VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO: DIÁLOGOS OU DISJUNÇÕES ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

N935
Novas perspectivas do direito: diálogos ou disjunções entre o direito público e o direito privado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/Unilasalle/UNHwN;

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega -

Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-393-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.
1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Perspectiva. 3. Diálogo. 4.

Disjunção. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34

Universidad Nacional de Costa Rica
Heredia – Costa Rica
www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO: DIÁLOGOS OU DISJUNÇÕES ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

Apresentação

A obra expõe, de forma bastante evidente, o quão ecléticas e ricas foram as apresentações e os debates ocorridos no âmbito do Grupo de trabalho intitulado “Novas perspectivas do direito: diálogos ou disjunções entre o direito público e o direito privado”, por ocasião do VI Encontro Internacional do CONPEDI, na Costa Rica.

Os artigos externam a preocupação dos seus autores de real e efetivamente trazerem à baila as novas discussões empreendidas nos mais diversos ramos do Direito. Se por um lado enaltecem a novidade, os textos não descuidam, por outro, da doutrina tradicional e da perspectiva constitucional tradutora do empoderamento da dignidade da pessoa humana.

A riquíssima experiência de apresentação dos textos de tamanha qualidade somente foi possível pela envergadura dos autores, os quais se comprometeram com a discussão, séria e necessária, de diversos e atuais temas, que entoam a regência da vida moderna pelo direito nas mais diversas áreas.

Por óbvio, os trabalhos não estão a salvo de críticas, mas procuram estabelecer, em intensidades diferentes, a comunicabilidade e a interseção vigentes entre o que outrora se distinguia de forma acentuada como público e privado, nacional e internacional. Novos horizontes se avistam e inovadoras perspectivas estabelecem as relações humanas e estatais.

Aos leitores, desejamos aprazível e inspiradora reflexão!

San Jose, Costa Rica, maio de 2017.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Carrega - UFG

O IMPACTO DA PRISÃO PROVISÓRIA NO SUPERENCARCERAMENTO BRASILEIRO

THE IMPACT OF THE PROVISIONAL ARREST ON THE BRAZILIAN OVER-INCARCERATION

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Resumo

O Brasil vive um superencarceramento e atualmente é a quarta maior população carcerária do mundo, a única dos quatro maiores países que aumenta. A prisão provisória, aqui entendida como qualquer prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, contribui com mais de 40% de todo o contingente de pessoas presas. O presente trabalho tem por objetivo verificar o alcance desse fenômeno, bem como buscar respostas para o problema das razões desse aumento do impacto da prisão provisória mesmo após a reforma do sistema de cautelares do Código de Processo Penal e as perspectivas para o futuro próximo.

Palavras-chave: Superencarceramento, Prisão provisória, Execução antecipada da pena, Sistema de justiça criminal, Política criminal

Abstract/Resumen/Résumé

Brazil is experiencing a over-incarceration and is currently the fourth largest prison population in the world, the only one of the four largest countries to increase. Provisional arrest, understood as any arrest prior to the final res judicata conviction, contributes more than 40% of the entire contingent of prisoners. This paper aims to verify the scope of this phenomenon, as well as to seek answers to the problem of the reasons for this increase of the provisional arrest even after the reform of this system of the Code of Criminal Procedure and the prospects for the near future.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Over-incarceration, Provisional arrest, Early execution of sentence, Criminal justice system, Criminal policy

Introdução

O Superencarceramento brasileiro é uma realidade tratada por muitos pesquisadores críticos do sistema carcerário (cf. ANDRADE, 2003; VIEIRA, 2010). A prisão provisória também é um tema recorrente e vem sendo tratado especialmente de forma dogmática, seja com viés didático (cf. BRASILEIRO DE LIMA, 2014; COSTA, e PACELLI, 2013) ou crítico (cf. LOPES JÚNIOR, 2013; GIACOMOLLI, 2013; MINAGÉ, 2013).

Verifica-se que, de acordo com os dados do "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN" (BRASIL, 2016-A), mantido pelo Ministério da Justiça, de dezembro de 2014, o Brasil tinha uma população carcerária de 622.202 pessoas presas[1], ocupando a 4ª colocação no ranking dos países com maior número de pessoas presas (BRASIL, 2016-A, p. 14), e uma taxa de 306 pessoas presas por cem mil habitantes, ocupando a 6ª posição no ranking dos países com mais de 10 milhões de habitantes com maior taxa de encarceramento (BRASIL, 2016-A, p. 15).

Ainda de acordo com os dados do INFOPEN, 40,1% (quarenta vírgula um por cento) dos presos são provisórios (BRASIL, 2016-A, p. 15/16), isso implica dizer que em 2014 havia quase 250.000 pessoas presas provisoriamente. Mais grave é o fato de que 37% (trinta e sete por cento) dos réus que responderam ao processo preso, sequer foram condenados a pena privativa de liberdade (BRASIL, 2016-A, p. 15).

Dessa forma, se apresenta fundamental investigar o impacto da prisão provisória no superencarceramento brasileiro e, nesse contexto, é importante deixar claro que a expressão prisão provisória não está sendo aqui tratada, como dogmaticamente se faz, no sentido de prisão cautelar, mas como prisão que não é definitiva, ou seja, como prisão antes da sentença condenatória definitiva, porque engloba não apenas a prisão provisória, mas também a execução provisória da pena, recentemente admitida como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016-B).

O problema que se pretende enfrentar neste trabalho é determinar as razões para esse importante impacto das prisões provisórias no atual contexto do superencarceramento brasileiro. Subsidiariamente pretende-se investigar o panorama para o futuro deste cenário.

Trabalha-se com a hipótese de que o impacto da prisão antes da sentença condenatória definitiva vem aumentando progressivamente a despeito das mudanças legislativas porque o Poder Judiciário aplica uma interpretação retrospectiva, que considera

[1] Os numero não incluem as pessoas presas nas carceragens das delegacias, o que significa que este número deve ser ainda maior (BRASIL, 2016, p. 11).

elementos da legislação revogada com a qual seus membros mantém maior afinidade político-criminal.

Para tanto far-se-á uma investigação com base em três vieses metodológicos: uma análise estatística do encarceramento brasileiro e da percepção da sociedade a respeito da eficácia do sistema de justiça criminal; uma abordagem da política criminal que conduziu às alterações legislativas dos últimos vinte anos a respeito da prisão provisória, incluindo as posições dos autores do anteprojeto de lei; um enfrentamento da política criminal judicial contemporânea no Brasil tendo por base, sobretudo, a compreensão dos Ministros no julgamento do pedido cautelar das ADCs 43 e 44 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

1 Análise das estatísticas sobre o superencarceramento brasileiro

O números de pessoas encarceradas no Brasil revela que o país vive um movimento de superencarceramento e, o pior, o taxa é crescente, diversamente dos outros três países que apresentam uma população carcerária maior que a brasileira, todas em declínio (BRASIL, 2014, p. 14).

