelo magistrado competente, devem estar em consonância com o caso concreto, ou seja, para que a adequação, a necessidade e a excepcionalidade sejam de fato aplicadas, o magistrado deve fazer uma ponderação entre as condições pessoais do sujeito e o delito praticado.

Observa-se que, embora haja uma linha tênue entre a proporcionalidade e a banalização das medidas cautelares, espera-se que o estado de inocência prevaleça, pois a proporcionalidade busca justamente a ponderação das medidas a serem aplicadas.³⁶

Seguindo nessa conjuntura, Roxin também afirma que, especificamente quanto à prisão cautelar, o princípio da proporcionalidade conduzirá a decisão do poder público ao estritamente necessário:

Entre as medidas processuais, a prisão preventiva é a interferência mais grave na liberdade individual; por outro lado, é indispensável em alguns casos para a administração eficiente da justiça penal. A ordem interna de um Estado é revelada na forma como esta situação de conflito é regulada: Estados totalitários, sob a antítese errônea do cidadão-estado, exageram facilmente a importância do interesse do Estado na implementação mais eficiente possível do processo penal. Num Estado de direito, por outro lado, a regulação desta situação de conflito não é determinada pela antítese Estado-cidadão; o próprio Estado está vinculado por ambos os objetivos - assegurar a ordem através da ação penal e proteger a esfera de liberdade do cidadão. Assim, o princípio constitucional da proporcionalidade exige que a medida e os limites da detenção preventiva sejam restringidos ao estritamente necessário. (tradução nossa)³⁷

Isto é, revela, de certa forma, a verdadeira face do Estado Democrático de Direito em que se vive atualmente.

Entretanto, como já pontuado acima, o princípio da proporcionalidade demanda a ponderação do caso concreto, ou melhor, das condições pessoais do acusado, das nocividades do sistema prisional, bem como dos efeitos da liberdade desse indivíduo com relação à sociedade em si.

A partir disso, nota-se um “duplo espectro, representado por um âmbito negativo – de proteção contra o excesso – e por um âmbito positivo – de proibição de ineficiência, também chamado de vedação da proteção deficiente.”³⁸

³⁵ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 45.

³⁶ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 45.

³⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 257-258.

³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JudPodivm, 2020. p. 937.

Lenio Streck diz tratar-se do “garantismo positivo”, isto é, não mais basta que o princípio da proporcionalidade seja reconhecido e identificado como aquele que barra os excessos do poder público. Há, também, que ser tido como aquele que demanda maior atuação do estado na prevenção e repressão da prática de crimes, ou seja, trata, aqui, da insuficiência de proteção da coletividade como um todo.³⁹

Em suas palavras,

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente do excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.⁴⁰

A partir do exposto, e no que mais importa a esta pesquisa, conclui-se que, quanto às medidas cautelares de natureza pessoal, especialmente no que tange à prisão processual, ela somente atenderá ao postulado da proporcionalidade se, e somente se, for equivalente ao crime, aos efeitos dele e às sanções que dele venham a decorrer, não bastando argumentos genéricos, apoiados somente no próprio tipo penal ou em meras presunções.

Não se pode olvidar que, da primeira à última instância, escoltando este e todos demais princípios processuais, está o da presunção de inocência, de modo que inadmissível fazer uso da prisão cautelar para cumprimento antecipado de pena.

4 A prisão preventiva e a devoluta garantia da ordem pública

Após a análise sucinta dos princípios, analisar-se-á, a utilização da prisão preventiva e, posteriormente, o conceito da “ordem pública”.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*, p. 8. Disponível em: <<http://www.escoladaajuris.org.br/esm/images/arquivos/penal/bemjuridicoconstituaolnoliusstreck.pdf>>. Acesso: 1º jul. 2021.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*, p. 8. Disponível em: <<http://www.escoladaajuris.org.br/esm/images/arquivos/penal/bemjuridicoconstituaolnoliusstreck.pdf>>. Acesso: 1º jul. 2021.

