

**A TEORIA DO LABELING APPROACH OU ETIQUETAMENTO SOCIAL E SUA INFLUÊNCIA NA UTILIZAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR DA PRISÃO PREVENTIVA**

**THE LABELING APPROACH THEORY AND ITS INFLUENCE ON THE USE OF THE PRECAUTIONARY MEASURE OF PRE-TRIAL DETENTION**

**Marco Antônio Guerra<sup>1</sup>**

**Faculdade Metropolitana de São Paulo**

**Resumo**

O presente artigo visou abordar as características da Teoria do Labeling Approach ou do Etiquetamento Social e o quanto ela influencia na aplicação da medida cautelar da prisão preventiva. De início, destacou-se o seu surgimento e as suas influências. Com efeito, ao explicitar o teor da supracitada teoria, questionou-se a aplicação da referida medida cautelar em face dos indivíduos rotulados como desviantes, bem como buscou-se avaliar a mitigação de direitos constitucionais fundamentais decorrentes do uso desta modalidade de segregação cautelar, que se tornou poderosa ferramenta de antecipação de pena aplicada especialmente a esses indivíduos desvalidos, cultural, econômica e socialmente. Sujeitos que, por muitas vezes, desconhecem seus direitos e ainda não possuem ferramentas para buscá-los, diante da ausência de uma defesa técnica eficiente, tendo em vista a impossibilidade financeira de constituir um(a) advogado(a) particular, além da notória precariedade da Defensoria Pública em todo o Brasil, que, infelizmente, não consegue absorver tantas demandas. Por fim, demonstrou-se a necessidade do fortalecimento dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988, assim como dos órgãos de defesa técnica em juízo, como a Defensoria Pública. O método de abordagem utilizado ao longo do trabalho foi o dedutivo e a temática foi desenvolvida através de pesquisas bibliográficas.

**Palavras-chave:** Teoria do *Labeling Approach*. Medida Cautelar. Prisão Preventiva. Código de Processo Penal. Direitos Fundamentais.

**Abstract**

This paper aims to address the characteristics of the Labeling Approach theory or social labeling theory. Initially, all the concepts and characteristics of the referred theory were addressed, as well as its emergence and its influences. In fact, by clarifying the content of the above theory, it was demonstrated that the preferential application of the precautionary measure of pre-trial detention provided for in our Code of Criminal Procedure in the face of these individuals labeled as deviant, thus mitigating Fundamental Constitutional Rights through the use of this kind of precautionary segregation modality, which has become a powerful punishment anticipation tool applied especially to these disadvantaged individuals, culturally, economically and socially. Individuals who are often unaware of their rights and do not yet have tools to pursue them, given the absence of a technical defense, given the financial impossibility of constituting a private lawyer and the precariousness of public defenders in all over Brazil, which unfortunately cannot cope with absorbing so many demands.

**Keywords:** Labeling Approach Theory. Precautionary measure. Preventive detention. Code of Criminal Procedure. Fundamental rights.

<sup>1</sup> Advogado criminalista; Especialista em Direito Penal pela Faculdade Metropolitana de São Paulo. E-mail: guerra.apoiocriminal@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva demonstrar que na vasta seara do direito processual penal, nota-se cada vez mais recorrente a utilização da medida cautelar da prisão preventiva com a justificativa da garantia da ordem pública, da ordem econômica ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando presente prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, como leciona o artigo 312 do Código de Processo Penal. Demonstrando, assim, um anseio dos juízes togados em atender o clamor social de efetividade na aplicação da lei penal, em especial aos indivíduos rotulados como desviantes segundo a teoria do *Labeling Approach* ou do etiquetamento social, questionando-se a preferência da aplicação de tal medida em detrimento do respeito a princípios e direitos fundamentais constantes da Carta Magna.

Com relação a esses indivíduos transgressores, no decorrer do artigo ao analisar a teoria supracitada, faz-se necessário demonstrar conceitos e características, observando, para tanto, não a particularidade de cada sujeito, mas sim a conduta deste como integrante de um determinado grupo.

Ao decretar a aplicação da medida cautelar da prisão preventiva, cabe ao juiz apresentar uma justificativa, utilizando os mandamentos do dispositivo que preveem sua aplicação de forma fundamentada.