Sabe-se que o superencarceramento norte-americano se iniciou com a guerra às drogas anunciada pelo governo de Richard Nixon no início dos anos 1971, passando pela intensificação da repressão no governo Ronald Reagan e a medida "Three strikes and you are out" do governo Clinton, que determinou um aumento da população prisional de menos de 200.000 presos para mais de 2.200.000.

Não foram poucos os trabalhos que apontaram tratar-se de um sucedâneo da escravidão (cf. A 13ª EMENDA, 2016) ou, numa visão mais abrangente, uma forma de controlar a população pobre, especialmente negra e latina (cf. WACQUANT, 2007).

No Brasil, as estatísticas também revelam um maior encarceramento da população negra e pobre, bem como a consequência da guerra às drogas (cf. ZACCONE, 2011) estabelecida pelos Estados Unidos como política criminal de padrão global.

Essas afirmações se tornam muito claras quando se verifica que pretos e pardos constituem 53,63% da população brasileira, ao passo que 61,67% da população carcerária é constituída de pretos e pardos, de tal forma que é possível afirmar que o Brasil prende muito mais pretos e pardos do que a proporção da população (BRASIL, 2016-A, p. 36).

É fato que o tráfico de drogas, por si, é um crime não violento e por força da legislação de drogas e da lei de crimes hediondos, também é um dos principais responsáveis por esta grande taxa de encarceramento provisório.

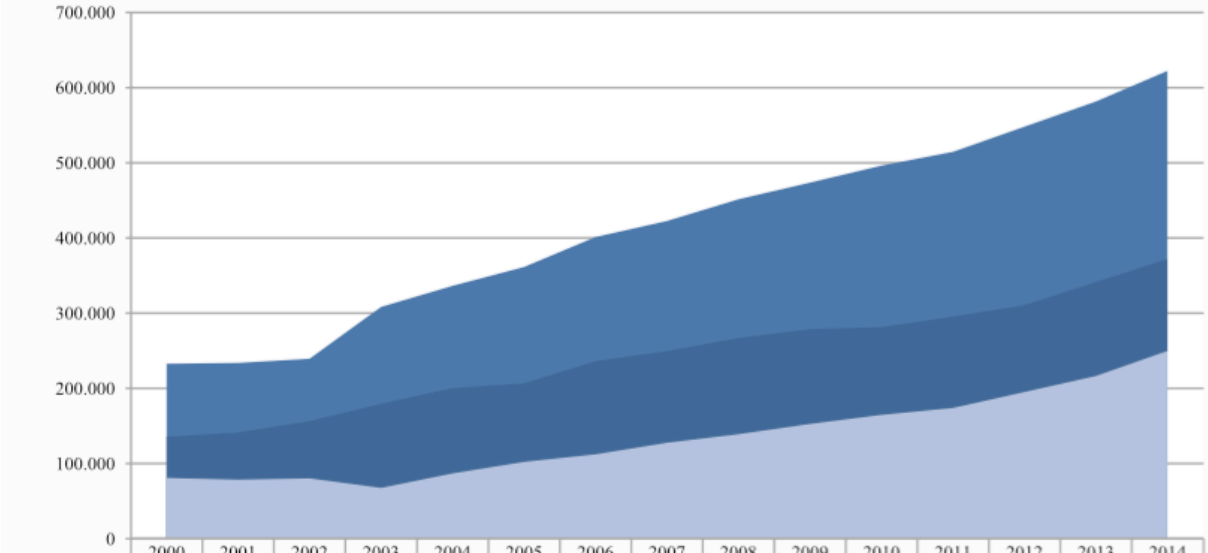
Observe-se que o tipo penal de tráfico de drogas responde por si só por um percentual de 28% de todas as pessoas presas no Brasil (BRASIL, 2016-A, p. 34; cf. BOITEUX, 2014), de sorte que, na mesma medida que o superencarceramento norte-americano, o perfil dos crimes e raças encarceradas segue um padrão definido.

É bem verdade que a guerra às drogas no Brasil produziu um fenômeno específico que é o encarceramento feminino[2] em proporções impressionantes[3], conduzido sobretudo pela guerra às drogas (BILL e ATHAYDE, 2007; QUEIROZ, 2015) e que não constitui o foco do presente trabalho.

De outro lado, um traço característico do superencarceramento brasileiro é a prisão provisória, assim compreendida não apenas as prisões que têm natureza cautelar, mas toda prisão realizada durante o curso do processo, ainda que seja a execução provisória da pena.

Pelo que se pode observar do gráfico abaixo, a população carcerária em 2000 era de 232.755, enquanto em 2014 passou a 622.202, uma taxa de crescimento de 167,32%. No entanto em 2000 havia 80.775 presos provisórios, ao passo que em 2014 esse número aumentou para 249.668, uma taxa de crescimento de 209,09%. Isso significa que o aumento de presos provisórios relativamente ao crescimento da população carcerária foi 40% maior.

Figura 1 – evolução comparativa do número de pessoas no sistema prisional, vagas e presos provisórios



	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
População	232.755	233.859	239.345	308.304	336.358	361.402	401.236	422.590	451.429	473.626	496.251	514.582	548.003	581.507	622.202
Nº de vagas	135.710	141.297	156.432	179.489	200.417	206.559	236.148	249.515	266.946	278.726	281.520	295.413	310.687	341.253	371.884
Provisórios	80.775	78.437	80.235	67.549	86.766	102.116	112.138	127.562	138.939	152.612	164.683	173.818	195.036	216.342	249.668
% provisórios	35%	34%	34%	22%	26%	28%	28%	30%	31%	32%	33%	34%	36%	37%	40%

Fonte: Infopen (BRASIL, 2016-A, p. 22).

[2] Não que nos Estados Unidos não haja um grande aumento do encarceramento feminino, mas no Brasil o número de mulheres encarceradas quase triplicou de 2005 a 2014, ao passo que a taxa anual nos Estados Unidos é de 3,4% segundo DE GIORGI (2017, p. 5).

[3] Enquanto 28% da população prisional está presa por tráfico de drogas, esse número aumenta para 64% quando se considera apenas o total de mulheres presas (BRASIL, 2016-A, p. 40).

Todavia, não se pode perder de vista que o quadro é ainda mais dramático quando se constata que os números apresentados no levantamento do Infopen configuram um retrato do sistema prisional no mês de dezembro de 2014, ou seja, trata-se de uma visão estática da população carcerária.

Tanto que o próprio Infopen traz um dado a respeito das movimentações no sistema prisional no segundo semestre de 2014, como se pode observar do quadro abaixo.

Figura 2 – Movimentações no sistema prisional no segundo semestre de 2014

Entradas	Masculino	Feminino	Total
Número de inclusões originárias (Inclusões não decorrentes de remoção ou transferência de outro estabelecimento do Sistema Prisional)	259.898	20.014	279.912
Saídas	**Masculino**	**Feminino**	**Total**
Número de saídas (Saídas decorrentes de alvarás de soltura, óbitos, entre outros)	181.888	17.212	199.100

Fonte: Infopen (BRASIL, 2016-A, p. 23).