De acordo com Aury Lopes Jr., o pressuposto primordial para que seja decretada a prisão preventiva, que está previsto no art. 312⁴¹ do Código de Processo Penal, é o *fumus commissi delicti*,⁴² ou seja, pressupõe a existência de indícios de autoria e materialidade. É necessário que a conclusão do magistrado seja retirada do bojo da investigação, a qual deve indicar, portanto, quem cometeu este fato e suas consequências.⁴³

Vale ressaltar que o ordenamento jurídico não deve aceitar somente meros indícios. Conforme Nereu Giaconolli: “[...] ademais da simples clareza (*clear evidence*), há de informar uma causa provável (*probable cause*), em perspectiva de uma pluralidade de indícios contingentes, vinculados temporalmente ou a uma dinâmica circunstancial e fática.”⁴⁴

Para além do *fumus commissi delicti*, surge o *periculum libertatis*,⁴⁵ que representa uma situação que pode causar algum perigo ao regular trâmite do processo. De acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal [...]”. Esses, são, portanto, os aspectos que constroem o conceito de *periculum libertatis*.

Vale ressaltar que é necessário somente um desses aspectos para que a prisão preventiva seja decretada, sendo dispensável a cumulação de dois ou mais aspectos.

Inicia-se com a análise da “garantia da ordem pública” sob os argumentos da “credibilidade nas instituições” e o “perigo de reiteração”. Em relação à credibilidade nas instituições, é vergonhoso que esse argumento seja utilizado quando da análise de uma medida cautelar. Conforme Aury Lopes Jr:

Noutra dimensão, é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um também grave retrocesso para o estado policial e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado.⁴⁶

No que tange o perigo de reiteração, é impossível prever se o indivíduo irá delinquir novamente. Há um grave atropelo à presunção de inocência, pois, não

⁴¹ 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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

⁴² Termo em latim traduzido de forma livre como fumaça da existência do crime.

⁴³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 633-634.

⁴⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 428.

⁴⁵ Termo em latim traduzido de forma livre para perigo ao trâmite do processo.

⁴⁶ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 122.

há falar em eventuais hipóteses de reiteração delitiva. Vive-se sob um estado de “direito penal do futuro”, onde os juízes são vistos como videntes portadores de bolas de cristais. Como menciona Raúl Zaffaroni, não é possível que essas medidas sejam decretadas mediante o “*periculosômetro*”.⁴⁷

Em que pese alguns países – Espanha, Itália, Portugal e Alemanha – admitam a prisão preventiva baseada no conceito da “reiteração”, é inadmissível que este argumento, ainda hoje, seja utilizado.

Outrossim, imperioso mencionar que o conceito de “garantia da ordem pública” está intimamente atrelado ao nazismo da Alemanha, onde as prisões eram decretadas devido à legislação ampla e permissiva para este tipo de situação.⁴⁸

Ainda, Rogério Schiatti Cruz definiu de maneira certa o conceito de ordem pública:

[...] inafastável, cremos, a conclusão de que o legislador pátrio foi muito infeliz ao escolher a vaga expressão “garantia da ordem pública” para autorizar a prisão preventiva do investigado ou do acusado no processo penal. Mais infeliz ainda foi o reformador de 2011 ao nada inovar quanto a isso, mantendo a mesma redação dada ao artigo 312 do CPP pelo Código de 1941.⁴⁹

Diante dessa vagueza e dessa obscuridade observada no conceito e na expressão “garantia da ordem pública”, nota-se uma lacuna no ordenamento jurídico, onde não há definição clara acerca dos requisitos para a decretação da medida cautelar, o que acaba por permitir que se atribua à prisão preventiva caráter de antecipação do direito penal, tornando-se atividade típica de polícia e utilizada justamente sob o argumento de proteção e de garantia da segurança pública.⁵⁰

Nesse ponto, com o intuito de complementar o que fora exposto acima, Aury Lopes Jr. explica que:

A prisão cautelar transformou-se em pena antecipada, com uma função de imediata retribuição/prevenção. A “urgência” também autoriza(?) a administração a tomar medidas excepcionais, restringindo direitos fundamentais, diante da ameaça à “ordem pública”, vista como um perigo sempre urgente.⁵¹

Assim, observa-se que o magistrado – ao decidir sobre a prisão cautelar – deveria, de fato, desempenhar seu papel de garantidor dos direitos e garantias das pessoas que se encontram sob custódia do estado, e não permitir influências externas, como o já mencionado clamor social.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 122.

⁴⁸ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 116.

⁴⁹ CRUZ, Rogério Schiatti. *Prisão cautelar: Dramas, princípios e alternativas*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017 p. 261-262.

⁵⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 121.

⁵¹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 55.

