



## **ARBITRARIEDADE PREVENTIVA: A condenação criminal sumária como opção benéfica ao réu preso cautelarmente**

Bruno Pugialli Cerejo<sup>1</sup>

**RESUMO:** Busca-se no presente artigo apresentar uma análise da prisão de natureza cautelar à luz dos valores que alicerçam o Estado democrático de direito; em especial, a ética e a proporcionalidade. Para tanto, faz-se o cotejo da ética com a violência, buscando-se aferir a relação entre meios eleitos e finalidades almejadas, tendo como pano de fundo o exercício do poder punitivo estatal. O problema que orienta o presente trabalho pode ser sintetizado desta forma: é admissível a imposição de prisão antes de transitada em julgado sentença penal condenatória sem observar a o princípio da proporcionalidade, ainda que se atenha ao disposto no direito positivo? Como método de pesquisa, empregou-se o compreensivo racionalista, no sentido de se apresentar e analisar racionalmente fundamentos centrais do conceito de Estado estabelecido na atual Carta política brasileira.

**Palavras-chave:** Ética; Estado; Direito; Prisão; Preventiva.

### **1 INTRODUÇÃO**

A prisão preventiva, espécie de provimento de natureza cautelar previsto na legislação processual penal, consiste na privação de liberdade de indivíduo que esteja sendo investigado ou acusado pela prática de crime a ser determinada pelo juízo competente, nos casos em que esse identificar a subsunção do fato e suas características específicas à normas autorizadora da medida, notadamente os artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, o problema que orienta a pesquisa motivadora do presente trabalho pode ser resumido da seguinte forma: é admissível a imposição de prisão antes de transitada em julgado sentença penal condenatória sem observar a o princípio da proporcionalidade, ainda que se atenha ao disposto no direito positivo?

Diante dessa problemática, tem-se como hipótese que a violação dos valores inerentes ao Estado democrático de direito – em especial a ética e a proporcionalidade – estão na rotina das decisões proferidas pelos juízos criminais, mormente nos casos em que, sob a proteção da presunção de inocência, é determinada a total privação de liberdade do indivíduo, muito embora

---

<sup>1</sup> Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-Graduado em Direito Público (Const. Adm. e Tributário) pela UNESA. Pós-Graduado em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ/UNESA. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ



não experimente, quando da prolação de sentença penal condenatória – momento em que é afastada a referida presunção –, tamanha restrição em sua liberdade de locomoção.

A fim de alcançar o objetivo deste trabalho, o texto foi organizado em três tópicos diversos e complementares; assim, inicialmente, analisou-se a ética como elemento fundamental do Estado democrático de direito correlacionando-o com princípio da proporcionalidade como sua consequência necessária; posteriormente, buscou-se, com base nas conclusões obtidas, entender a relação eventualmente existente entre a ética e a violência no Estado democrático de direito, analisando, na forma de questionamento, a possibilidade de os fins justificarem os meios; finalmente, apresenta-se uma análise crítica, com base na doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores, objetivando demonstrar a necessidade inafastável de as decisões judiciais que determinam a segregação cautelar, além de observar a lei, ter por parâmetro e limite o princípio da proporcionalidade.

## **2 A ÉTICA COMO ELEMENTO FUNDANTE DO ESTADO DE DIREITO E A PROPORCIONALIDADE COMO CONSECUTÁRIO LIMITADOR DO EXERCÍCIO DO PODER**

O constituinte originário, esgalado por um regime autoritário, promulga, em 5 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, que, já em seu artigo 1º, informa a fundação de um “Estado Democrático de Direito”(BRASIL, 1990).

Longe de se tratar de retórica estéril, essa expressão traz em si tamanha densidade axiológica que demandaria, por sua importância, estudo específico.

Ainda antes de adentrar especificamente ao tema, mas por necessidade inerente à matéria pesquisada, é preciso entender que a inserção do valor democrático na gênese do Estado – por meio da utilização da expressão “Estado democrático” – definiu a soberania popular como doutrina política.