Essas movimentações não são suficientes por si só para compreender a perspectiva dinâmica do sistema prisional. Para isso é necessário proceder a uma análise lógica dos dados disponíveis.

Com efeito, as pessoas presas provisoriamente por mais de 90 dias respondem por apenas 26% (vinte e seis por cento) dos presos provisórios, o que implica dizer que o dado referente ao preso provisório obtido estaticamente em dezembro de 2014 apresenta muito maior dinamicidade se consideradas as entradas e saídas ao longo do ano de 2014. Em outras palavras, durante o ano de 2014 muito mais de 250.000 mil pessoas foram presas provisoriamente no Brasil[4].

Se forem levados em conta que 74% dos presos provisórios – portanto, algo em torno de 185.000 – somente permanecem no sistema prisional por no máximo 90 dias ou 3 meses (BRASIL, 2016-A, p. 26), é possível concluir em números aproximados que a cada trimestre o mesmo número de pessoas é preso provisoriamente e libertado no Brasil, o que totalizaria um rotativo de 740.000 presos (resultado da multiplicação do número de presos do trimestre

[4] Basta verificar que o número de presos provisórios no levantamento de junho de 2014 era de 41%, contabilizando 250.213 presos provisórios de um total de 607.731 pessoas encarceradas (BRASIL, 2014, p. 20), enquanto em dezembro de 2014 o número de presos provisórios era de 40,1%, contabilizando 249.668 presos provisórios de um total de 622.202 pessoas presas (BRASIL, 2016-A, p. 22).

por quatro, que o número de trimestres do ano), enquanto há um número também aproximado de 65.000 presos provisórios (26%) que permanecem mais de 90 dias. Caso esses 26% ficassem presos por pelo menos 12 meses (duradouros), seria correto, em termos de estimativa, afirmar que em ordem de grandeza o número de presos provisórios no ano de 2014 foi de aproximadamente 800.000 mil presos, como resultado da soma dos presos provisórios rotativos e duradouros.

Esse número de presos provisórios (rotativos e douradouros) é mais que o dobro de presos cumprindo pena (algo em torno de 370.000 pessoas) e a soma coincide com a estimativa constante do relatório Infopen de que ao todo mais de 1.000.000 (um milhão) pessoas tenham passado pelo sistema prisional brasileiro ao longo de 2014 (BRASIL, 2016-A, p. 23).

A situação se mostra ainda mais grave quando se verifica que a taxa de ocupação prisional no Brasil é de 167%, ou seja, há 1,67 presos para cada vaga (BRASIL, 2016-A, p. 17). Todavia, quando se observa os dados referentes aos presos provisórios, essa taxa sobe para 179%, o que implica dizer que há 1,79 presos para cada vaga (BRASIL, 2016-A, p. 31)[5]. Número compatível com a quantidade de vagas dedicadas aos presos provisórios no sistema prisional brasileiro, que é de 32%, ao passo que, como já dito, o número de presos provisórios é de 40% do total de pessoas presas.

Assim, se o estado de coisas no sistema prisional brasileiro já é inconstitucional, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015-A), o estado das prisões destinadas aos presos provisórios é ainda mais desumano.

2 Os processos de criação legislativa a respeito do encarceramento antes da condenação definitiva

O vigente, porém amplamente reformado, Código de Processo Penal de 1941 tinha por objetivo declarado a necessidade de "...maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado...", pois o Ministro da Justiça Francisco Campos entendia que a legislação então vigente garantia aos réus "...um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade" (CAMPOS, 1941).

[5] Não se pode ignorar, entretanto, que nessa taxa não estão incluídos os presos provisórios que cumprem execução provisória da pena, pois uma vez que estes iniciam o cumprimento da pena, passam a ocupar a vaga no sistema carcerário equivalente ao regime inicial ao qual foi condenado, embora não deixa de ser uma situação de prisão provisória.

A prisão antes da decisão condenatória definitiva foi ampliada no Código de inspiração fascista de 1941, tendo sido "...restringida a aplicação do *in dubio pro reo*... [e] ...ampliada a noção de flagrante delito, para o efeito de prisão provisória" (CAMPOS, 1941). Além disso, fica claro que a prisão preventiva ganhou amplitude para figurar como uma antecipação penal, como se pode verificar pela leitura de trecho da Exposição de Motivos do Código em que a prisão preventiva é tratada como uma efetivação da própria justiça criminal: "decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça criminal." (CAMPOS, 1941)

Essa tendência repressiva só mudou os rumos político-criminais efetivamente com a Constituição de 1988, certo de que o período que separou o fim do Estado Novo e o Regime Militar no Brasil não produziu nova legislação processual penal menos repressiva[6].

Inobstante a Constituição tenha invertido a lógica autoritária, tornando regra a liberdade em detrimento da prisão durante o processo como decorrência da regra de tratamento do acusado que deflui do princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF), a não realização de uma reforma legislativa que adaptasse o Código de Processo Penal à nova ordem constitucional, fez com que as regras legais ordinárias acabassem por se sobrepor ao texto constitucional, numa atitude que Aury Lopes Júnior (e. g., 2016, p. 177/178) constantemente denunciou, e pode ser compreendida como uma inversão hermenêutica consistente na interpretação da Constituição de acordo com o Código de Processo Penal.

Foram necessários muitos anos de vigência da Constituição de 1988 para que alguns dispositivos claramente violadores dos direitos fundamentais fossem declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Havia cinco prisões provisórias: a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, a prisão decorrente de pronúncia e a prisão temporária, esta incluída no ordenamento em 1989 pela Lei nº 7.960 depois de criada por medida provisória durante o governo do Presidente José Sarney.

As prisões em flagrante, preventiva e temporária continuam vigentes, embora a prisão em flagrante não possa mais persistir durante o processo sem que uma decisão judicial conceda a liberdade ou a converta em preventiva (art. 310 do CPP). Todavia, as prisões decorrente de pronúncia e decorrente de sentença condenatória recorrível percorreram um

[6] Esclareça-se que o fim da prisão preventiva obrigatória só ocorreu durante os anos do regime militar.

longo caminho entre decisões que a consideram constitucional e inconstitucional, até sua revogação.

A decisão de pronúncia impunha a prisão, de acordo com a antiga redação do art. 408 do CPP, mas por força da Lei nº 5.941/73[7], o juiz poderia deixar de decretar a prisão se o pronunciado fosse primário e de bons antecedentes, podendo inclusive revogar a prisão caso já houvesse sido realizada.

A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível era, segundo o art. 393 do CPP, automática, porquanto era tratada como efeito da sentença, tal como o ato de lançamento do nome do réu no rol dos culpados. Pior, o art. 594 do CPP, de acordo com sua antiga redação, impunha que para apelar o réu deveria se recolher preso, condicionando o exercício do direito de defesa e do duplo grau de jurisdição ao encarceramento.

