

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 49 • nº 195
julho/setembro – 2012

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

A custódia cautelar no Brasil

José Valente Neto

Sumário

1. Introdução. 2. O princípio da razoável duração do processo penal e o atributo da dignidade da pessoa humana. 3. O estigma do cárcere e o princípio da presunção de inocência. 4. O princípio da razoável duração do processo penal na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. 5. Conclusão. Referências.

“Tão certo é que a paisagem depende do ponto de vista, e que o melhor modo de apreciar o chicote é ter-lhe o cabo na mão” (ASSIS, 1997, p. 30).

1. Introdução

Costuma-se afirmar, nas odes populares, que o tempo cura todos os males. Em que pese o seu caráter relativo, é pouco provável a transposição da crença para a realidade da prisão. É impossível, no Brasil, refletir sobre prazo de pena privativa de liberdade sem contrapor um elemento que se tornou sua característica: seu excesso. A infelicidade da assertiva conjuga inexoravelmente as duas categorias, como vida e morte.

A discussão não pode ser míope; e nem haveria necessidade ou predisposição. Há fatores que incidem diretamente nessa relação. Nessa tentativa de expor o nexó etiológico entre os segmentos, surge evidente o confronto dialético entre o Estado democrático de Direito e o de polícia; entre o Estado-providência e o Estado-penitência. São modelos que não se complementam. Pelo contrário, repelem-se.

José Valente Neto é Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Defensor Público do Estado do Ceará.

Objetiva-se, a partir desta perspectiva, avaliar o instituto da custódia cautelar à luz do papel da Filosofia Política na conformação dos direitos humanos. O Estado não se encontra imune a críticas na qualidade de “detentor do monopólio da violência simbólica legítima” (BOURDIEU, 2006, p. 146). A matriz do problema reside no fato de que o soberano é quem possui o direito de estabelecer normas penais incriminadoras. A celeuma, portanto, tem origem em dois campos. O ponto de partida é a representação de um fato notório, comum: o recrudescimento dos índices de violência. O combate, mediante políticas públicas, divide teóricos e a própria sociedade, muitas vezes refém de arquétipo de defesa meramente simbólico, como se criado pela dramaturgia. Nesse palco, sem hesitações, há eleição de demônios, de (ir)responsáveis, de atores da desordem, de culpados.

Uma corrente propugna o punitivismo expansionista. Para seus adeptos, há necessidade de leis penais mais rígidas, com penas privativas de liberdade mais altas. Tal medida, não raro, é defendida de forma paralela à supressão ou redução de garantias processuais. São seus representantes o movimento da “lei e da ordem” e o programa “tolerância zero”. Em uma vertente mais radical, saliente-se, há o “direito penal de terceira velocidade”, também chamado de “direito penal do inimigo”. A oponente se rende a uma conexão garantista com o princípio da não culpabilidade; adota a prudência e o respeito irrestrito aos direitos fundamentais como postulados de ação e reflexão. Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p. 9) pondera que “a secular tradição legitimadora do exercício estruturalmente discriminatório do poder punitivo operou como fissura absolutista no Estado constitucional de direito”. A terceira doutrina, menos expressiva, advoga a tese do abolicionismo penal; sua base aposta nas sanções administrativas e civis.

É fato que os presos sob o regime de confinamento cautelar representam a grande

maioria do contingente dos cárceres brasileiros. Outro quadro, não menos preocupante, surge quando se faz a percepção do tempo utilizado pelo Estado para concluir o juízo de mérito dos processos criminais. Esse contraponto é imprescindível para averiguar a possibilidade de a prisão cautelar funcionar como medida de contenção de problemas sociais, mecanismo que não encontra respaldo em um direito penal/processual penal de um Estado constitucional e democrático de Direito. Sob esse prisma, não pode ficar alheia ao debate a advertência dos antropólogos e sociólogos:

“Em tais condições, desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (r) estabelecer uma verdadeira *ditadura sobre os pobres*” (WACQUANT, 2001, p. 10, grifo nosso).