Amartya Sen, ao tratar da democracia como um valor universal, busca um início de definição do termo, *in verbis*:

O que exatamente é democracia? Não devemos identificar democracia com governo da maioria. A democracia tem demandas complexas, o que certamente inclui o voto e o respeito pelos resultados eleitorais, mas também requer a proteção das liberdades e direitos, respeito aos títulos legais e a garantia da livre discussão e distribuição sem censura de notícias e comentários justos.(SEM, 1999, *on line*).



Vê-se, então, que, com a adoção do fundamento democrático-representativo, o constituinte objetivou esclarecer que a República Federativa do Brasil não se resumiria a um sistema normativo assentado na mera formalidade, sem que se agregue qualquer característica ou conteúdo material favorável à implementação, garantia e manutenção dos direitos fundamentais dos titulares do poder.

Diante disso, é necessário referir – ingressando especificamente no tema do capítulo – que o açodado entendimento acerca da expressão “Estado de direito”, por identificá-lo ao denominado “Estado legal”, incide no equívoco de esvaziá-lo axiologicamente, reduzindo-o a mero amontoado de normas hierarquicamente dispostas e formalmente válidas.

J. J. G. Canotilho – eminente jurista português – salienta, que, mesmo que de difícil acesso à população em geral o conceito e elementos constitutivos do Estado de Direito, intuitivo é o entendimento acerca do significado de seu antônimo, ou seja, de o que não se constitui Estado de Direito. Nesse sentido indica que se enquadra nesse conceito negativo o Estado que “identifica direito e força, fazendo crer que são direito mesmo as leis mais arbitrárias, mais cruéis, mais desumanas” (CANOTILHO, 1999, p. 13).

No mesmo sentido, N. Bobbio, que prefere o governo das leis ao dos homens, afirma que “não é a boa lei que faz o bom governante, mas o sábio legislador que realiza o bom governo ao introduzir boas leis” (BOBBIO, 1997, p. 162), haja vista que “o princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos” (CANOTILHO, 1999, p. 8).

Vê-se, portanto, a dupla influência axiológica materialmente favorável trazida pelos qualificativos “democrático” e “de direito” ao elemento nuclear “Estado”, conforme consta logo no primeiro artigo da Norma fundamental de nossa República.

Dessarte, o Estado brasileiro deve, por meio de leis justas e imunes a arbitrariedades, conduzir os assuntos públicos, sejam coletivos, sejam difusos, no sentido da melhor satisfação dos direitos e interesses do povo – que titulariza o poder –, resguardando sempre as pretensões das minorias, posto que fundamentado na “dignidade da pessoa humana”.

A fim de trazer maior precisão técnica-conceitual, impõe-se destacar a rica definição elaborada pelo Prof. Gilmar Bedin:

[...] é possível conceituar Estado de Direito como sendo, em síntese, *um Estado subordinado ao Direito, que defende os direitos fundamentais e a segurança de seus cidadãos e que tem por base o princípio da razoabilidade, da responsabilidade por seus atos e do respeito da via judicial.* (BEDIN, 2013, p. 150 e 151).



Evidencia-se, diante do que até agora foi exposto, que a expressão “Estado de direito” possui conteúdo de extrema densidade ética-ideológica, que, para além do que permite uma interpretação meramente literal, informa todo sistema normativo com valores favoráveis ao desenvolvimento dos Direitos Humanos.

Ciente da dubiedade que pode gerar a superficial leitura da expressão, J. J. G. Canotilho cunhou a expressão “Estado de justiça” como forma de afastar qualquer possibilidade de identificação com o Estado de direito formal. Sobre o tema, explica, *verbis*:

O Estado de direito aproximar-se-á de um Estado de justiça se incorporar *princípios e valores materiais* que permitam aferir o caráter justo ou injusto das leis, da natureza justa ou injusta das instituições e do valor ou desvalor de certos comportamentos. [...] O mundo, ele próprio repousa sobre três pilares que os sábios reconduzem à verdade, à *justiça* e à concórdia (CANOTILHO, 1999, p. 41).