Essa intervenção pode – e em muitas oportunidades o faz – induzir os julgadores a decisões que contam com argumentos intimamente atrelados à ideologia de defesa social, inspirados em discursos “[...] de limpeza social, apoiado na separação maniqueísta entre criminosos e cidadãos de bem.”⁵²

Outro argumento comumente utilizado quando da fundamentação da prisão preventiva é o “clamor público”. Entende-se que o “público”, muitas vezes, é a mídia que acaba tendo uma enorme influência nos casos de grande repercussão e retoma-se o conceito mencionado acima de “credibilidade das instituições”, ou seja, a prisão é decretada em razão de um caso que ganha grandes proporções e – na visão dos delirantes juízes – merece medidas duras e autoritárias para que fique demonstrada a força do Estado.

No que tange à ordem econômica, é evidente que a prisão preventiva não está apta a resguardar o suposto prejuízo econômico sofrido pela vítima. O instrumento adequado seria uma indisponibilidade de bens e sequestro.⁵³

Entretanto, Guilherme de Souza Nucci traça um paralelo entre o indivíduo que comete um roubo simples e o indivíduo que devia milhões da Administração Pública. Ora, não é crível decretar a prisão preventiva com base na ordem econômica do sujeito que pratica um roubo simples, porquanto, conforme mencionado acima, não é este o meio adequado que fará a vítima ter seu bem restituído.

Nesse diapasão:

A ganância despudorada, a ambição desmedida, o egoísmo abusivo, dentre outros elementos da personalidade humana, podem provocar danos graves ao sistema financeiro e à ordem econômica. Para este fim serve a prisão cautelar: retira-se de circulação o sujeito fadado a esgotar as suas forças no enxugamento dos recursos de instituições financeiras ou cofres públicos.⁵⁴

Para Aury Lopes Jr.: “Em suma, as prisões para garantia da ordem pública ou da ordem econômica possuem um defeito genético: não são cautelares. Portanto, substancialmente inconstitucionais.”⁵⁵

A conveniência da instrução criminal possui o escopo de evitar, em linhas gerais, que o acusado destrua possíveis provas que podem ser objeto de análise quando da investigação. Além disso, qualquer conduta que possa perturbar a instrução criminal é vista como motivo para que a prisão seja mantida, como por exemplo, a coação de testemunhas.

⁵² VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Dissertação Mestrado em Ciências Humanas, PUCRS, 2008, 178 p., p. 13.

⁵³ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 519.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 686.

⁵⁵ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 121.

Não é razoável que a prisão seja decretada por simples receio de que o acusado possa destruir alguma prova. Deve haver alguma comprovação de que isso, de fato, ocorrerá. Novamente, a prisão cautelar deve ser exceção e não regra.⁵⁶

No que diz respeito ao conceito de assegurar a aplicação da lei penal, outra vez deve ser observada a necessidade da decretação da prisão. Obviamente, se há risco de fuga, não há motivos para que a prisão cautelar não seja aplicada. Contudo, retomamos o que fora dito anteriormente em relação às previsões futuras. Se o acusado não demonstrou nenhum indício de fuga, como fundamentar uma decisão de prisão cautelar?

Aury Lopes Jr. explica que:

Infelizmente, muitos juízes olvidam-se disso, e, com base em frágeis elementos, tomam essa decisão tão séria e estigmatizante. O risco deve apresentar-se como um fato claro, determinado, que justifique o medo de evasão do acusado. É imprescindível um juízo sério, desapassionado e, acima de tudo, racional.⁵⁷

Destarte, repara-se que a prisão decretada antes da confirmação do acórdão condenatório não está entre as medidas excepcionais, porquanto houve, conforme leciona Luiz Regis Prado, um rompimento com a presunção da inocência em nome da sociedade.⁵⁸

5 Proporcionalidade, disciplina e controle

Como mencionado anteriormente, um dos princípios mais elementares quando se trata de prisões cautelares é o da proporcionalidade. E, retomando a sua relevância, parte-se de outra perspectiva.

Isto é, a [ausência de] proporcionalidade na aplicação da prisão preventiva pode ser percebida também pelo viés da sociedade de controle e de disciplina.

Antes de ingressar neste aspecto, necessário traçar, em apertada síntese, a diferença entre a sociedade de disciplina e a sociedade de controle. A primeira diz respeito a um modelo de vigilância vertical, o qual é difundido e praticado por um único indivíduo que ocupa este espaço, ou seja, tem-se um poder hierarquizado. Utiliza-se como exemplo desta modalidade o tão conhecido pan-óptico ou a construção do muro de Berlim. Assim sendo, a segunda refere-se às estratégias que envolvem a tecnologia da informação, tais como a intercepta-

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 686.

⁵⁷ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 129.

⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. *Prisão Preventiva: a contramão da modernidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 125.