Neste sentido, juiz togado sopesará princípios relevantes, tais como o princípio da razoabilidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, presunção, devido processo, dentre outros, devendo atender o caráter da excepcionalidade da medida cautelar da prisão preventiva, utilizando-a apenas em situações em que se mostre indispensável. Desta forma, os mencionados princípios colidiriam frontalmente com a medida cautelar supracitada, tendo em vista, no processo penal brasileiro, ninguém será considerado culpado, senão após sentença condenatória transitada em julgado. Por tais razões, verifica-se que o cárcere preventivo dá ensejo a vastas discussões no cenário jurídico, conforme será abordado no presente estudo.

Percebe-se que a medida cautelar – assim considerada – pode carecer de efetividade e proporcionalidade, isto porque se destina a determinar o futuro de até então inocentes, vez que ausente condenação transitada em julgado, o que anteciparia o cumprimento de pena do rotulado transgressor.

É sabido que, por diversas vezes, inocentes cumprem penas por desvios que não cometeram, mitigando-se, deste modo, a busca pela verdade real ou processual, e evidenciando a busca apenas pelo atendimento aos anseios de uma opinião pública cada dia mais intolerante, que clama por uma maior eficácia do processo penal a essa classe rotulada desviante.

Será estudada a comunicação entre a aplicação da medida cautelar com o clamor de uma sociedade segregatória, e o fortalecimento do etiquetamento social que vem sendo praticado desde os primórdios contra classes menos favorecidas, social, cultural e economicamente.

Com efeito, analisa-se o encarceramento preventivo dessas pessoas etiquetadas, e se tal medida tem o condão de mudar o cenário de diversos delitos cometidos atualmente. Apurando assim, se a aplicação de tal medida de privar, tão completamente, esses indivíduos de seus direitos e prerrogativas, possui reflexos muito mais negativos do que positivos.

Serão tratados inicialmente, na primeira seção, o etiquetamento social e suas origens. Já na segunda seção, será considerada a aplicação da medida cautelar da prisão preventiva nessa classe etiquetada socialmente, analisando-se objetivamente sua incidência e essas pessoas que rotuladas transgressoras. Na terceira e última seção discutir-se-ão os reflexos da aplicação da medida nas pessoas etiquetadas, demonstrando suas consequências.

Por fim, o método de abordagem utilizado ao longo do trabalho foi o dedutivo e a temática foi desenvolvida através de pesquisas bibliográficas.

A seguir, passa-se à análise da proposta.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 A TEORIA DO LABELING APPROACH OU TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL

A Teoria do *Labeling Approach* surge no fim da década de 1950 e início da de 1960 nos EUA, tendo como principais expoentes Erving Goffman e Howard Becker, pertencentes à Escola de Chicago, sendo uma das mais importantes teorias de conflitos, traduzindo, assim, um novo paradigma criminológico, que tem como objeto de análise o sistema penal e o fenômeno de controle.<sup>2</sup>

Em análise a esta teoria, verifica-se que carece o delito de consistência material, sendo a criminalidade, portanto, não uma qualidade da conduta do homem, mas a consequência de um processo em que se atribui tal estigmatização ou “qualidade”. Portanto, a princípio, não se destaca a conduta desviada em si, e sim o indivíduo etiquetado, uma vez que existe um processo social arbitrário e discriminatório que visa seleção dessas pessoas etiquetadas.

Passa-se a observar não apenas o lado particular do indivíduo, mas sim ele como membro de uma sociedade, de um grupo, analisando as condutas desviantes ou criminais, a partir das quais serão atribuídos rótulos ou etiquetas por meio de complexos processos de interação social.

Em relação a essa nova percepção da reação social, em contrapartida com outra visão estudada até então na história criminológica, sustenta Baratta:

a criminologia ao longo dos séculos tenta estudar a criminalidade não como um dado ontológico pré-constituído, mas como realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições e da reação social, o criminoso então não seria um indivíduo ontologicamente diferente, mas um status social atribuído a certos sujeitos selecionados pelo sistema penal e pela sociedade que classifica a conduta de tal indivíduo como se devesse ser assistida por esse sistema. Os conceitos desse paradigma marcam a linguagem da criminologia contemporânea: o comportamento criminoso como comportamento rotulado como criminoso.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> DA SILVA, R. Z. L. Labeling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização. *Revista Liberdades*. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 18 – jan./abr. 2015. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/23/Liberdades18\\_Artigo5.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/23/Liberdades18_Artigo5.pdf). Acesso em: 11 set. 2019.