2. O Princípio da razoável duração do processo penal e o atributo da dignidade da pessoa humana

Todos os direitos fundamentais possuem como eixo o protoprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Celso Lafer (1988, p. 118) leciona que “o valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem” (LAFER, 1988, p. 118). Como protagonista da Constituição Federal, a dignidade irradia seu conteúdo por todo o sistema jurídico, fundamentando-o. Tamañha a sua envergadura e dimensão, não se trata de direito. É um atributo axiológico inerente a todo ser humano, sem distinções. A dignidade da pessoa humana se insere de tal maneira no arcabouço constitucional

que toda interpretação deve ser concebida sob os seus auspícios.

A razoável duração do processo penal não se compatibiliza com prisões cuja cautelaridade é utilizada como medida de profilaxia. Ressalte-se que a Lei nº 12.403/2011 modificou substancialmente a disciplina da custódia cautelar, colocando o instituto da prisão como a última e excepcional alternativa ao juiz para restringir a liberdade de uma pessoa. Para evitar a medida restritiva de liberdade por excelência, o magistrado dispõe de um catálogo de alternativas ao cárcere¹. A lei passou a exigir expressamente que a custódia cautelar seja orientada pelos princípios da necessidade e da adequação, conforme art. 282 do Código de Processo Penal². Quanto a tais postulados, não há exceção. Nesse sentido,

¹ O art. 319 do Código de Processo Penal prescreve: “São medidas cautelares diversas da prisão: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; e IX – monitoração eletrônica” (BRASIL, 2012, p. 614).

² Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – *necessidade* para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – *adequação* da medida à gravidade do crime, circuns-

não ocorrendo a necessidade patente de prisão, esta passa a ser não apenas ilegal, mas sobretudo inconstitucional, haja vista a afronta direta e não oblíqua ao princípio da presunção de não culpabilidade. Não se trata da estipulação ou prescrição de um favor, uma benesse, uma cortesia.

A evolução dos direitos fundamentais condena, sem cerimônia, o direito penal do autor. É cediço que as prisões, “a região mais sombria do aparelho da justiça” (FOUCAULT, 1977, p. 227), surgiram como instrumento para humanizar o cumprimento de penas³. “Não fora isso e não se explicaria a abolição contínua da pena de morte e outras medidas penais de terror, constituídas pelos suplícios” (PIRES, 1997, p. 75), cujos exemplos mais emblemáticos são os casos das “cruéis penas de mutilação, marcas com ferro em brasa, trabalhos forçados nas galés, minas e portos” (MIOTTO, 1995, p. 60), como o *shot-drill* (transporte de bolas de ferro, pedras e areias), o *crank* (voltas de manivela) e o *tread-mill* (moinho de roda).

Apesar dessa mudança de paradigma, a prisão, como instituição total por excelência⁴, ainda encontra-se envolvida em um contexto social, político e econômico distante de um padrão mínimo de respeito aos direitos fundamentais. O preso, além de perder a sua liberdade, perde a sua dignidade. À margem desse processo, lamentavelmente, “o princípio da humanidade, que postula da pena uma racionalidade e uma proporcionalidade” (BATISTA, 2001, p. 99).

tâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado” (BRASIL, 2012, p. 610, grifo nosso)

³ Álvaro Mayrink da Costa (2010, p. 321) ensina que “a política criminal pré-moderna pode ser visualizada como um mostruário brutal de excessos e crueldades, distribuídos pela arbitrariedade dos senhores feudais”.

⁴ “Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e de trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada. As prisões servem como exemplo claro disso” (GOFFMAN, 1974, p. 11).

Eugenio Raúl Zaffaroni (1991, p. 204), mais crítico, sentencia:

“A pena, ao contrário, como sofrimento órfão de racionalidade, há vários séculos procura um sentido e não o encontra, simplesmente porque não tem sentido a não ser como manifestação de poder”.