ção de mensagens, porquanto nesta modalidade de controle não há apenas um indivíduo e sim uma rede de outros indivíduos. Há, portanto, uma espécie de evolução da sociedade de disciplina à sociedade de controle.⁵⁹

Evidente que categorias centrais das sociedades de controle têm aplicação contínua e cada vez maior em solo brasileiro, através de técnicas de disciplina e biopolítica, que permanecem em plena vitalidade. Dessa forma, a prisão preventiva compõe grande parte da tradução da interminável crise penitenciária que vem sendo enfrentada.

Nesse sentido, anota-se que, ainda que se concorde que as sociedades de disciplina foram e têm sido substituídas pelas sociedades de controle, que a técnica principal da disciplina, o confinamento, tem sido abandonada e substituída pelo “controle contínuo e comunicação instantânea”,⁶⁰ ainda é possível observar a existência de um espaço moldado para o adestramento, para a disciplina de exceção e para as relações de poder.

Em certa medida, ao analisarmos o que Deleuze afirma sobre as modificações observadas no regime das prisões já na sociedade de controle (métodos soberanos devidamente adaptados, tais como penas substitutivas e monitoramento eletrônico)⁶¹ encontramos-nos em um paradoxo. Isso porque:

Apesar do reconhecido fracasso das funções declaradas da privação de liberdade e da introdução de penas alternativas, a prisão não só subsiste como tem crescido e se tornado mais rigorosa. As penas alternativas têm colocado um crescente número de pessoas sob controle penal sem que tenha havido qualquer redução significativa no número de pessoas atrás das grades.⁶²

Ao mesmo tempo, na sociedade de controle “extramuros” tem-se a segurança (ou seu discurso legitimador) como um de seus imprescindíveis sustentáculos. Ou seja, segurança através de câmeras em lojas, supermercados, escolas, bancos e ruas. Segurança através de antivírus, de aplicativos que protegem a privacidade e de banco de dados.

⁵⁹ COSTA, Rogério da. *Sociedade de controle*. São Paulo em perspectiva. 18(1): 161-167, 2004. p. 2-4. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/spp/a/ZrkVhBTNkzkJr9jVw6TygVC/?format=pdf&lang=pt>> Acesso: 5 dez. 2021.

⁶⁰ DELEUZE, Gilles. *Conversações, 1972-1990*. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 215-216.

⁶¹ DELEUZE, Gilles. *Conversações, 1972-1990*. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 225.

⁶² Trata-se de tradução de Maria Lucia Karam do capítulo Latin American Prisons, In: JEWKES, Y.; CREWE, B.; BENNETT, J. (Orgs.). *Handbook on Prisons*. 2. ed. Abingdon: Routledge, 2016. KARAM, Maria Lucia; DARKE, Sacha. Prisões latino-americanas. *Empório do Direito*, São Paulo, 14 mar. 2016. Disponível em: <<https://emporioidireito.com.br/leitura/prisoos-latino-americanas-1508702837>>. Acesso: 25 jun. 2020.

Sobre esse último exemplo, Bauman o comparou ao pan-óptico, vez que se “*A principal função do Panóptico era garantir que ninguém pudesse escapar do espaço estreitamente vigiado; a principal função do banco de dados é garantir que nenhum intruso entre aí sob falsas alegações e sem credenciais adequadas.*”⁶³

A partir desse cenário, Byung-Chul Han afirmou que, em verdade, não se deu fim ao pan-óptico, mas sim houve sua ressignificação, transmutando-se para o que se chama de aperspectivístico, isto é, um pan-óptico digital que não é mais vigiado por um poder central ou pelo jogo de olhares que deixa clara a posição do vigiado e do vigia.⁶⁴

À vista disso, observa-se que essas tecnopolíticas vigilantes não afastam a subsistência dos mecanismos de poder que antes eram aplicadas de forma generalizada, mas sim há uma readaptação dessas relações, que passam a operar sob nova perspectiva.

De acordo com Foucault, tanto os mecanismos disciplinares como os de segurança estão, há muito, presentes no ordenamento legal, e mesmo os mecanismos de segurança desenvolvidos na contemporaneidade não podem ser encarados como invalidantes das estruturas jurídico-legais ou dos mecanismos disciplinares.⁶⁵

Pelo contrário, “Atualmente, é exatamente uma gigantesca série de medidas legislativas que faz introduzir e funcionar os mecanismos de segurança.”⁶⁶

A disciplina não desapareceu, ela foi, em certa medida, ressignificada e mudou sua forma de atuação e seus mecanismos de poder, que antes se restringiam às instituições totais e agora ultrapassam os muros desses espaços e adquirem continuidade e fluidez, atingindo todas as áreas da vida social.