A doutrina, em sua grande maioria, mesmo após a Constituição de 1988, entendia que essa disposição era compatível com o princípio da presunção de inocência:

> Princípio do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII)
> Cremos que não revogou o art. 594 do CPP. O Legislador ordinário entendeu que, havendo uma sentença condenatória julgando o réu culpado, é necessário, para que possa apelar, que se recolha à prisão. Atende-se aos dois requisitos do princípio do estado de inocência: natureza cautelar da medida e sua necessidade (esta determinada pelo legislador). (JESUS, 1996, p. 426)

Essa opinião era encampada pela jurisprudência dos tribunais superiores. Basta ver que em 1990 o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 9 cujo enunciado tinha o seguinte teor: "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência."

É bem verdade que parte da doutrina, diante do conteúdo das garantias constitucionais, passou a compreender que essa prisão não era automática. Em outras palavras, caso o réu fosse condenado, ele só seria preso se o juiz decretasse a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível (TOURINHO FILHO, 2002, p. 282).

Como a lei não estabeleceu requisitos para a decretação, o juiz deveria tomar em consideração os casos de admissão da prisão preventiva previstos no art. 313 do CPP e os requisitos do art. 312 do CPP, analogicamente, mas não se tratava de uma prisão preventiva propriamente dita, uma vez que a redação antiga do art. 311 do CPP limitava o momento em que esta espécie prisional poderia ser decretada até o fim da instrução criminal, não cabendo fazê-lo na sentença.

[7] A Lei nº 5.941/73 ficou conhecida como Lei Fleury por ter sido criada para permitir que um delegado de mesmo nome, colaborador do regime militar, permanecesse solto após ter sido pronunciado.

O entendimento jurisprudencial que inverteu a interpretação da Constituição conforme o Código de Processo Penal, para o Código de Processo Penal conforme a Constituição foi o julgamento do HC 84.078 de 2009.

Muito embora no referido habeas corpus tenha sido julgada a inconstitucionalidade do que se chamou de "execução antecipada da pena" por entender que a inexistência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário não poderia se sobrepor à disposição constante da Lei nº 7.210/84, a Lei de Execução Penal, bem como ao art. 5º, inciso LVII, da Constituição, ao afirmar que "[a] prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar" (BRASIL, 2009), o Supremo Tribunal Federal sacramentou o entendimento sobre a inconstitucionalidade dos artigos 393 e 594 do CPP.

Nesse momento já tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.208/2001, cujo objetivo era alterar o Código de Processo Penal no que concerne à regulamentação da prisão, medidas cautelares e liberdade.

Esse projeto teve origem na proposta elaborada pela comissão de juristas constituída pela Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, composta por Ada Pellegrini Grinover, como presidente, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Rogério Lauria Tucci, Sidney Beneti e René Ariel Dotti, posteriormente substituído por Rui Stoco.

O Projeto de Lei nº 4.208/2001 foi encaminhado pelo Poder Executivo para o Congresso pela Mensagem nº 214/01 (BRASIL, 2001) e terminou por alterar o Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.

Ada Pellegrini Grinover escreveu um artigo sobre o movimento de reforma do Código de Processo Penal em que esclareceu a opção pela reforma parcial, uma vez que a reforma total, embora tivesse a seu favor a harmonia do novo sistema, seria, no seu entendimento, "inexeqüível operacionalmente" (PELLEGRINI GRINOVER, 2007), por isso o Ministro José Carlos Dias convidou o Instituto Brasileiro de Direito Processual pelo Aviso nº 1.151/1999 a apresentar propostas de reforma do código de processo penal para posterior envio ao Congresso Nacional, constituindo a comissão pela já citada Portaria nº 61/2000 que passou a ter um prazo de noventa dias a partir da instalação para apresentar a proposta de reforma.

A comissão apresentou onze anteprojetos sobre os seguintes assuntos: 1 – Investigação Policial; 2 – Procedimentos; 3 – Prisão, medidas cautelares e liberdade; 4 – Efetividade da defesa; 5 – Interrogatório; 6 - Prova pericial; 7 – Prova testemunhal; 8 –

Provas ilícitas; 9 – Citação por edital e suspensão do prazo prescricional; 10 – Júri; 11 – Recursos.

Remodelar institutos inteiros, sempre na preocupação da adequação das normas processuais à Constituição de 1988 e à Convenção Americana sobre os Direitos do Homem foram as razões que motivaram a comissão a elaborar os anteprojetos de reforma, segundo Ada Pellegrini Grinover (2007). Especificamente quanto ao anteprojeto sobre a prisão, medidas cautelares e liberdade, a professora afirmou que as finalidades eram "superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com reformas sucessivas, que desfiguraram o sistema e, ao mesmo tempo, ajustá-lo às exigências constitucionais e colocá-lo em consonância com as modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal" (2007).

Deve ser identificado que não há qualquer menção à redução do número de pessoas provisoriamente encarceradas como objetivo deste anteprojeto, de tal forma que, ao menos declaradamente, esta não era uma preocupação tomada em conta pela comissão para elaborar a reforma.

Quanto ao conteúdo do anteprojeto de reforma do sistema de cautelares pessoais, Ada Pellegrini Grinover afirma que

> as principais alterações da reforma projetada são: a) o tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares e da liberdade provisória; b) o aumento do rol das medidas cautelares, antes centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança; c) a manutenção da prisão preventiva, genericamente, para garantia da instrução do processo e da execução da pena e, de maneira especial, para acusados que possam vir a praticar infrações de criminalidade organizada, de grave ofensa à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira, ou mediante violência ou grave ameaça às pessoas; d) a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar em situações taxativas, bastante restritas, indicadoras da inconveniência ou desnecessidade de se manter o recolhimento em cárcere; e) a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, ocorrer prisão que não seja de natureza cautelar; f) a valorização da fiança. (PELLEGRINI GRINOVER, 2007)

De fato, os pontos mais sensíveis foram a tentativa de superação do pensamento binário prisão/liberdade, inserindo as possibilidades de medidas cautelares diversas da prisão de forma preferencial à prisão cautelar; a redução das possibilidades de admissão da prisão preventiva; bem como a impossibilidade de execução de pena sem trânsito em julgado da condenação.

Essa última ideia se concretizou na revogação dos dispositivos que estabeleciam a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão decorrente de pronúncia como efeito automático, bem como da obrigação de se recolher preso para garantir o direito

de apelar, tendo inclusive dado nova redação ao artigo 283 do CPP estabelecendo que antes do trânsito em julgado da sentença condenatória recorrível só se admite prisão de natureza cautelar.

> A revogação dos artigos 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408 do Código de Processo Penal tem como objetivo assentar que toda prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória somente pode ter caráter cautelar. A execução antecipada da sentença penal não se coaduna como os princípios garantidores do Estado de Direito. (PELLEGRINI GRINOVER, 2007)

Muito embora frear ou evitar um superencarceramento não estivesse entre os objetivos da minirreforma, também não parecia ter a finalidade de aumentar o encarceramento provisório no Brasil.

É bem verdade que quando a comissão de juristas foi constituída no ano 2000 o superencarceramento não era uma realidade. Todavia, no momento em que o projeto de reforma do sistema de cautelares pessoais entrou em vigor, em 2011, a situação já era muito diferente.