Na contramão da história, por outro lado, setores que defendem um Estado-policiaL mais austero têm logrado êxito em várias políticas. O problema mais complexo que se verifica, todavia, é que essa opção guarda antagonismo com o princípio da presunção de inocência. O uso indiscriminado da custódia cautelar não deixa de ser um resultado perverso desse pensamento.

Não é irresponsável, também, a assertiva de que o confinamento como medida preventiva, por várias vezes adotado nos processos criminais, traduz uma manifestação nítida do direito penal do inimigo⁵. Essa visão, divorciada dos dogmas constitucionais, antecipa-se na punição; baseia-se no grau de periculosidade, na possibilidade de, em liberdade o agente, reincidir. Em concordância com esse raciocínio, Fábio André Guaragni (2005, p. 44) pontifica a ideia de que

“a Constituição Federal admite *ipso facto* tão-só um *direito penal de ato* e choca-se com as construções derivadas de um *direito penal de autor*, baseadas na periculosidade – herdadas do positivismo *sociológico – ferririano*

⁵ Segundo Jakobs e Meliá (2009, p. 90), “o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipaçãO da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas”.

e clínico – lombrosiano desenvolvido no final do século XIX.”

Perspicaz, também, é o pensamento de René Ariel Dotti (1999, p. 158), para quem “um sistema jurídico próprio de um Estado Democrático de Direito rejeita a periculosidade como fundamento ou limite da pena”. Não importa a nomenclatura adotada, muito menos os eufemismos simbólicos. Não se deve batizar de direito penal do inimigo apenas as relações bélicas travadas entre os Estados Unidos da América e os grupos extremistas. Os cárceres brasileiros abrigam o direito penal do não cidadão. As prisões, “cemitério de vivos” (LEMGRUBER, 1983, p. 43), são compostas por códigos e normas próprios. O sistema penal cautelar brasileiro é um mosaico de absurdos e injustiças. O Estado peca por ação e por omissão. A segunda, porque possui uma política criminal ineficiente. À deriva. A primeira porque, quando resolve agir, demonstra autoridade, atua por meio da força, da força bruta, do autoritarismo⁶, com irracionalidade. Nesse particular, Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p. 109) denuncia:

“Vimos que na América Latina as medidas de contenção para os *inimigos* ocupam quase todo o espaço de ação do sistema penal em seu aspecto repressivo, por via da chamada *prisão* ou *detenção preventiva, provisória*, ou seja, o confinamento cautelar, a que estão submetidos $\frac{3}{4}$ dos presos da região. *De fato e de direito, esta é a prática de toda a América Latina para quase todos os prisioneiros*. Este dado é fundamental para extrair conclusões acerca do alcance da proposta de legitimação de um eventual tratamento penal diferenciado na América Latina, pois esta seletividade é praticada em nossa região por efeito da criminalização. Porém, uma vez posto em marcha

⁶ “Toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio” (FERRAJOLI, 2002, p. 446).

este processo, todos passam a ser tratados como *inimigos*, através de puros confinamentos de contenção, prolongados ou indefinidos.”

3. O estigma do cárcere e o princípio da presunção de inocência

Não se pode pensar, de forma ingênua, que o recrudescimento da criminalização irá repercutir em redenção da sociedade. Quem procura resolver os conflitos sociais por intermédio do direito penal, a bem da verdade, deixa de resolvê-los⁷. Em desabono à supervalorização do direito penal como mecanismo de contenção dos conflitos sociais e de prevenção do crime, Francisco de Assis Toledo (2001, p. 5) adverte que

“essa concepção do direito penal é falsa porque o toma como uma espécie de panacéia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras de estatística criminal, apesar do delírio legiferante de nossos dias.”

Com efeito, é irrefutável que o sistema penitenciário brasileiro padece de problemas graves. César Barros Leal (2001, p. 66) assevera que “uma equipe de especialistas teve acesso a prédios superpopulosos que foram comparados a pocilgas”⁸. Em

⁷ Cornélius Okwudili Ezeokeke (2011, p. 31), nigeriano, recorrente por tráfico internacional de drogas, conclui: “Recrudescimento penal é o resumo e o ponto máximo de vingança dessa sociedade injusta que teoriza sobre uma sociedade justa, porém fomenta ódio e preconceito”.