Diante desse panorama, fica evidente que, para reconhecermos um Estado como de Direito, não basta estarmos nós e o Poder Público sob o império do Direito, ou seja, de normas jurídica positivadas formalmente e hierarquizadas de modo sistemático, impõe-se, em verdade, “desaplicar as leis injustas violadoras de direitos e princípios jurídicos fundamentais” (CANOTILHO, 1999, p. 42).

Radbruch, sustentando que o Estado de direito não se submete apenas a seu direito, mas também a toda uma construção de direitos humanos preestatais, assevera que “derecho es sólo aquello que tiene el sentido de ser justicia” (RADBRUCH, 1944, p. 244).

Vemos, pois, que a opção de nossa Carta política fundamental pela formação de um estado (democrático) de direito enseja, necessariamente, a adoção de comportamentos valiosos – em suma, éticos – como paradigma para toda construção da sociedade, que deverá, assim, trilhar o caminho indicado pelo *justo*, pelo *razoável*.

Acerca da palavra ética, vale referir que é originada da palavra grega “*ethike*” – cujo étimo é “*ethos*” –, significando esse último costume, hábito, modo de ser, “lugar onde habitamos”. *Ethos*, enfim, “é a morada do humano, *ethos* é a fronteira entre o humano e a natureza” (CORTELLA, 2015, p. 106).

Há, por certo, amplo espectro de significações para o termo ética, variando conforme a área de interesse a ser pesquisada. Diante disso, limitando-nos ao sentido pertinente à presente pesquisa, tem-se ética como conjunto de valores favoravelmente adequados que informam a conduta, individual e/ou coletiva, dos sujeitos que vivem em sociedade; segundo a norma culta



da língua portuguesa, ética deve ser entendida como “juízos de apreciação referente à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal” (FERREIRA, 1999).

Enfim, ética é, antes de qualquer coisa, a capacidade que o ser humano possui de, atuando mediante comportamentos valiosos, proteger a dignidade da vida coletiva, aproximando-se tanto quanto possível da justiça ideal e se afastando de toda forma de arbitrariedade.

Em outras palavras, na formação do Estado brasileiro, a opção pela constituição de um Estado democrático de direito elevou a ética ao patamar de axioma fundamental de todo sistema, ou seja, premissa evidente que se admite como universalmente verdadeira sem exigência de demonstração. Não sendo permitido aos indivíduos ou aos poderes constituídos atuar validamente sem que se tenha como ponto de partida e destino a ética, sob pena de, inobservando-a, anestesiarmos a nossa consciência e começarmos a achar tudo normal (CORTELLA, 2015, p. 132).

Outrossim, tendo em vista que o conceito de estado democrático de direito vem inundado pelo valor justiça, pela não-arbitrariedade, enfim, pela ética, a conclusão acerca das influências e limites que esse mesmo estado impõe ao exercício de seu *jus puniendi* e *jus perseguendi* evidentemente caminham no mesmo sentido.

Ora, fácil, então, inferir que os principais critérios para nortear a elaboração e aplicação do Direito Penal e do Processual Penal derivam, necessariamente, do conteúdo ético-normativo que se origina da criação de um Estado democrático de direito.

Sobre esse conteúdo específico, Miguel Reale Júnior entende que

A intervenção penal em um estado de direito democrático deve estar revestida de proporcionalidade, em uma relação de correspondência de grau entre o mal causado pelo crime e o mal que se causa por via da pena.

[...] a ação do legislador penal está sujeita ao princípio constitucional da proporcionalidade, também dito princípio da razoabilidade [...]. Estes princípios, verdadeiras pautas de conduta, dizem respeito não só à atuação do Executivo, na sua atividade administrativa limitadora da liberdade dos administrados, referindo-se, também, à elaboração legislativa como corolário da concretização dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, atuam como mandados de proibição de excessos vinculativos ao legislador e ao intérprete/aplicador da lei. (REALE JÚNIOR, 2006, p. 30).