Como se pode observar da Figura 1, anteriormente exposta, no ano 2000 havia 232.755 pessoas presas no Brasil, ao passo que em 2011 a população prisional já contabilizava 514.582. Portanto, em termos de crescimento da população prisional, já estávamos diante de um progressivo superencarceramento.

De outro lado, em 2000 o percentual de presos provisórios era de 35% (em números absolutos 80.775 pessoas presas), enquanto no ano de 2011 o percentual de presos provisórios havia sofrido uma pequena[8] redução para 34% (em números absolutos 173.818 pessoas presas, portanto uma redução relativa, porém um aumento absoluto).

Do ano em que a reforma do sistema de cautelares pessoais entrou em vigor (2011) até a data do último levantamento do Infopen (dezembro de 2014), houve um considerável aumento do números de prisões provisórias, não apenas em termos absolutos, como também relativos. De 173.818 pessoas presas provisoriamente em 2011, passou-se a 249.668 em 2014. Enquanto 34% pessoas presas no Brasil em 2011 eram presos provisórios, esse número saltou para 40% em 2014.

Decerto, inobstante a redução do número de presos provisórios não tenha sido uma das finalidades da reforma, o aumento desse número igualmente não era desejado ou esperado, mas é um fato.

[8] Em termos relativos essa redução é desprezível diante da já falada dinamicidade dos presos provisórios.

Algumas questões devem se consideradas, portanto, para que seja possível entender esse aumento de presos provisórios.

É que, em primeiro lugar, a reforma de 2011 delimitou a possibilidade de prisão preventiva para crimes cuja pena máxima fosse igual ou superior a 4 (quatro) anos[9]. Todavia, esses crimes, na prática, já não eram objeto de prisão preventiva ou, ao menos, não de forma consideravelmente impactante nos números do sistema penal.

Em segundo lugar, os requisitos para decretação da prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP, embora o anteprojeto tenha proposto uma alteração considerável dos requisitos configuradores do *periculum libertatis*, continuaram intocados, inclusive os casos de perigo de liberdade com conceitos absolutamente abertos, a saber: a ordem pública e a ordem econômica[10].

Isso implica em que a possibilidade do juiz aplicar uma medida cautelar diversa da prisão depende muito mais da subjetividade do julgador, eis que a lei não é "dotada de denotação empírica taxativa" (FERRAJOLI, 2014, p. 348). A falta de legalidade estrita acaba por gerar uma exposição a "integrações substancialistas" (FERRAJOLI, 2014, p. 348) por parte do juiz, desvinculando-o de um cognitivismo processual.

Em outras palavras, o aumento ou diminuição do número de prisões provisórias, dada a manutenção de uma estrutura aberta de requisitos para decretação, depende da assunção de uma postura judicial ativamente autoritária, firmada na crença das possibilidades de rendimento da prisão durante o processo, ou ativamente minimalista, forte na excepcionalidade da custódia processual.

Em ambos os casos o limite rígido não foi traçado pela Lei nº 12.403/2011.

3 A atual política criminal: um modelo punitivista

Muito embora a Lei nº 12.403/2011, tenha alterado a estrutura das cautelares pessoais no processo penal, modificado a lógica dicotômica prisão-liberdade e introduzido um rol de medidas cautelares diversas da prisão a serem impostas preferencialmente aos

[9] Esse não é o único caso de admissibilidade do artigo 313, mas decerto o que representa a maior modificação em relação à previsão anterior que admitia a prisão preventiva para qualquer crime doloso apenado com reclusão.

[10] O texto original do anteprojeto eliminava estas hipóteses e conferia a seguinte redação ao art. 312 do CPP: "A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficiente de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa."

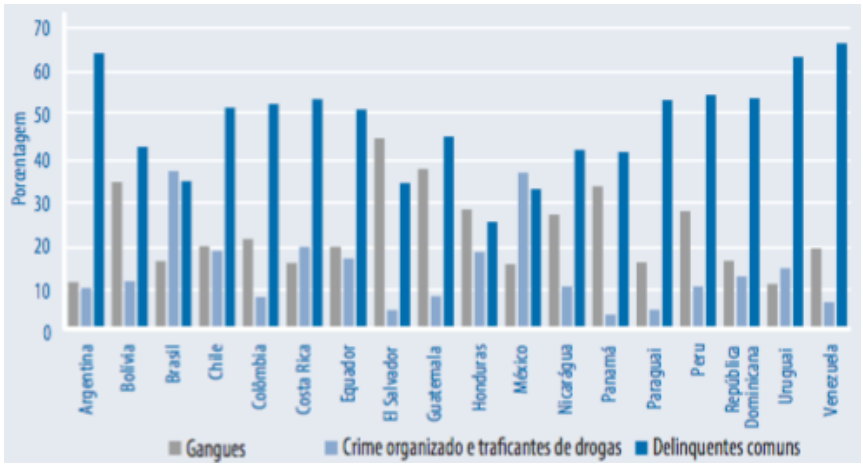
acusados, é inegável, como foi visto, que as prisões provisórias continuaram uma linha crescente e cresceram ainda mais do que vinha ocorrendo antes da lei entrar em vigor.

De outro lado, a modificação na redação do artigo 283 do CPP, que o adequou ao texto Constitucional do inciso LVII do artigo 5º e determinou que ninguém pudesse ser preso senão em flagrante ou por ordem escrita de autoridade judicial em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, se no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão preventiva ou prisão temporária, apresenta muito maior densidade do que os não modificados requisitos para decretação da prisão preventiva do art. 312 do CPP, mas não pacificou o assunto e é possível verificar a importância que a opinião pública desempenha nesse problema.

Deve se observar que o "Relatório Regional do Desenvolvimento Humano 2013-2014 – Segurança Cidadã com Rosto Humanos: Diagnóstico e Propostas para América Latina" elaborado pelo PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (NAÇÕES UNIDAS, 2013), apresenta um diagnóstico sobre a percepção da violência pelos cidadãos.

No ano de 2012, a principal ameaça à segurança para os cidadãos não eram os "delinquentes comuns" como na esmagadora maioria dos países latino americanos, mas o crime organizado e os traficantes de drogas.

Figura 3 – principal ameaça segundo os cidadãos



Fonte: Relatório PNUD (NAÇÕES UNIDAS, 2013, p. 3).