⁸ Em outra obra, o mesmo autor arremata: “(...) prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos freqüentes como método de obter confissões; prisões onde se conservam as surdas, isto é, celas de castigo, expressamente proibidas, onde os presos são recolhidos por tempo indefinido, sem as mínimas condições de aeração, insolação e condicionamento térmico; prisões onde os detentos promovem o massacre de colegas, a pretexto de chamarem a atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao constante na sentença ou, embora absolvidos,

acórdão do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello realçou que “a condição prisional de alguém seria um fator de profunda restrição de direitos, e não só de privação de liberdade” (BRASIL, 2010b).

A liberdade é um direito. Mais: é um direito fundamental. E no eixo da fundamentalidade do plexo de direitos humanos, a importância do direito à liberdade galga espaço cativo em sua configuração como cláusula intangível (CF, art. 60, § 4º), impositiva de supressão. Ademais, pode-se afirmar que, paralelamente ao direito à vida digna, o direito à liberdade traduz a manifestação mais fiel da defesa do princípio da proibição do excesso. Sob esta óptica, a custódia cautelar deve ser orientada pelo princípio da necessidade. Nessa toada, Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 509) ressaltam que

“se o *status* de inocência só pode ser ilidido com o advento da sentença condenatória transitada em julgado, a regra é a manutenção da liberdade, e a prisão cautelar só pode existir ou se perpetuar enquanto for necessária.”

A respeito da presunção de inocência, Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 73) leciona:

“Segundo nos parece, o princípio da não-culpabilidade (ou inocência) encontra sua mais radical fundamentação na *incerteza*, enquanto ponto de partida. Praticado um fato lesivo e com aparência de tipicidade penal, cumpre ao Estado promover a descoberta de sua autoria e também adequá-lo a um modelo sancionatório regularmente previsto em lei. Mas, e isso é decisivo, deve-se partir da *incerteza* e não da *possibilidade de certeza*, a ser aferida pelas conclusões da autoridade investigante ou daquela

continuam presos por esquecimento do juiz, que não lhes providencia o alvará de soltura” (LEAL, 1992, p. 56).

com atribuição para a postulação junto à jurisdição⁹.”

O processo penal reclama atenção diferenciada. Ele ostenta, como destacam Gustavo Henrique Badaró e Aury Lopes Júnior (2006, p. 44), “uma carga infamante e sancionatória em si mesmo, que não deve se prolongar por muito tempo”. Não apenas pelas péssimas condições das unidades penitenciárias. Mas, principalmente, pelo estigma que o caracteriza. Na hipótese da custódia cautelar, essas máculas ganham contornos mais expressivos, em face da indefinição de um juízo de mérito. O problema se agrava copiosamente quando o acusado é inocente, comprometendo, por completo, todo o arcabouço principiológico dos direitos fundamentais.

4. O princípio da razoável duração do processo penal na perspectiva do Supremo Tribunal Federal

A tutela cautelar penal tem sido utilizada de forma manifestamente contrária às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Sua essência punitiva, aliada a dilatações indevidas¹⁰, transformam a proteção dos direitos fundamentais em uma tarefa mais árdua.

⁹ E completa o mesmo autor: “Posta a acusação, deve-se duvidar dela. Não por razões associadas às peculiaridades do caso, mas como método de exploração na formação do convencimento judicial. A estrutura dialética do processo – já assentada definitivamente – deve iniciar-se não pela acusação, mas pela sua negação. O que deve ser potencializado é a contradição e não a afirmação. Sempre será possível justificar a absolvição de um efetivamente culpado; já a condenação de um concretamente inocente não. O custo social é impagável” (OLIVERIA, 2009, p. 74).