A expansão do punitivismo e a elasticidade do sistema penal tem caminhado lado a lado com o crescimento da população prisional que chegou à marca de 773.151 presos em 2019 de acordo com o INFOPEN⁶⁷ e, de acordo com o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, o BNMP, do CNJ,⁶⁸ há, pelo menos, 910 mil pessoas presas no país, sustentando a terceira posição no ranking de países com o maior número de pessoas encarceradas.

⁶³ BAUMAN, Zygmund. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1999. p. 58.

⁶⁴ HAN, Byung-Chul. *Sociedade da Transparência*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017. p. 106.

⁶⁵ FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população: curso dado no Collège de France*. (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 11.

⁶⁶ AMARAL, Augusto Jobim. *Política da Criminologia*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 110.

⁶⁷ DEPEN. *Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados*. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>>. Acesso: 30 jun. 2021.

⁶⁸ CNJ. Portal BNMP, 2021. *Estatísticas BNMP Nacional*. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso: 30 jun. 2021.

6 A resignificação do poder

Repisa-se: essas novas modalidades de poder na sociedade de controle não foram utilizadas para substituir e deixar o confinamento (do corpo) para trás. Pelo contrário, a (falsa) ideia de liberdade que as penas alternativas representam, nada mais é do que a expansão do controle através do poder punitivo.

Apenas para fins de complementação, veja-se que o corpo, há muito, foi descoberto como objeto de poder, objeto que é manipulável e transformável naquilo que se deseja. Para isso, esse corpo é submetido a uma coerção constante, a qual exerce o controle detalhado de suas atividades, o que faz, como faz e onde faz, até que se tornem docilizados.

Assim, “O corpo humano entra numa “maquinaria de poder” que o esquadriha, o desarticula e o recompõe”⁶⁹ independentemente de estar inserido em uma instituição total – como aquelas estudadas por Goffman⁷⁰ – ou no meio social em que costuma viver.

Controla-se intra e extramuros, adaptando os mecanismos de disciplina para cada situação, sem jamais abandonar métodos antigos de adestramento.

Ao mesmo tempo, através do monitoramento eletrônico (coleira eletrônica) é possível abandonar a violência clássica (física) e vigilância contínua sobre o corpo em um determinado espaço, e transmutar para um controle e uma violência subjetiva (não faltam casos de pessoas discriminadas afastadas do meio social em razão do uso de tornozeleiras eletrônicas) a serem exercidos independente de quando e de onde.

Ainda, para além do monitoramento eletrônico, faz-se mister não se olvidar sobre a relevância do banco de dados, que já se pontuou *a priori*.

Não é novidade que o banco de dados é abastecido exaustivamente por inúmeras informações captadas através das mais variadas redes. No entanto, o que mais importa a esta pesquisa é o fato de que essas informações são fornecidas, muitas vezes, voluntariamente, ao passo que “o sinóptico não precisa de coerção, ele seduz as pessoas à vigilância.”⁷¹

⁶⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 42 ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 135.

⁷⁰ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7 ed. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Perspectiva, 2007.

⁷¹ BAUMAN, Zygmund. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1999. p. 59.

7 Considerações finais

Diante da infundável crise do sistema prisional, que assola o país já há muitas décadas, algumas de suas nuances, inevitavelmente, acabam, em certa medida, assumindo o protagonismo diante do cenário contemporâneo. O processo penal é regido e sustentado por inúmeros princípios de ordem fundamental para que se mantenha como um espaço democrático e de garantias.

Todavia, diante da relativização e banalização de alguns desses princípios basilares, especialmente no que diz respeito ao da proporcionalidade – visando o que mais importa a esta pesquisa – o processo penal e o sistema como um todo passam a ser instrumentos para a legitimação de abusos, ilegalidades e inconstitucionalidades.

Nota-se que há grande revés no reconhecimento desse princípio, pois na ausência de uma conceituação concreta e objetiva, abre-se margem para a discricionariedade do julgador. Afinal, o que é proporcional?

Deve-se levar em conta as condições pessoais do acusado, mas também a gravidade do crime cometido. Ou seja, o que se deve avaliar nesse ponto é o caso concreto, ponderando a partir dos chamados garantismos positivo e negativo, para que então se possa chegar a uma decisão em conformidade com a situação que fora apresentada.