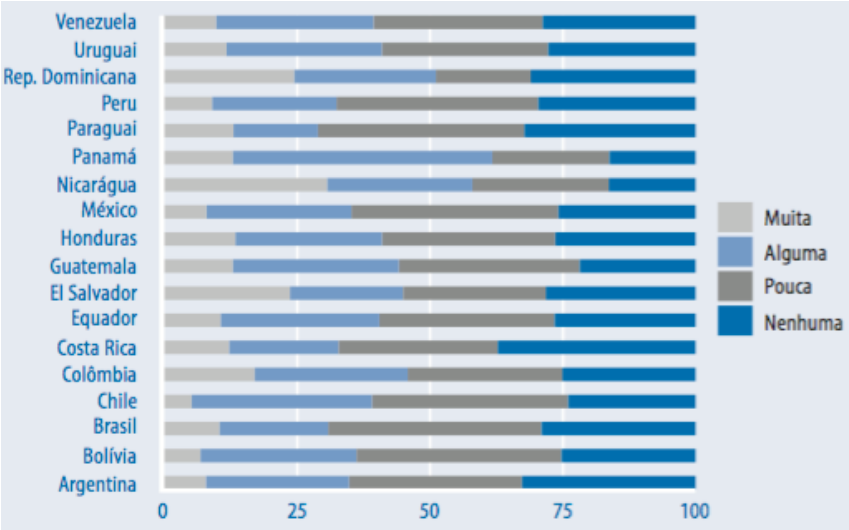
Com exceção dos cidadãos de El Salvador, para quem a maior ameaça eram as gangues, todos os demais cidadãos de todos os países do continente identificam o "delinquente comum" como a maior ameaça. Juntamente com o México, os cidadãos

brasileiros apontam o crime organizado e o traficante de drogas como a principal ameaça à segurança.

Não é difícil verificar a influência da política de guerra às drogas não apenas na percepção da ameaça que sofre à população, mas também na população prisional brasileira, a qual é constituída em 28% absurdamente por apenas um crime: o tráfico de drogas. Esse número aumenta para 64% se considerado apenas o número de mulheres presas.

Um grande problema é que a percepção da sociedade quanto à incapacidade do sistema de justiça criminal de aplicar justiça se apresenta na resposta dada à seguinte pergunta: "Se você for vítima de um roubo ou de um assalto, quanta confiança possui que o sistema judicial vá punir o culpado?", tendo a resposta revelado que no Brasil incide, juntamente com o Paraguai, o menor índice de confiança no sistema penal, que já é baixo de uma forma geral na América Latina.

Figura 4 – percentagem de confiança cidadã no sistema de justiça criminal



Fonte: Relatório PNUD (NAÇÕES UNIDAS, 2013, p. 9).

A identificação social sobre a "incapacidade do sistema judicial em aplicar a justiça adequadamente tem reforçado a percepção cidadã de que as leis não são suficientemente duras" (NAÇÕES UNIDAS, 2013, p. 10) e gera sobre o Poder Judiciário uma cobrança por mais punição, apesar de estarmos vivendo um superencarceramento, ao argumento de que no Brasil há muita impunidade[11].

Isso implica no recrudescimento do sistema penal, tanto sob o viés do processo legislativo, como judicial.

[11] Sobre a crítica à sensação de impunidade e da compreensão de que o Brasil produz muita punição cf. GENELHÚ, 2015.

O primeiro se materializa nas propostas legislativas para aumento de criminalizações e penas, bem como para diminuição de garantias fundamentais, como ocorreu com a apresentação de propostas capitaneadas pelo Ministério Público Federal, denominadas "10 medidas contra a corrupção" e que obtiveram mais de dois milhões de assinaturas. Entre essas medidas estava a possibilidade de execução imediata da condenação, quando o tribunal reconhecesse o abuso do direito de recorrer.

Verifica-se que essa proposta terminava por antecipar a declaração judicial de trânsito em julgado com o objetivo executar a pena, evitando conflitar com o inciso LVII do art. 5º da Constituição e o art. 283 do CPP, conquanto fosse absolutamente questionável por impedir algum eventual novo recurso da decisão que reconhecesse sem contraditório o propósito protelatório.

Mas essa não foi a única tentativa legislativa de evitar a aplicação do princípio da presunção de inocência, conforme o entendimento que o Supremo Tribunal Federal havia firmado quando do julgamento do HC 84.078 em 2009.

Em 2015, o Senador Roberto Requião apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 402 com a finalidade de permitir que o tribunal ao proferir uma decisão condenatória em segundo grau de jurisdição decidisse sobre a imposição ou manutenção de prisão preventiva, que poderia ser imposta quando a condenação fosse superior a quatro anos mesmo que o réu tenha respondido ao processo solto, bem como retirar efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário.

Esse projeto de lei nasceu de reuniões com a AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil, a qual declarou "não [ser] razoável transformar a sentença condenatória ou o acórdão condenatório, ainda que sujeitos a recursos, em um 'nada' jurídico, como se não representassem qualquer alteração na situação jurídica do acusado" (BRASIL, 2015-B).

Segundo o Senador Requião, na justificativa ao projeto, "[a] efetividade do processo penal, que é uma reclamação da sociedade nacional, exige que seja conferida alguma eficácia à sentença e ao acórdão condenatório, ainda que sujeitos a recursos" (BRASIL, 2015-B). Isso deixa claro o quanto a opinião pública[12] vem sendo uma indutor ou justificador das iniciativas do processo legislativo penal no Brasil.

De outro lado, inobstante esses processos legislativos que visavam recrudescer a repressão antecipando o momento para execução da pena não tenham sido aprovados[13], o

[12] Sem entrar no mérito sobre a influência da mídia nessa formação, o que demandaria um novo trabalho.
[13] Embora o PL 4850 (10 Medidas Contra a Corrupção) não tenha sido aprovado, o PLS 402 continua em tramitação.

Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 126.292, julgado em 17 de fevereiro de 2016, mudou sua posição firmada em 2009 (HC 84.078) e passou a admitir a execução provisória da pena[14] após a decisão condenatória de segundo grau.

Nesse julgamento, votaram pela impossibilidade de executar provisoriamente a pena os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski. Entenderam ser possível a imediata execução, mesmo ainda pendente recurso, os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Tóffoli, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes. Este último mudou a posição adotada quando do julgamento do HC 84.078.

Em razão do resultado do julgamento do HC 126.292, o Partido Ecológico Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propuseram as Ações Declaratórias de Constitucionalidade números 43 e 44, respectivamente, com o objetivo de declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, que só admitiu a prisão antes do trânsito em julgado às hipóteses cautelares, e não à execução antecipada da pena. Pediram ainda a concessão de medida cautelar para impedir que as penas fossem executadas provisoriamente nos processos em curso enquanto não se julgasse o mérito das ADCs.

Diversas entidades se habilitaram e participaram do julgamento da medida cautelar na condição de *amicus curiae*[15], porém o Ministro relator Marco Aurélio indeferiu o pedido de habilitação da AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil por entender que os juízes federais deveriam manter a imparcialidade e, portanto, não teriam interesse em influenciar o Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Importa, diante dessa breve narrativa, analisar alguns dos argumentos utilizados pelo Ministro Luís Roberto Barroso, escolhido especificamente pela adoção clara de um argumento que atribui autoridade à opinião pública a respeito do sistema de justiça criminal:

> 34. Em meu voto, defendi a ocorrência de uma mutação constitucional, isto é, de uma transformação, por mecanismo informal, do sentido e do alcance do princípio constitucional da presunção de inocência, apesar da ausência de modificação do seu texto. Na matéria, tinha havido uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual

[14] Vale atentar para o fato de que quando do julgamento do HC 84.078 em 2009 o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu inconstitucional o que chamou de "execução antecipada da pena", ao passo que ao admitir a prisão após a decisão condenatória de segundo grau em 2016 no julgamento do HC 126.292, o Supremo chamou essa prisão de "execução provisória da pena". Fica claro que o mesmo fenômeno recebeu uma denominação menos assertiva de sua natureza antecipatória para adequá-la, na esteira do processo civil (mais um problema da confusão entre os processos civil e penal), a uma provisoriedade que não existe quando se trata de execução de pena.