<sup>3</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 11.

Pode-se observar que a Teoria do *Labeling Approach* surgiu em contexto criminológico distinto, gerando uma diferenciação dos paradigmas, o que resultou em uma mudança no pensamento da época que se baseava nas particularidades do indivíduo e não no contexto em que se encontrava inserido.

Insta salientar que estudo da criminologia evoluiu bastante a partir desse momento, principalmente em relação ao pensamento etiológico, surgindo a criação de “desvios” ao serem criadas determinadas regras por parte de seletos grupos sociais, passando-se a entender o delito como uma consequência de etiquetas atribuídas a certas pessoas, acima de tudo por uma razão social, uma característica do infrator, que serão rotulados ou etiquetados como desviantes.

Entende-se que para esta teoria o delito carece de consistência material, sendo, portanto, processos de reação social, um verdadeiro controle social que se caracteriza ao criar essas condutas consideradas desviadas, que só se entende como desviada, devido a um processo social um tanto quanto arbitrário e discriminatório, de reação por parte do restante da sociedade não etiquetada e que ocasiona a seleção desse grupo rotulado, ou etiquetado.<sup>4</sup>

O delito, portanto, se caracteriza como uma conduta ou comportamento desviado praticado particularmente por esses indivíduos rotulados, adotando como pontos de análise o status social do delinquente e da vítima, a repercussão do delito e suas consequências. Essas são consequências de uma atribuição por parte de desses determinados grupos sociais.

Os grupos sociais criam os desvios ao fazerem as regras cuja infração constitui um desvio e a partir do momento em que aplicam essas regras a determinadas pessoas, as rotulam como marginais, delinquentes ou transgressores.

Desse ponto de vista, percebe-se que o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação, por outras pessoas, de regras e sanções a um transgressor. O desviante é alguém a quem aquele rótulo foi

---

<sup>4</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 96.

aplicado com sucesso; comportamento desviante é o comportamento que as pessoas rotulam como tal.<sup>5</sup>

Conclui-se que a lei cria o delito por meio de seus agentes e órgãos do sistema penal que realizam um controle social formal. Em análise aos pensamentos e conceitos apresentados nota-se que com o passar do tempo, essa falta de paridade social que vem desde os tempos antigos, culminam em um desequilíbrio gritante entre alguns grupos sociais. Evidente que a classe etiquetada, com o passar do tempo, se tornará cada vez mais recorrente, como é esperado de acordo com a teoria apresentada.

### 2.1.1 Influências

A Teoria do *Labeling Approach* foi idealizada pelos integrantes da “Nova Escola de Chicago” após a segunda guerra mundial, segundo Shecaira, quando os Estados Unidos assumem o título de grande potência mundial. Esse período de surgimento que se deu no fim da década de 1950 e início da de 1960, foi marcado pela divisão mundial em blocos, havendo essa separação entre capitalistas e socialistas, o que viria a desencadear uma futura Guerra Fria<sup>6</sup>. Enquanto, os próprios Estados Unidos enfrentavam suas lutas internas como os movimentos das minorias, negros lutando por igualdade, os movimentos estudantis em busca da igualdade civil e a luta contra a discriminação sexual.

Em consequência, com o surgimento desses novos conflitos sociais, exigiu-se um novo paradigma criminológico, tendo em vista, o surgimento do termo “desvio social” que englobaria todas as condutas que não se enquadravam nas definições legais, sociais ou psiquiátricas.

A Teoria do *Labeling Approach* surge em meio a esses conflitos. Segundo Hassemer e Conde, existem influências marxistas nessa teoria, uma vez que para Marx, a delinquência era um produto do controle social ou jurídico e suas ideias contribuíram para a teoria do etiquetamento, especialmente, pela crítica ao mito do

<sup>5</sup> QUEIROZ, Paula. *Seis conceitos de crime*. Outsiders, studies in the sociology of deviance, cap. 1, in *Uma teoria da ação coletiva*. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/seis-conceitos-de-crime/>>. Acesso em: 02 set. 2019.