Contudo, o que se buscou demonstrar com esse estudo é que tanto – e especialmente – nas prisões, como também em outras medidas cautelares, o que se percebe é a falta de proporcionalidade. Isto é, das mais de 900 mil pessoas presas no Brasil, grande parte dessas não possui condenação.

Mais ainda, a título de exemplo, muitas dessas pessoas estão sob custódia do estado por cometimento de delitos envolvendo o tráfico de drogas. Não raras as vezes em que a quantidade apreendida é ínfima, a ponto de poder ser desclassificada para o que dispõe o artigo 28, da Lei nº 11.343/06.

Ou seja, nota-se que, além das lacunas legislativas da lei de drogas, do fracasso da política criminal de drogas e da substituição por uma verdadeira necropolítica, em termos processuais, também se deixa de conferir proporcionalidade às prisões envolvendo a apreensão de substâncias ilícitas.

Apesar de serem amplamente e exaustivamente estudados e divulgados os números cada vez mais temerosos da população carcerária, a situação, justamente por isso, permanece demandando a pesquisa, a atenção, o confronto e a busca por soluções.

Buscando responder ao questionamento que guiou a pesquisa, observou-se que o cerne da proporcionalidade acaba sendo nas prisões provisórias, quando na verdade deveria ser estendido, igualmente, às medidas alternativas.

Isso porque, para além do sistema carcerário em si, estruturalmente falando, há uma crescente vigilância extramuros que tem ressignificado as técnicas de poder e de disciplina aplicados no interior das instituições totais. Isto é, incontestavelmente, seguimos com ambas as sociedades – de disciplina e de controle –, junto com todas as suas diferenças, que são evidentes na forma de aplicação de seus mecanismos de poder, disciplina, biopolítica e controle.

Verifica-se que apesar da mudança de perspectivas de vigilância entre vigia e vigiado, ela permanece, ainda que ressignificada. A violência física passa a ser subjetiva e apesar de a vigilância não ser mais presencial, ela permanece, independente do dia, da hora e do lugar.

Por fim, é importante que o julgador atente para a proporcionalidade ao aplicar, também, as medidas cautelares diversas da prisão. Isso porque, levando em conta que essas medidas representam, em verdade, uma restrição à liberdade, o contexto de vigilância contínua acaba por contrariar essa premissa.

Referências

- AMARAL, Augusto Jobim. *Política da Criminologia*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- BAUMAN, Zygmund. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1999.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
- _____. *Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.
- CNJ. *Notícias CNJ/Agência CNJ de notícias*. Audiência de custódia: liminar no STF garante realização por videoconferência na pandemia. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-liminar-no-stf-garante-realizacao-por-videoconferencia-na-pandemia/>>.
- _____. Portal BNMP, 2021. *Estatísticas BNMP Nacional*. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>.
- COSTA, Rogério da. Sociedade de Controle. *São Paulo em perspectiva*, 18(1): 161-167, 2004. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/spp/a/ZrkVhBTNkzkJr9jVw6TygVC/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso: 05/12/2021.
- CRUZ, Rogério Schiatti. *Prisão cautelar*. Dramas, princípios e alternativas. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DELEUZE, Gilles. *Conversações, 1972-1990*. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.
- DEPEN. *Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados*. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>>.
- FERRAJOLI, Marzia; DALIA, Andrea Antonio. *Manuale di diritto proces-suale penale*. Milano: CEDAM, 1997.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*: curso dado no College de France. (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 42. ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7 ed. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2007.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade da Transparência*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

KARAM, Maria Lucia; DARKE, Sacha. Prisões latino-americanas. *Empório do Direito*, São Paulo, 14 de mar. de 2016. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/prisoos-latino-americanas-1508702837>>.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JudPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Prisão Preventiva: a contramão da modernidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição*: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <<http://www.escoladaajuris.org.br/esm/images/arquivos/penal/bemjuridicoconstituiaolniusstreck.pdf>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 347*. Relato Min. Marco Aurélio de Melo. Julgado em: 9 de setembro de 2015. Dje em: 11 de setembro de 2015.

VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Dissertação de Mestrado em Ciências Humanas, PUCRS, 2008, 178 p.

VIAPIANA, Tábata. *Epidemia da Covid-19 justifica dispensa de audiência de custódia, diz TJ-SP*. Consultor Jurídico, 13 de jul. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-13/pandemia-justifica-dispensa-audiencia-custodia-tj-sp>>.