[15] Se habilitaram e foram deferidas: IBCCRIM, IAB, ABRACRIM, AASP, IDDD, IASP, Instituto Ibero Americano de Direito Público, Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

> era legítimo o início da execução da pena. Encaminhou-se, porém, para nova mudança sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.
> 35. Com efeito, destaquei que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. (...)
> (...)
> 37. Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados. (sem grifos no original – BARROSO, 2016)

O argumento trazido pelo Ministro Luís Roberto Barroso diz respeito à não confiança do cidadão brasileiro no sistema de justiça criminal. Esse passou a ser, portanto, um elemento de convencimento e fundamentação do magistrado para adotar o que chamou de "mutação constitucional" por um "mecanismo informal" e passar a admitir a execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau, ainda pendente do julgamento de recursos especial e/ou extraordinário.

Portanto, apesar dos textos do art. 283 do CPP e do inciso LVII do art. 5º da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, em atitude identificada com verdadeiro realismo jurídico, sobrepôs compreensões de ordem não jurídica às redações legais.

Agregue-se a isso a mudança de posição de alguns importantes acadêmicos, entre eles a professora Ada Pellegrini Grinover, que presidiu a comissão que elaborou e apresentou o anteprojeto de reforma que deu origem à Lei nº 12.403/2011.

Ada Pellegrini Grinover havia afirmado que "a execução antecipada da sentença penal não se coaduna como os princípios garantidores do Estado de Direito", devendo "assentar que toda prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória somente pode ter caráter cautelar" (PELLEGRINI GRINOVER, 2007), para anos depois concluir opostamente que

> A Constituição e as leis devem ser interpretadas em conformidade com a realidade social do momento, e não de acordo com a interpretação que lhes foi dada em face de valores de outrora (interpretação evolutiva). Em lugar nenhum a Carta afirma que a presunção de inocência significa a impossibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, tanto assim que o próprio texto constitucional prevê a prisão. E não é verdade que a prisão preventiva só tem natureza cautelar, pois quando fundada na garantia de ordem pública (clamor público, periculosidade) é verdadeira antecipação da pena (interpretação sistemática). Na realidade atual, a multiplicidade de recursos, o tempo infinitamente longo para seu julgamento, as procrastinações dos advogados favorecem os ricos e não os pobres, e levam à impunidade, dada a possível prescrição, frustrando a segurança jurídica e a efetividade das decisões judiciárias. Trata-se de aplicar o princípio da proporcionalidade. E a presunção de inocência,

> mesmo com a possibilidade de execução provisória da pena, permanece incólume, pois se mantêm o tratamento de inocência (com o recolhimento reservado aos presos provisórios) e o princípio in dubio pro-reo. (PELLEGRINI GRINOVER, 2016)

Ada Pellegrini Grinover admitiu em sua entrevista que a prisão preventiva fundada em garantia da ordem pública configura uma "verdadeira antecipação de pena" (PELLEGRINI GRINOVER, 2016), o que inclusive justificaria a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.

Neste sentido se afigura claro que a reforma do sistema de cautelares pessoais de 2011, ao não alterar os requisitos para decretação da prisão preventiva do art. 312 do CPP para conferir maior taxatividade às hipóteses, terminou por permitir o ativismo judicial que hoje se exprime na assunção de uma posição preocupada com a opinião pública, deixando de desempenhar o papel contramajoritário que caracteriza o Poder Judiciário na democracia brasileira sob a vigência da ordem constitucional estabelecida em 1988.

Isso gera resultados que podem ser considerados mais do mesmo, como aponta o já citado "Relatório Regional do Desenvolvimento Humano 2013-2014 – Segurança Cidadã com Rosto Humanos: Diagnóstico e Propostas para América Latina" elaborado pelo PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento:

> As políticas unicamente de repressão adotadas na região têm fracassado em seu objetivo de diminuir a incidência de crime e violência. Também têm tido um impacto negativo e profundo na convivência democrática e no respeito aos direitos humanos, os quais estão na base do desenvolvimento humano.
> Tais políticas possuem um enfoque punitivo que privilegia a repressão, o aumento na severidade das penas e o uso da força. Suas repercussões têm sido negativas e, muitas vezes, inesperadas, destacando-se: o aumento dos níveis de violência letal, o fortalecimento das redes criminosas, o congestionamento do sistema penitenciário - já sobrecarregado -, a violação dos direitos humanos - particularmente contra jovens e menores de idade - e o abuso de autoridade. (NAÇÕES UNIDAS, 2013, p.)13

A tendência, com a manutenção da política criminal repressivista, é aumentar o contingente carcerário, em especial as prisões provisórias, assim consideradas não apenas as cautelares (que segundo Ada Pellegrini Grinover (2007) podem ter natureza de antecipação de pena se fundadas na garantia da ordem pública), mas também as execuções provisórias da pena agora admitidas pela mais alta corte do país e, uma vez postas em prática, capazes de impactar ainda mais na realidade do superencarceramento brasileiro.

Conclusão

Verifica-se que o Brasil apresenta uma população prisional com números impressionantes. Além de contar com a quarta maior quantidade de presos do mundo, o Brasil é o único dos quatro países que continua aumentando o número de pessoas encarceradas.

O superencarceramento brasileiro, tal como o que se apresenta nos Estados Unidos, tem por características o encarceramento da população pobre e negra, incide principalmente sobre as pessoas acusadas de praticar tráfico de drogas e exatamente por isso aumenta entre as mulheres, apesar da taxa de crescimento do encarceramento feminino no Brasil ser ainda maior.

Todavia, no Brasil o encarceramento provisório, entendido não apenas como as prisões cautelares, mas toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, responde por mais de 40% de todas as pessoas presas no Brasil em dezembro de 2014, data do último levantamento realizado pelo Ministério da Justiça.

Considerando que entre os presos provisórios há maior rotatividade e que em média apenas 26% dos presos provisórios permanecem mais de 90 dias presos, é correto afirmar que durante o ano de 2014 tenham sido provisoriamente encarcerados algo em torno de 800.000 pessoas, número muito maior que o próprio total de presos estaticamente considerado em dezembro de 2014.

De outro ponto o número de presos provisórios era de 35% do total de presos no ano 2000, tendo reduzido em números relativos para 34% em 2011, ano em que entrou em vigor a Lei nº 12.403, que alterou o sistema de cautelares no Código de Processo Penal, porém aumentou para mais de 40% em 2014, o que implica dizer que o novo sistema de cautelares não apenas não diminuiu o número de prisões antes do trânsito em julgado da condenação transitada em julgado, como após sua vigência esse número aumentou de forma consistente.