¹⁰ Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p. 533-534) assevera: “A nosso aviso, e em uma primeira aproximação do tema, a nova contagem no rito ordinário chegará aos 86 (oitenta e seis) dias, como regra, ressalvadas circunstâncias específicas de cada caso concreto: 10 (dez), ou 15 (quinze) dias na Justiça Federal, para a conclusão da investigação; 5 (cinco) dias para o oferecimento da denúncia; 10 (dez) dias para a resposta escrita (art. 396, CPP); até 60 (sessenta) dias para a audiência de instrução (art. 400, CPP), a

Para se ter um parâmetro da realidade das prisões cautelares, há dois casos, recentes, julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Em ambos a Suprema Corte reconheceu o flagrante excesso de prazo. No primeiro deles, a prisão preventiva dos acusados ocorreu em 2003 (BRASIL, 2010b). No segundo, houve concessão de liberdade ao paciente, o qual cumpria prisão cautelar há mais de seis anos (BRASIL, 2010a). Como registra Fabiano Augusto Martins Silveira (2009, p. 85),

“parece haver consenso de que o modelo jurisprudencial de contagem cumulativa dos prazos legais até o fim da instrução criminal, que resultou no número holístico de 81 dias (antes das reformas de 2008), não foi capaz de conter os excessos na duração da prisão preventiva.”

Ressalte-se que as Súmulas 21¹¹, 52¹² e 64¹³ do Superior Tribunal de Justiça, que relativizam a configuração do excesso de prazo, têm encontrado resistência, embora ainda tímida¹⁴. A conjuntura exposta re-

serem acrescidos do prazo de vinte e quatro horas para a decisão de recebimento da peça acusatória e, eventualmente, do prazo de prisão temporária (Lei 7.690/89). (...) Todavia, quando se tratar de instrução complexa ou de pluralidade excessiva de réus, o rito ordinário poderá ser ampliado em mais 20 dias, sendo 5 dias para cada parte e 10 dias para o juiz sentenciar. Pensamos, porém, que, mesmo nessas situações, ressalvados casos excepcionais (gravidade do crime e dificuldade comprovada de produção de prova), não se deverá ampliar o prazo de 86 (oitenta e seis) dias”.

¹¹ “Pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução” (BRASIL, 1990).

¹² “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo” (BRASIL, 1992a).

¹³ “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa” (BRASIL, 1992b).

¹⁴ “RHC. Prisão Preventiva. Súmula 52-STJ. A Turma deu provimento ao recurso em *habeas corpus* para que o recorrente, preso há mais de três anos, aguarde em liberdade o julgamento do processo mediante o compromisso de comparecer a todos os atos do processo para os quais for chamado. Isso no entendimento de que, ainda que encerrada a instrução,

apresenta apenas a ponta do *iceberg*. Não se deve qualificar tais situações como isoladas. Levando-se em consideração toda a problemática, os processos de *Habeas Corpus* que chegam ao Supremo Tribunal Federal ainda representam uma mera fração do caos. É que o acesso à justiça ainda reclama maior investimento público, principalmente na seara penal, haja vista que a maioria dos presos são pessoas economicamente hipossuficientes.

5. Conclusão

O modelo de confinamento cautelar adotado no Brasil traduz a ofensa reiterada aos direitos humanos dos segmentos sociais menos favorecidos. Essa problemática, por conseguinte, põe em questionamento toda forma de efetivação da democracia social. É que “la salvaguardia de la democracia se encuentra íntima y indisolublemente ligada a la protección de los derechos humanos” (TRINDADE, 1999, p. 14).

Nota-se um traço de irracionalidade nesse conjunto; muitas vezes denunciada, mas poucas vezes acatada pelo aparelho ideológico do Estado. É que o princípio da razoabilidade deve funcionar como fator de ponderação e consecução dos direitos fundamentais. Todavia, nos processos criminais, em sua maioria, ele é utilizado exatamente para negá-los ou postergá-los. A consequência, lamenta-se, é a estruturação de um verdadeiro “processo penal do inimigo” (MALAN, 2006, p. 231)¹⁵. Além do uso aleatório da prisão cautelar, pode-se

é possível reconhecer o excesso de prazo diante da garantia da razoável duração do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da CF/1988, com a reinterpretação da Súmula 52-STJ à luz da EC nº 45/2004” (BRASIL, 2007).

