

**A ORIGEM DO ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL**  
**CRÍTICA EM TORNO DA EXORBITÂNCIA NA UTILIZAÇÃO DO *PERICULUM***  
***LIBERTATIS* COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA**

**Marianna Melo de Oliva<sup>1</sup>**

**RESUMO**

O Direito Penal e Direito Processual Penal, assim como as diversas vertentes do Direito, estão sempre em busca da melhoria, contudo, ainda há muito a ser feito. É necessário destacar o fato de que a sociedade ainda dá valor à crença sem fundamento válido de que o ser humano, isolado dos demais, não fará nenhum mal. Este conceito, além de ultrapassado, fere tanto àquele que está efetivamente no cárcere, como também aqueles que estão fora deste, já que todos estão a mercê deste acontecimento (visto que os crimes não são apenas cometidos com dolo, mas também, com culpa). Desta forma, há de se pensar em soluções para que aquele indivíduo que está encarcerado possa exercer os seus direitos garantidos pela Constituição Federal e demais Códigos, visando um aperfeiçoamento no modo em que tanto os culpados, quanto os inocentes são tratados. O presente artigo trata não só do ponto de vista jurídico, como também, do ponto de vista psicológico daquele que é mantido em penitenciárias sem ter, ao menos, sido declarado culpado do feito.

**Palavras-chave:** cárcere; *periculum libertatis*; garantias; direitos do indivíduo encarcerado; prisões cautelares.

**ABSTRACT:** The Criminal Law and Criminal Procedural Law, as well as the others aspects of Law, are always looking for improvement, however, there is still much to be done. It is necessary to highlight the fact that society still values the belief, without a valid foundation, that the human being, isolated from others, will not do any harm. This concept, in addition to being outdated, hurts not only those who are effectively in prison, but also those who are out of it, since everyone is at the mercy of it (since crimes are not only committed with intent, but also with guilt). In this way, solutions must be considered so that, that individual who is incarcerated can exercise his rights guaranteed by the Federal Constitution and other Codes, aiming an improving by the way in which both the guilty and the innocent are treated. This article deals not only from the legal point of view, but also from the psychological one of those who are kept in penitentiaries without at least being found guilty of the deed.

**Key Words:** prison; *periculum libertatis*; guarantees; rights of the imprisoned individual; precautionary arrests.

---

<sup>1</sup> Estudante de Direito na Universidade Salvador (UNIFACS), Campus Tancredo Neves (CTN). Graduação prevista para 2021.2.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal surge como um ramo do direito que estabelece e regula a punição de crimes/delitos e contravenções penais através da imposição de penas, dirigindo-se ao homem e utilizando a normatividade jurídico-penal quanto às suas atividades finais, ou seja, à execução de ações realizadas com consciência de algum fim.

Cumprir informar que o jurista, sociólogo e filósofo, Alessandro Baratta, estudou a criminalidade através de um aspecto seletivo, constatando que o sistema penal é mal estruturado e sem sintonia dentre suas vertentes. Entendeu que este é um sistema onde o tratamento do crime em relação ao criminoso não tem fundamento, sendo inviável alcançar a todos igualmente, surgindo daí a sua seletividade.

Ademais, Michel Foucault realiza uma crítica em relação à quimera de que a lei é para todos, ou seja, a criminologia tipifica-se como seletiva quanto à escolha das condutas que são ilícitas, tanto quanto quem será responsável por estas, diagnosticando a igualdade como mera utopia.

“[...] processos que encontramos atrás de toda uma série de afirmações bem estranhas à teoria penal do século XVIII: que o crime não é uma virtualidade que o interesse ou as paixões introduziram no coração de todos os homens, mas que é coisa quase exclusiva de uma certa classe social: que os criminosos que antigamente eram encontrados em todas as classes sociais, saem agora ‘quase todos da última fileira da ordem social’ [...] Nessas condições, seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da

ordem sanciona outra fadada à desordem” FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir – História da violência nas prisões (1975)

## 2 O PERICULUM LIBERTATIS

É de oportuna magnitude analisar as constatações anteriores à luz do *Periculum Libertatis*, ou seja, o perigo para a sociedade quanto à liberdade do acusado. Analisando acerca do perigo da sociedade, paralelo com o pensamento difundido por Cerezo Mir (pesquisador e jurista), temos que o Direito Penal tem duas funções: O controle social informal (da sociedade) e o formal (do Estado). Segundo ele, a suposta função ético-social do Direito Penal é mais importante que a proteção de bens jurídicos (bens vitais e fundamentais para o indivíduo e a sociedade). Sendo assim, o Direito Penal deverá sempre buscar a redução de danos em relação aos inocentes, os quais nem sempre são tratados como objetivo primordial, já que em muitos casos não prevalece a presunção de inocência, protegendo apenas aqueles que são padronizados como tal.