Nesse sentido, sendo certo que o princípio da proporcionalidade surgiu como forma de coibir o excesso de poder e que, portanto, deve ser entendido como destinado a “conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas aos objetivos colimados” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 33) pelos Poderes constituídos do Estado,



pode-se concluir pela justeza do exercício do poder punitivo estatal quando for o meio menos gravoso compatível com o fim colimado e cujas vantagens advindas de seu exercício superem as desvantagens.

### **3 VIOLÊNCIA E ÉTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS. “OS FINS JUSTIFICAM OS MEIOS”?**

Sendo certo que a ética – entendida como não-arbitrariedade, como proporcionalidade – é condição lógica de existência da “justiça material” e, como exposto, fundamento necessário para a afirmação de um Estado como democrático de direito, o mesmo se pode dizer da violência; aliás, da ausência dela.

Em ensaio sobre o tema, Walter Benjamin afirma que, relativamente à conduta humana

“[...] qualquer que seja o modo como atua uma causa, ela só se transforma em violência, no sentido pregnante da palavra, quando interfere em relações éticas. A esfera dessas relações é designada pelos conceitos de direito e de justiça” (BENJAMIN, 2011, p.121).

Tomando por base as conclusões do autor, verifica-se que não é toda e qualquer forma de constrangimento físico ou moral que enseja, segundo seu entendimento, ato ou conduta violenta, mas sim, quando atua sobre relação externa a si, a qual observava a ética, o Direito, o justo.

Diante disso, pode-se entender por violência a conduta – individual, social, política ou estatal – que incida negativamente em relação materialmente justa, ética.

*Contrario sensu*, pode-se inferir que na hipótese de se tratar de relação antiética – e não apenas aética – a conduta que nela, eventualmente, interfira não pode ser tida por violenta, haja vista que sua finalidade é justa, ou seja, tendente a corrigir o atual estado de degenerescência das coisas.

Pode-se, então, considerar que “os fins justificam os meios”? Que as finalidades justas legitimam a utilização de quaisquer meios disponíveis, sejam eles, inclusive, violentos?

A frase em destaque, frequentemente associada a regimes autoritários, costuma ser atribuída a Nicolau Maquiavel, sem que esse a houvesse enunciado. Isso se deve a trecho constante do capítulo XVIII (“De que modo os príncipes devem manter a fé da palavra dada”), de sua obra *O Príncipe*, *in verbis*:

E nas ações de todos os homens, e sobretudo nas ações dos príncipes, quando não existe tribunal a que recorrer, se dá atenção ao resultado. Que o príncipe faça, portanto, todo possível para ganhar e conservar o estado, e os meios



serão considerados honrosos e serão louvados por todos. Pois o vulgo se deixa seduzir sempre pela aparência e pelo resultado final de algo. (MACHIAVEL , 2003, p. 87).

Assim, pelo que se expôs, surge, em um primeiro momento, a percepção de que uma finalidade injusta jamais outorgará fundamento idôneo para alcançá-la, seja qual for o método empregado tanto. Com efeito, verifica-se a necessidade de se aferir as condições de aplicabilidade da violência como meio de efetivação do justo.

Retomando o entendimento de Walter Benjamin, “permaneceria sempre aberta a questão se a violência em geral, enquanto princípio, é ética, mesmo como meio para fim justo” (BENJAMIN, 2011, p.122).

Segundo o autor, para o Direito Natural inexistente motivo para negar a aplicação de meios violentos para o atingimento de fins justos, uma vez que “a violência é um produto da natureza, semelhante a uma matéria-prima, cuja utilização não está sujeita a nenhuma problemática, a não ser que se abuse da violência visando fins injustos” (BENJAMIN, 2011, p.123).

Reconhecendo que, para o Direito natural, os fins pretendidos condicionam a conclusão acerca apreciação valorativa dos meios eleitos, o autor identifica relação diametralmente oposta quando a análise tem por base Direito positivo, na medida em que a crítica aos meios eleitos seria apta a avaliar o direito.