A Lei nº 12.403/2011 nasceu de proposta de reforma apresentada por comissão de juristas com a finalidade de compatibilizar o sistema de cautelares, prisão e liberdade à Constituição e à Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como adequar a legislação brasileira às estrangeiras. Não havia nesse projeto qualquer preocupação declarada com a diminuição do número de presos provisórios.

Dois aspectos dessa reforma chamam atenção para efeito da análise realizada no presente trabalho: (i) a não aprovação do texto proposto para o art. 312 do CPP, tendo permanecido o texto original e, com isso, mantidas as hipóteses de *periculum libertatis* abertas conhecidas como garantia da ordem pública e da ordem econômica; (ii) a aprovação do novo texto do art. 283 do CPP, que compatibilizou o Código de Processo Penal ao inciso LVII do art. 5º da Constituição e limitou as hipóteses de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, às prisões em flagrante, preventiva e temporária, excluindo a possibilidade de execução antecipada da pena, no dizer da própria presidente da comissão de juristas autora do anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover (2007).

No entanto, a confiança cidadã no sistema de justiça criminal brasileiro é das mais baixas da América Latina, segundo "Relatório Regional do Desenvolvimento Humano 2013-2014 – Segurança Cidadã com Rosto Humanos: Diagnóstico e Propostas para América Latina" do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (NAÇÕES UNIDAS, 2013, p. 9) e a opinião pública passou a ser fundamento para decisões judiciais, como se verificou pela histórica mudança de posição do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, restringindo a aplicação do princípio da presunção de inocência, com base no agravamento do "...descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade" (BARROSO, 2016) diante da decisão de 2009 que havia condicionado a execução da pena ao trânsito em julgado da decisão condenatória.

Essa assunção pelo Poder Judiciário de uma posição preocupada com os reclamos da sociedade, o retirou da condição contramajoritária que o caracteriza no desenho institucional da democracia constitucional brasileira, e terminou por aumentar o número de prisões provisórias, não apenas diante da possibilidade de emprego de subjetivismo na aferição da presença dos requisitos da prisão preventiva sem qualquer densidade normativa (ordem pública e ordem econômica), mas ainda o lançou em uma atitude típica do realismo jurídico, ativamente criadora, ao contrariar o texto expresso das normas constitucionais (art. 5º, inciso LVII da Constituição) e legais (art. 283 do CPP) para admitir a execução provisória da pena.

Verifica-se que a situação é um pouco mais complexa que a hipótese aventada para solução do problema proposto, porquanto não se trata de aplicar uma interpretação retrospectiva, que considera elementos da legislação revogada com a qual seus membros mantém maior afinidade político-criminal, mas de (i) aplicar elementos da legislação processual penal que terminaram por não serem revogados (garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica como fundamentos da prisão preventiva), os quais permitem dilargada subjetividade do julgador na aferição da necessidade de imposição de prisão cautelar e (ii) fundamentar-se no descrédito da sociedade no sistema de justiça criminal brasileiro para afastar a aplicação de expresso dispositivo da Constituição e do renovado texto legal para recrudescer a punição, antecipando a pena ao acusado que ainda não teve seu processo encerrado com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Segundo o "Relatório Regional do Desenvolvimento Humano 2013-2014 – Segurança Cidadã com Rosto Humanos: Diagnóstico e Propostas para América Latina" do PNUD (NAÇÕES UNIDAS, p. 14), é preciso uma resposta diferenciada para cada contexto,

com o objetivo de construir uma segurança cidadã efetiva, mas não é o escopo deste trabalho trabalhar as possíveis soluções de segurança pública.

Certo é que a resposta repressiva que vem sendo dada para o descrédito do sistema de justiça criminal no Brasil aferido no referido Relatório é apontado no próprio documento como um fracasso, que tem tido um impacto negativo e profundo na convivência democrática e no respeito aos direitos humanos, que estão na base do desenvolvimento humano (NAÇÕES UNIDAS, p. 13).

Nesse contexto político-criminal, a perspectiva é de que o contingente de presos provisórios aumente nos próximos anos, diante da postura adotada pelo Poder Judiciário brasileiro e da aberta possibilidade de aumentar o encarceramento com a execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Referências

A 13ª EMENDA. Dirigido por Ava DuVernay. Escrito por Ava DuVernay e Spencer Averick. Produzido por Ava DuVernay, Spencer Averick e Howard Barish. Kandoo Films (1h40). 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Voto no julgamento da Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade números 43 e 44. Disponível em < https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/10/ADC-43-e-ADC-44-Voto-Ministro-LRBarroso-Versão-semifinal-5out2016.pdf >. Acessado em 25 fev 2017.

BILL, MV; ATHAYDE, Celso. *Falcão: mulheres e o tráfico*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECARIA, Sergio Salomão (Org.). Drogas uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014; Infopen, p. 34.

BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – dezembro de 2014*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016-A. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 20 fev. 2017.

_____. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – junho de 2014*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: < https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 20 fev 2017.

_____. Mensagem 214/01. *Diário da Câmara dos Deputados*. 30 mar 2001. p. 09532.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADCs 43 e 44. 2016-B. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 fev 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF. Relator Ministro Marco Aurélio, j. 9.9.2015. Informativos 796, 797 e 798. 2015-A. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 fev 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078. Relator Ministro Eros Grau. 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acessado em 20 fev 2017.

_____. Senado Federal. PLS 402/2015. 2015–B. Disponível em <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=169787&tp=1>. Acessado em 20 fev 2017.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2014.

CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União* 13 out 1941.

COSTA, Domingos Barroso da e PACELLI, Eugenio. Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/2011. São Paulo: Atlas, 2013.

DE GIORGI, Alessandro. *Cinco teses sobre o encarceramento em massa*. Trad. Leandro Ayres França. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* 4a ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GENELHÚ, Ricardo. *Do discurso da impunidade à impunização: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao* cárcere. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Direito Processual Penal. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 177 e 178, por exemplo.

MINAGÉ, Thiago. *Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

NAÇÕES UNIDAS. Resumo - Relatório Regional de Desenvolvimento Humano 2013-2014 – Segurança Cidadã com Rosto Humano: Diagnóstico e Propostas para a América Latina. Nova

Iorque: PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2013, doravante denominado Relatório PNUD.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *A Reforma do Código de Processo Penal*. 2007. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13200-13201-1-PB.pdf>. Acessado em 20 fev 2017.

_____. Partidos se fortalecem no parlamentarismo (entrevista). In: Tribuna do Advogado. nov 2016. Disponível em <http://www.oabrj.org.br/materia-tribuna-do-advogado/19237-partidos-politicos-se-fortal-ecem-no-parlamentarismo-ada-pellegrini-grinover--jurista-e-processualista>. Acessado em 25 fev 2017.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras*. 1. ed. São Paulo: Record, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 4. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 282.

VIEIRA, Pedro (org.). *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

WACQUANT. Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZACCONE, Orlando. Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.