Segundo dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0), em agosto de 2018, havia um total de 602.217 presos no Brasil. Esse número elevado advém da utilização em excesso do *Periculum Libertatis*.

Figura I<sup>2</sup>

UF de Custódia	Estadual	Federal	Ambas as Justiças	Total Geral
AC	6.872	14	0	6.909
AL	4.598	14	0	4.634
AM	6.374	13	7	6.394
AP	2.831	25	0	2.856
BA	16.246	24	3	16.273
CE	20.709	62	12	20.795
DF	17.421	6	1	17.431
ES	21.232	46	7	21.287
GO	17.742	21	9	17.775
MA	10.381	27	10	10.421
MG	58.525	100	23	58.684
MS	22.255	316	59	22.644
MT	9.308	87	18	9.414
PA	15.688	11	5	15.706
PB	11.787	23	15	11.826
PE	27.236	38	11	27.286
PI	4.505	28	3	4.535
PR	27.107	312	0	27.420
RJ	77.711	198	39	77.960
RN	7.292	88	47	7.427
RO	8.577	73	17	8.667
RR	2.162	5	1	2.168
RS***	95	81	1	177
SC	20.334	66	12	20.434
SE	4.878	6	9	4.893
SP**	173.727	589	163	174.620
TO	3.604	0	0	3.604
<b>Brasil*</b>	<b>596.302</b>	<b>2.271</b>	<b>462</b>	<b>602.217</b>

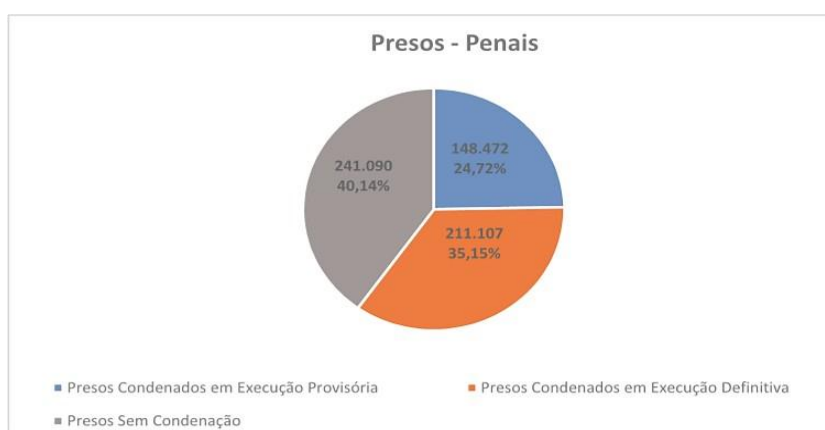
Fonte: BNMP 2.0/CNU – 6 de agosto de 2018.  
 \* 262 registros não possuíam em a identificação da origem do processo aviado entre justiça estadual e estadual, bem como se não trouxe a identificação da UF de custódia.  
 \*\* O Tribunal de São Paulo ainda não concluiu a alimentação.  
 \*\*\* O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ainda não iniciou a implantação. Os dados constantes referem-se aos presos alimentados por outros tribunais estaduais, cujo preso encontra-se custodiado no Rio Grande do Sul e pelo Tribunal Federal da 4ª Região.

O *Periculum Libertatis* está atribuído à noção de liberdade de risco, ou seja, é o fundamento utilizado para o encarceramento em massa. Há uma fantasia acerca da definição de que aquele que pratica o mal deverá ser afastado daqueles que não o fazem, contudo, ao prosperar este pensamento, a humanidade não só posiciona-se em escanteio, como também, deixa de ser vista de forma a mensurar suas consequências futuras.

As prisões cautelares tratam de aprisionar o homem para que uma *segurança* (do ponto de vista da sociedade e não deste homem) seja garantida, entrando em colisão com a Presunção de Inocência. Conforme o artigo 5º, inciso LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, sendo assim, não há base legal na alegação de que a liberdade daquele sujeito é um risco à sociedade, já que este nem mesmo teve o seu direito de ampla defesa garantido – sendo taxado como criminoso antes mesmo de efetivamente ser. O resultado disto, é a superlotação de presídios e a carência da segurança jurídica.

De acordo com o “Sistema Prisional em Números”, do Conselho Nacional do Ministério Público, pesquisas realizadas no 2º trimestre do ano de 2019 demonstraram que a taxa de ocupação em estabelecimentos prisionais do Brasil chegaram a 165,72%, ou seja, muito além do que estes realmente suportam. Não obstante, a mesma pesquisa demonstra que no referido trimestre em 2019, 1.384 mortes foram contabilizadas dentro de presídios. Logo, não se pode falar em proteção à sociedade, sendo que indivíduos desta estão sendo submetidos a tratamentos aquém do que é esperado, apenas por serem **suspeitos** de um feito que ainda não houve condenação (se é que ainda haverá).