Assim, sem prejuízo desta ou daquela opção,

[...] as duas escolas se encontram num dogma comum fundamental: fins justos podem ser alcançados por meios justificados, meios justificados podem ser aplicados para fins justos. O direito natural almeja ‘justificar’ os meios pela justiça dos fins, o direito positivo, ‘garantir’ a justiça dos fins pela ‘justificação’ dos meios. (BENJAMIN, 2011, p.124).

Diante disso, surgiria intransponível contradição na hipótese de, em um caso hipotético, afigurarem-se insubsistentes o fundamento dogmático comum, seja pela constatação da injustiça das finalidades, seja pela ausência de justificação dos meios eleitos.

Portanto, tendo por verdadeiro o fato de que, ainda que finalisticamente justificado, a imposição/instalação do Direito, *per si*, já constitui um ato de violência, haja vista que encerra em seu conteúdo manifesto exercício de Poder.

Assim, há que se concluir que, em se tratando do ramo do Direito que se define como *ultima ratio* do estado na função de ordenar a vida em sociedade – Direito Penal –, a violência de sua instalação é reduzida quando confrontada com a violência de sua manifestação e conservação.



O presente trabalho não objetiva questionar a justeza ou não da natureza da sanção em Direito Penal no que diz respeito à imposição de pena como resposta à prática delitiva.

Por ora, limitar-nos-emos a reconhecer como prevalente o entendimento de que o poder punitivo estatal, longe de ser mero revide ao mal praticado, o que, por certo, igualaria o Estado ao infrator, possui conteúdo ético, justo, uma vez que

[...] cumpre função no contexto jurídico, mas principalmente no político. A punição é indutora e mantenedora da obediência política. Não é punição que legitima o poder político e a obediência política, mas é ela que mantém os indivíduos obedientes e impede a desagregação do pacto político. A punição é a força centrípeta que mantém os corpos individuais dentro do corpo político [...], impedindo que qualquer indivíduo, por interesse individual resolva descumprir ou modificar unilateralmente as estruturas pactuadas no contrato. O pacto de submissão e obediência apenas se completa pela existência do direito de punir e da sua aplicação, a punição. (OLIVEIRA, 2012, p. 153).

Não se nega que no atual momento histórico o poder punitivo estatal, quando normatizado e exercido conforme os fundamentos axiológicos de um Estado democrático de direito, é tido por justo, por não-arbitrário, mesmo considerando as nefastas consequências advindas da condenação criminal à pessoa do condenado que, além de ser privado de liberdade, fica estigmatizado como ex-presidiário.

Dessarte, para além das consequências sociais causadas ao condenado, pode-se, em uma visão ampla, concluir que é ético – é justo, é proporcional – o exercício do poder punitivo estatal quando aplica, diante da prática delituosa, sanção de natureza penal dentro dos parâmetros máximos previamente fixados em lei em sentido formal.

A mesma conclusão se aplica ao analisarmos o caso particular de determinado indivíduo condenado pela prática de crime; contudo, nesse caso, tem-se por ético, por justo, por proporcional o quantum e a natureza da sanção concretamente aplicada em sentença penal condenatória transitada em julgado, pressupondo-se, como não poderia ser diferente, a observância do princípio da individualização da pena.

Portanto, há que ser tido por antiético, injusto, desproporcional e arbitrário qualquer excesso cometido no sentido de impingir mal maior do que aquele imposto quando do trânsito em julgado de sentença penal condenatória – uma vez que desconsidera a ética, fundamento e finalidade do Estado democrático de direito, consubstanciando mero ato de violência; portanto, intolerável.

Diante do exposto, merece destaque a conclusão de Walter Benjamin (2011, p. 136) no sentido de que qualquer que seja a natureza do constrangimento imposto, se ele não tiver por



finalidade a instauração ou manutenção de direito, renunciará, por si só, a qualquer validade, uma vez que não observa o fundamento ético em que se assenta.

#### **4 A CONDENAÇÃO CRIMINAL SUMÁRIA COMO OPÇÃO BENÉFICA AO RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE.**

É certo que a sanção penal, entendida como finalidade justa a ser alcançada, somente se admite quando observada a proporcionalidade entre o mal causado pelo delito e a consequência imposta pela resposta estatal. Do mesmo modo, devem ser informados pela proporcionalidade – e, portanto, justos – os meios empregados para o atingimento de tal finalidade.