<sup>6</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 371-374.

Direito Penal como igualitário, demonstrando a impossibilidade de existir um direito penal que pregasse igualdade em uma sociedade extremamente desigual.<sup>7</sup>

Pode-se concluir que o surgimento do *Labeling Approach*, em momento crítico de conflitos sociais em todo o mundo, foi essencial na busca de sobrepor o paradigma da defesa social em face do etiológico, objetivando a análise do indivíduo como parte da sociedade e não somente como ser individual.

### 2.1.2 Escola de Chicago

A Escola de Chicago é uma das diversas teorias sociológicas explicativas do crime, e tem como objetivo explicar esse fenômeno criminal que surge com a expansão da sociedade gerando um crescimento desorganizado que se relaciona com uma desigualdade social.

A teoria surge unida ao departamento de sociologia da Universidade de Chicago e, esse surgimento, é concomitante com um grande desenvolvimento urbano de Chicago, resultado de uma imigração em massa de indivíduos de várias nacionalidades em busca de novas oportunidades.

Assim, surge a indagação do porquê ter como base de estudo a cidade de Chicago e não outras cidades americanas? Chicago tinha um crescente desenvolvimento urbanístico no final do século XIX e início do século XX. Sua população cresceu significativamente em dez anos, espantando as pesquisas do censo realizadas a cada década.<sup>8</sup>

Diante do momento vivido a escola se destaca como uma referência ao estudo da criminologia, tendo em vista a ferrenha análise feita em face dos movimentos sociais relevantes da época, assim como, demais características sociais e patológicas relacionadas aos indivíduos em geral.

<sup>7</sup> CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 107-109.

<sup>8</sup> SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia*. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 135.



### 2.1.3 Controle social

O controle social é exercido informalmente ou formalmente. A princípio, espera-se o sucesso de um controle informal que se traduz basicamente no controle realizado a partir da própria sociedade, um controle que será exercido pelo contexto social em que vivem os indivíduos, por meio da educação na escola, pela família, vizinhos, trabalho, etc.

Por outro lado, o controle social formal, vem quando superado esse controle informal, com a aplicação de um controle jurídico-penal, tendo um caráter coercitivo e punitivo, como sanções que objetivam o respeito a determinadas normas e regras essenciais ao convívio em sociedade.

Essas são as formas básicas de controle social, sendo um dos pontos principais do objeto criminológico que se traduzem em diversos mecanismos sociais.

### 2.1.4 Controle social informal

O controle social informal é um dos sistemas existentes na sociedade, eles se manifestam num controle realizado por meio da família, da escola, religião, profissão etc., tendo um caráter de controle preventivo e educacional.<sup>9</sup>

Esse controle acontece com a formação das sociedades, da interação entre moradores de um mesmo bairro, por exemplo, que formam assim esse controle social por meio de uma polícia natural, uma vez que os vizinhos cuidam uns dos outros e interagem entre si trocando favores, como um vigiar a casa do outro, o filho, ou coisa do tipo.

Contudo, com o passar do tempo, nota-se esse controle social informal praticamente desaparecer nas maiores cidades. Com o crescimento desorganizado e acelerado, essa interação entre a vizinhança vem deixando de existir, as pessoas vão se tornando anônimas e existe essa desconfiança em se aproximar por parte de todos o que acarreta em enfraquecimento desse sistema. Como esclarece Sampaio Filho:

---

<sup>9</sup> PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26.



[...] a ruptura do grupo primário enfraquece o sistema, causando aumento da criminalidade nas grandes cidades.

No mesmo sentido, a ausência completa do estado (não há delegacias, escolas, hospitais, creches etc.) cria uma sensação de anomia e insegurança, potencializando o surgimento de bandos armados, matadores de aluguel que se intitulam mantenedores da ordem.<sup>10</sup>

É evidente que a manutenção desse controle informal se mostra muito mais essencial do que a ameaça de um controle formal por meio dos órgãos do sistema judicial, para que exista um controle social mais eficaz, devendo-se buscar o fortalecimento dos órgãos da sociedade civil, para que eles atuem incansavelmente, visando preparar esses indivíduos para que eles sejam inseridos em um contexto social da melhor forma, assim como, um suporte maior aos institutos que realizam uma prevenção informal, como clínicas para dependentes, cursos gratuitos profissionalizantes para pessoas que não possuem condições financeiras, divulgação de oportunidades de empregos, retirada de documentos civis, dentre outros.