**Figura II<sup>3</sup>**



Fonte: BNMP 2.0/CNJ - 6 de agosto de 2018

<sup>3</sup> Gráfico do Cadastro Nacional de Presos, 2018 – Conselho Nacional de Justiça.

O Conselho Nacional de Justiça realiza anualmente uma análise nomeada de “Cadastro Nacional de Presos”, monitorando as prisões, analisando a gestão, históricos, desenvolvimentos e expondo estatísticas daqueles que estão incluídos neste ambiente.

### **3 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

A Garantia da Ordem Pública está englobada como um dos principais critérios de utilização das prisões cautelares, a qual tem previsão legal no Art. 312 do CPP – Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941, cientificando que: *“A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”*.

A sua utilização se justifica devido ao perigo do estado de liberdade do agente perante o ambiente externo e aqueles que o compõe. Decerto que a ordem pública deverá ser mantida, porém, ao utilizar este pretexto para encarcerar indivíduos, analisados apenas como um quantitativo, afastando a sua humanidade, configura-se uma banalização ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (fundamento da República Federativa do Brasil, disposto no Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988) e ao Princípio da Humanidade no Direito Penal.

### **4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o que garante que os indivíduos não serão tratados como “números”, demonstrando que cada um tem a sua particularidade e necessidade. Este princípio visa assegurar que os direitos dos cidadãos sejam assegurados pelos seus representantes. Conforme anunciado por Immanuel Kant, filósofo prussiano, “o homem é um fim em si mesmo”, sendo assim, *“no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade”*<sup>4</sup>, de forma que o segundo ganha destaque devido ao fato de ser insubstituível, inadmitindo equivalência.

---

<sup>4</sup> KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten*, 1785.

## 5 A HUMANIDADE NO DIREITO PENAL

O Princípio da Humanidade no Direito Penal deriva do princípio mencionado no parágrafo anterior, tendo como marco inicial o Iluminismo (séculos XVII e XVIII). “*O princípio da humanidade é, segundo o magistério de Hans Heinrich Jescheck o postulado ‘reitor do cumprimento da pena privativa da liberdade’ e consiste no reconhecimento do condenado como*

*pessoa humana, e que como tal deve ser tratado. É no não esquecimento que o réu é pessoa humana – conforme escreve Eugênio Raul Zaffaroni, - que repousa o princípio em causa*”<sup>5</sup>. “Ao mesmo tempo em que defende o direito de punir, Beccaria se levanta em favor da humanização do processo penal”<sup>6</sup>.

Ao deixar de lado os princípios e garantias do indivíduo quanto a sua dignidade e humanidade, ignora-se também a função agnóstica proposta por Eugenio R. Zaffaroni (na sua teoria funcionalista), onde deverá haver uma pacífica coexistência entre os modelos ideais de Estado de Polícia e Estado de Direito.

## 6 CONCLUSÃO

Não se trata, como popularmente é dito, de “deixar os bandidos soltos”, mas sim de reconhecer que apesar de serem suspeitos de cometer um crime, e ainda que tenha efetivamente cometido, continua sendo uma pessoa, um pai, um irmão, um indivíduo. Não faz sentido aprisiona-lo sem arquitetar um plano para o futuro. Além disso, aquele que está preso e é inocente, ou cometeu crimes mais “leves” terá a chance de “aprender a cometer crimes”, ou seja, o Estado visa isolar o homem para que este não cometa mais crimes, deixando de contribuir com um aprimoramento deste para com a sociedade e fazendo com que ocorra justamente o contrário.

Em virtude da análise até então exposta, conclui-se que o cárcere não deve ser utilizado como uma prisão na sua forma literal, mas sim, um modo de libertar aquele indivíduo da vontade e necessidade de cometer crimes.

---

<sup>5</sup> LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais, 1991, pág. 31.

<sup>6</sup> PEREIRA, Marcos. Cesare Beccaria – Precursor do Direito Penal Moderno. São Paulo. Editora: Escala, 2011, pág. 42

## REFERÊNCIAS

### **BNMP 2.0 REVELA O PERFIL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA.**

Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em 09 jul. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 1: 21ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

**CNJ. CADASTRO NACIONAL DE PRESOS 2.0.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>>. Acesso em 28 fev 2020.

**CNMP SISTEMA PRISIONAL EM NÚMEROS.** Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em 28 fev 2020.

CUNHA JR., Dirley. **Curso de Direito Constitucional**: 11ª Ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2017.

KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysic der Sitten**, 1785.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**: 15ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**: 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**, 1991.

PEREIRA, Marcos. **Cesare Beccaria – Precursor do Direito Penal Moderno**. São Paulo. Editora: Escala, 2011.

SCHMITT, Ricardo. **Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática**: 12ª Ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2018.

SMANIO, G.P.; FABRETTI, H.B. **Introdução ao Direito Penal – Criminologia, Princípios e Cidadania**: 4. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.