¹⁵ Em abordagem sobre o processo penal do inimigo, Diogo Rudge Malan (2006, p. 231) pondera: “A par da incomunicabilidade, são recorrentes no arsenal do Processo Penal do inimigo: (i) prisões para averiguação decretadas com base em mera suspeita, com dispensa de autorização judicial; (ii) mecanismos de delação premiada; (iii) julgadores de exceção, ou seja, constituídos casuisticamente, após a prática da infração penal, muitas vezes com identidade sigilosa

afirmar que a proposta de aumento do tempo máximo de pena privativa de liberdade para 50 anos são categorias representativas desse universo penalizador.¹⁶

A questão central não é a mera defesa dos direitos dos presos, em sua grande parte alijados de um “estatuto do patrimônio mínimo”¹⁷. Essa tese é estéril, não produz; pelo contrário, olvidando a raiz do problema, apenas contribui para acelerar a falência do sistema penitenciário. Não se trata de apologia irrestrita aos direitos de párias da sociedade. Em um primeiro momento, os direitos fundamentais são o alicerce da Constituição Federal; não há o que tergiversar. Em segundo lugar, a prisão não resolve problemas cuja plataforma reclama investimentos em políticas sociais. Apostar nessa política é sepultar o princípio da presunção de inocência, tão caro ao Estado democrático de Direito.

Não há dúvidas de que a situação demanda reformas. Os cárceres não ressocializam. A privação da liberdade é executada sem o respeito à dignidade humana. É uma pena cruel, embora vedada pela Constituição da República. Como na metáfora de Ésquilo (2009)¹⁸, em que a águia auxiliar de

(juízes sem rosto); (iv) regimes de execução penal sem quaisquer direitos para o apenado”.

¹⁶ Atualmente, conforme a norma inserta no art. 75 do Código Penal, o tempo máximo de pena privativa de liberdade é de 30 anos. A proposta de alteração legislativa está prevista no Projeto de Lei do Senado – PLS nº 310/99, o qual altera o art. 75 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e o art. 9º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para aumentar o tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade. O autor do projeto foi o Senador Álvaro Dias (PSDB-PR) e a relatoria encontra-se sob a incumbência da Senadora Kátia Abreu (DEM-TO). O projeto, desde 25 de maio de 2011, está na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal – CCJ.

¹⁷ Também denominado “mínimo existencial”, é o núcleo intangível dos direitos fundamentais, composto basicamente por três direitos: *saúde, moradia e educação*.

¹⁸ “Pondera, então, se não consigo convencer-te: um turbilhão, um vagalhão cheio de males te envolverá – coitado! – inexoravelmente! Virá agora o cão alado, a águia fulva que segue Zeus – conviva sem ser convidado, presente o dia inteiro ao tentador

Zeus se deleita no fígado do titã Prometeu, o Estado não mata, mas tortura.

Em que pese a extensa travessia a percorrer, a esperança nunca deve sucumbir. A confiança deve ser no homem; na força da vida; nos Antônios, Franciscos, Marias e Severinos¹⁹. Na mitologia, os deuses condenaram Sísifo a empurrar incessantemente uma rocha até o cimo de uma montanha, de onde tornava a cair. Pensaram que não há castigo mais terrível do que o trabalho inútil e sem perspectiva²⁰. Por outro lado, o apenado sempre ergueu a rocha.

Portanto, em virtude da publicação da Lei nº 12.403/2011, há esperança de que a prisão seja efetivamente utilizada como medida excepcional e não como antecipação de pena. Conforme a síntese de Albert Camus (2010, p. 141), “a própria luta para chegar ao cume basta para encher o coração de um homem. É preciso imaginar Sísifo feliz”.