Assim, tem-se por desproporcional e, por conseguinte, contrário aos fundamentos de um Estado democrático de direito qualquer medida, ainda que provisória, que imponha mal maior do que aquele imposto em sentença penal condenatória transitada em julgado, uma vez que extrapolaria a esfera do Direito, consubstanciando-se em flagrante violência, por definição, injustificável.

Com efeito, a afirmação que intitula este capítulo – a qual pode, corretamente, ser tida por teratológica – é uma triste realidade que atinge os indivíduos que figuram como acusados em processo penal e se encontram presos preventivamente.

A aparente falta de lógica do raciocínio demonstra, em verdade, a mais comum realidade do sistema punitivo do nosso sedizente Estado Democrático de Direito quando no exercício da *persecutio criminis*.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona ao reconhecer que a prisão preventiva é

*“a medida acauteladora mais grave no processo penal, a desafiar o direito fundamental da presunção de inocência, razão pela qual somente deveria ser decretada [...] em situações nas quais fosse o único meio eficiente para preservar os valores jurídicos que a lei penal visa a proteger, segundo o art. 312 do CPP.”*  
(BRASIL, 2015, *on line*)

Apesar do entendimento consolidado acerca da excepcionalidade da custódia cautelar, o uso indiscriminado dos conceitos abertos contidos no referido art. 312, CPP – notadamente a “garantia da ordem pública” – gera situações assombrosas, as quais, em razão dessa amplitude conceitual, permite que julgadores menos cautelosos acessem a temível zona da arbitrariedade. Sobre o tema, merece destaque relevante decisão de relatoria do eminente Ministro Celso de Melo:



Todos sabemos que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade (HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), sendo de repelir, por inaceitáveis, discursos judiciais consubstanciados em tópicos sentenciais meramente retóricos, eivados de generalidade, destituídos de fundamentação substancial e reveladores, muitas vezes, de linguagem típica dos partidários do “direito penal simbólico” ou, até mesmo, do “direito penal do inimigo”, e que, manifestados com o intuito de impor indevidas prisões cautelares ou de proceder a inadequadas exacerbações punitivas, culminam por vulnerar, gravemente, os grandes princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, com esse comportamento, uma inadmissível visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades fundamentais em nosso País (HC 85.531/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)”.(BRASIL, 2005, *on line*)

Diante disso, o que dizer, por exemplo, da decretação da prisão preventiva de um indivíduo – cujas circunstâncias judiciais sejam favoráveis – acusado pela prática de furto qualificado, de roubo (inclusive majorado), de associação ao tráfico ou mesmo tráfico de drogas?

Em resposta a esse questionamento, impõe-se observar o disposto no artigo 68, do Código Penal, que disciplina o método de dosimetria da pena, e, em seguida, ao previsto pelo artigo 33, §2º, do CP, que estabelece, em atenção ao *quantum* de pena aplicada, o regime de seu cumprimento.

Ademais, considerando que a fixação de pena pelo órgão julgador, no caso concreto, possui base científica, na medida em que está atrelado à expressa disposição legal, não se pode negar ao intérprete a antevisão da pena a ser aplicada em caso de condenação.

Com efeito, tomando-se por base as tipificações penais acima apresentadas – o que não afasta a aplicabilidade do raciocínio a outras figuras típicas –, há que se concluir que, em razão da pena cominada aos delitos, bem como das condições pessoais do acusado, esse jamais – frise-se, JAMAIS – iniciará o cumprimento de pena em regime fechado, mesmo que se trate de crime Hediondo ou equiparado.

Nesse ponto específico, vale ressaltar o entendimento predominante da nossa mais alta Corte de justiça no sentido da inconstitucionalidade da previsão, em abstrato, do regime fechado de cumprimento da pena para os condenados por crimes definidos como hediondos ou equiparados, *verbis*:

EMENTA Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.



Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (BRASIL, 2012, *on line*)<sup>2</sup>

Notória, em hipóteses como essa, a extrema desproporcionalidade da decretação de prisão cautelar, pois, durante o momento processual orientado pelo princípio da presunção de inocência, inflige-se ao acusado restrição muito mais grave do que aquela resultante de sentença condenatória transitada em julgado.

Em outras palavras, ao acusado seria mais vantajoso abrir mão de seus direitos e garantias constitucionais – notadamente, da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório - e ser sumariamente condenado; pois, assim, não experimentaria tamanha restrição de liberdade.

Sobre o tema, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

[...] 1. De acordo com o princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, mostra-se ilegítima a prisão provisória quando a medida for mais gravosa que a própria sanção a ser possivelmente aplicada na hipótese de condenação, pois não se mostraria razoável manter-se alguém preso cautelarmente em "regime" muito mais rigoroso do que aquele que ao final eventualmente será imposto.  
2. Tendo o paciente sido denunciado pela prática dos crimes previstos nos arts. 334, § 1º, "c" e "d", e 288, caput, ambos do Código Penal, cujas penas máximas em abstrato alcançam, respectivamente, 4 (quatro) e 3 (três) anos de reclusão, mostra-se ofensivo

<sup>2</sup> Pela inconstitucionalidade da cominação, a priori, do regime inicialmente fechado para o cumprimento de pena imposta em razão da prática de crime hediondo ou equiparado, por ofender o princípio constitucional da individualização de pena: **STF, HC 106153**, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 22.11.2011, DJe de 19.12.2011; **STF, HC 119167**, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 26.11.2013, DJe de 16.12.2013; **STJ, HC 149807/SP**, Relator Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, julgamento em 06.05.2010, DJe de 20.09.2010.



ao princípio da homogeneidade mantê-lo preso antecipadamente, haja vista ser plausível antever que o início do cumprimento da reprimenda, em caso de eventual condenação, se daria em modo menos rigoroso que o fechado. (BRASIL, 2013, *on line*).

Nessa esteira, o professor Rogério Schietti Machado Cruz (2011, p. 46) leciona que "*as exigências derivadas do princípio da proporcionalidade visam impedir ou restringir a prisão cautelar, com o escopo de evitar que o acusado sofra um mal maior do que a própria sanção penal*".

Em outras palavras, para que se admita como justa a privação de liberdade enquanto não haja sentença penal condenatória transitada em julgado, impõe-se a observância de padrões mínimos de proporcionalidade sob pena de a prisão processual – como meio – impor mal maior do que a finalidade que pretende preservar, a prisão-pena.

Entendimento contrário, além de afrontar, como já exposto, valores inerentes ao Estado democrático de direito, violam normas supraleais, em especial o artigo 7º, item 3, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ao qual aderiu o Brasil, sem qualquer reserva, promulgado pelo **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**, *in verbis*: “3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.” (BRASIL, 1992, *on line*)

Portanto, verifica-se que decisões cautelares que impõem total restrição de liberdade aos cidadãos (presumidamente inocentes) – os quais, na hipótese de condenação, cumpririam pena em regime menos gravoso – são inadmissíveis pelo Direito pátrio e internacional, posto que injustificáveis, desproporcionais, arbitrárias.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preliminarmente, o presente artigo buscou apresentar a relação existente entre a ética e o Estado democrático de direito, tendo por referência elementos conceituais e doutrinários acerca dos institutos. Diante disso, verificou-se que esse conceito de Estado se assenta em valores que elevam o princípio da proporcionalidade à condição de necessária consequência da adoção deste modelo estatal, uma vez que o exercício abusivo do poder punitivo estatal, sobretudo no que diz respeito aos meios utilizados para tanto, desnatura o Direito justo, configurando verdadeira arbitrariedade, própria dos estados totalitários.

Com vistas às conclusões alcançadas, abordou-se a problemática da violência exercida em um Estado Democrático de direito, analisando-a a partir do seguinte questionamento: os



fins justificam os meios? Como resposta, verificou-se que, apesar de haver entendimentos em sentido contrário, o modelo de Estado instituído pela atual Carta da República brasileira exige que, mesmo objetivando finalidades justas, os meios eleitos devem ostentar essa mesma qualidade, sob pena de se instituir verdadeiro autoritarismo sistêmico.