Referências

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. *Quincas Borba*. São Paulo: Ática, 1997.

banquete -, e rasgará teu corpo todo ferozmente, fazendo dele uma enorme posta de carne e se fartando na iguaria de teu fígado” (ÉSQUILO, 2009, p. 62).

¹⁹ “- De sua formosura já venho dizer: é um menino magro, de muito peso não é, mas tem o peso de homem, de obra de ventre de mulher. (...) - De sua formosura deixai-me que diga: é tão belo como um sim numa sala negativa. (...) - Belo porque é uma porta abrindo-se em mais saídas. - Belo como a última onda que o fim do mar sempre adia (...) - E não há melhor resposta que o espetáculo da vida. (...) - Mesmo quando é assim pequena a explosão, como a ocorrida; mesmo quando é uma explosão como a de há pouco, franzina; mesmo quando é a explosão de uma vida severina (MELO NETO, 2007, p. 130-133).

²⁰ “Vi também Sísifo, que sofria dores violentas, sustentando com ambos os braços enorme pedra. Fincando-se nela com mãos e pés, empurrava-a para o cimo de uma colina; mas quando estava quase a alcançar o cume, a imensa mole o fazia recuar, e de novo a acintosa pedra rolava para a planície. Retesando os músculos, uma vez mais começava a empurrá-la; o suor lhe escorria dos membros e a testa se lhe nimbava de poeira” (HOMERO, 2002, p. 156).

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

BRASIL. Código de processo penal. In: CÚRIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. *Vade mecum*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 102.668-PA*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 5 de outubro de 2010a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618145>>. Acesso em: 31 ago. 2011.

_____. _____. *Habeas Corpus nº 105.973 - RS*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 30 de novembro de 2010b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1188843>>. Acesso em: 31 ago. 2011.

_____. _____. *Habeas Corpus nº 106.435-SP*. Relator: Min. Celso de Mello. São Paulo, 1^a de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1181629>>. Acesso em: 31 ago. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº 20.566-BA*, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Salvador, 12 de junho de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3149053&sReg=200602685216&sData=20070625&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 31 ago. 2011.

_____. _____. Súmula nº 21, de 6 de dezembro de 1990. *Diário de Justiça*, Brasília, 11 dez. 1990.

_____. _____. Súmula nº 52, de 17 de setembro de 1992. *Diário de Justiça*, Brasília, 24 set. 1992a.

_____. _____. Súmula nº 64, de 3 de dezembro de 1992. *Diário de Justiça*, Brasília, 9 set. 1992b.

CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Tradução de Ari Roitman e Paulina Watch. Rio de Janeiro: Record, 2010.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Raízes da sociedade criminógena*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DOTTI, René Ariel. Aspectos da pena criminal. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 12, p. 157-162, jul./dez. 1998/1999.

ÉSQUILO. *Prometeu acorrentado*. Tradução de Mário da Gama Kury. 6. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. (Coleção A tragédia grega, v. 6).

- EZEOKEKE, Cornélius Okwudili. *Penas mais rígidas: justiça ou vingança?* 2. ed. Fortaleza: Premium, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1977.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1974.
- GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito Penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- HOMERO. *Odisséia*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nova Cultural, 2002.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- _____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- LEAL, César Barros. O sistema penitenciário brasileiro e os direitos humanos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 7, n. 9, p. 55-64, 1992.
- _____. *Prisão: crepúsculo de uma era*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.
- MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 59, p. 223-258, mar./abr. 2006.
- MELO NETO, João Cabral de. *Morte e vida Severina e outros poemas*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- MIOTTO, Armida Bergamini. Penas e prisões. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 34, p. 60-71, 1995.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. O processo penal como dialética da incerteza. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 67-75, jul./set. 2009.
- PIRES, Ariosvaldo de Campos. Alternativas à pena privativa de liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 75-81, out./dez. 1997.
- SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 77-93, jul./set. 2009.
- TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Democracia y derechos humanos: el régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de Derecho. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, ano 1, v. 1, n. 1, p. 13-26, 1999.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- _____. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.