Por fim, partindo das premissas alcançadas nos capítulos antecedentes, demonstrou-se a absoluta inconsistência da práxis judicial de, com base na norma literal – sem a correspondente filtragem ética –, privar o indivíduo presumidamente inocente de sua liberdade nos casos em que se afigura notório o cumprimento, após sentença penal condenatória transitada em julgado, de sanção penal em regime menos gravoso.

Diante de tudo o que foi exposto, permanece a crítica ao modelo punitivista escolhido pelo legislador brasileiro no que diz respeito à escolha dos instrumentos de pacificação social – sobretudo os de natureza penal –, uma vez que demonstra flagrante ingenuidade hermenêutica ao se aceitar que, enquanto estiver sob o amparo da presunção de inocência, admite-se que o indivíduo experimente mal maior do que aquele a quem será submetido quando, após a observância de suas garantias individuais processuais, for considerado culpado.

## REFERÊNCIAS

- BEDIN, Gilmar Antônio. **Estado de direito**: tema complexo, dimensões essenciais e conceito. *Direito e debate*. Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da unijuí. Ano XXII, nº. 39, 2013.
- BENJAMIN, Walter. **Para uma crítica da violência**. Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921). Org. Jeanne Marie Gagnebin. Trad. Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2011
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: a defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Paz e terra, 1997
- BRASIL. **Código Penal**, de 1940. . In: *Vade mecum acadêmico de direito rideel*. 26.ed. São Paulo: Rideel, 2018.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990
- \_\_\_\_\_. Presidência da República. **Decreto nº. 678**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 6 nov. 1992. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 28 set. 2018.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 111.840**. Edmar Lopes Feliciano e Superior Tribunal de Justiça. Relator: **Min. Dias Toffoli**. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28111840%2ENUME%2E+OU+111840%2EACMS%2E%29+%28%28DIAS+TOFFOLI%29%2ENORL%2E+O>



U+%28DIAS+TOFFOLI%29%2ENORV%2E+OU+%28DIAS+TOFFOLI%29%2ENORA%2E+OU+%28DIAS+TOFFOLI%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zehrw4b >. Acesso em: 29 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 127.186**. Alberto Zacharias Toron e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 28 abr. 2015.

Informativo de Jurisprudência do STF. n. 783. Brasília, 27 abr. a 01 mai. 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo783.htm> >. Acesso em: 28 set. 2018

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 132.615. Izaque Dantas da Silva e Superior Tribunal de Justiça**. Relator: **Min. Celso de Mello**. Brasília, 22 mar. 2005.

Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28T%D3PICOS+SENTENCIAIS+MERAMENTE+RET%D3RICOS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd94wd2z>>. Acesso em: 22 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 182.750**. Carmelena Abadia de Sá e Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: **Min. Jorge Mussi**. Brasília, 14 mai. 2013. Disponível em: <

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=182750&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1> >. Acesso em: 29 set. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos – Coleção Fundação Mário Soares. Lisboa: Edição Gradiva, 1999

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. ver. ampl. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

CORTELLA, Mario Sergio. **Qual é a tua obra?:** inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2015

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011.

FERREIRA, A. B. H. **Aurélio século XXI:** o dicionário da Língua Portuguesa. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128p.

MACHIAVEL, Nicolau. **O príncipe:** com comentários de Napoleão Bonaparte. Trad. Mônica Baña Álvares. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

OLIVEIRA, Fernando Antônio Sodré de. **O direito de punir em Thomas Hobbes**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofía del derecho**. 2.ed. Madrid: Editorial revista de derecho privado. 1944

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal:** parte geral. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 1v.

SEM, Amartya. **Democracia como um valor universal**, 1999. Disponível em:

<<http://dagobah.com.br/wp-content/uploads/2016/07/SEN-Amartya-1999.-Democracia-como-um-valor-universal.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2018.