### 2.1.5 Controle social formal

O controle social formal entra em atuação quando o controle informal falha, será, portanto, um controle coercitivo, que traduz uma ameaça por parte do Estado a esses indivíduos transgressores por meio dos órgãos judiciais.

Insta salientar, que esse controle formal deveria ser aplicado de forma subsidiária, tendo em vista, inclusive, o caráter de *ultima ratio* do direito penal, onde traduz que esse controle social formal deverá incidir apenas nas situações mais relevantes ao bem jurídico protegido. Inclusive, evitando assim, a incidência do controle formal que tem características seletivas e discriminatórias. Segundo, Sampaio Filho:

O controle social formal é seletivo e discriminatório, pois o status prima sobre o merecimento, mas também é estigmatizante, por que acaba por desenvolver carreiras criminais e desvios secundários.

O controle social jurídico-penal fixa por escrito e publicamente, com todas as minúcias possíveis (*lex certa et scripta*) e antes do fato (anterioridade), qual comportamento se entende por desviado, qual penalidade cabível, qual

---

<sup>10</sup> *Ibid*, p. 86.

a forma de sua imposição (due process of law) e por meio dos quais e por meio de quais autoridades (Polícia e Judiciário).<sup>11</sup>

Contudo, tendo em vista os diversos problemas sociais atuais, incluindo, o crescimento desorganizado que acarreta em uma segregação de certas partes da sociedade, mais especificamente, desses grupos etiquetados e rotulados pelo seu status social, o enfraquecimento desse controle informal e a maior incidência desse controle formal é a realidade.

### 2.1.6 Reflexos do etiquetamento

Destacam-se os prejuízos causados por esse etiquetamento, a dificuldade desse indivíduo que passou por todo esse processo de atribuição de rótulos ao tentar se reinserir na sociedade.

Cumpram-se apontar a realidade atual do sistema prisional que é absolutamente precária, pra não dizer desumana.

Uma vez que esse indivíduo for preso, estará sujeito a diversas situações negativas tanto física quanto psicologicamente, essas situações devastarão completamente a sua mente, o que, conseqüentemente, praticamente inviabiliza uma ressocialização do indivíduo que passa por esses estabelecimentos prisionais, tendo em vista que este irá sair com sequelas que podem acompanhá-lo para sempre.

Ademais, quanto a essa ressocialização e reinserção na sociedade, o indivíduo etiquetado encontrará todos os tipos de resistências, como por exemplo, para conseguir um trabalho, portanto, dificuldade de encontrar uma atividade lícita e digna para produzir o seu sustento.

Por outro lado, pode ainda existir uma resistência por parte da família e do ciclo de convívio. Diante desse cenário, o indivíduo se encontrará abandonado de todas as formas, o que acarretará na aceitação do rótulo que lhe foi atribuído e o aproximará das mesmas pessoas que ele entende serem iguais a ele, outros

<sup>11</sup> PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 186-187.

indivíduos etiquetados ou rotulados como transgressores. Na visão de Penteado Filho:

Sustenta-se que a criminalização primária produz a etiqueta ou rótulo, que por sua vez produz a criminalização secundária (reincidência). A etiqueta ou rótulo (materializados em atestado de antecedentes) folha corrida criminal, divulgação de jornais sensacionalistas etc.) acaba por impregnar o indivíduo, causando a expectativa social de que a conduta venha a ser praticada, perpetuando o comportamento delinquente e aproximando os indivíduos rotulados uns dos outros. Uma vez condenado, o indivíduo ingressa numa “instituição” (presídio), que gerará um processo institucionalizador, com seu afastamento da sociedade, rotinas de cárcere etc.<sup>12</sup>

Claramente, o resultado não poderá ser outro, senão, a sua reincidência e o retorno desse indivíduo ao sistema prisional, como já se é esperado.

Imperioso destacar que esse etiquetamento produz efeitos nas diversas esferas da sociedade, desde a rotulação dos indivíduos tidos como transgressores das regras contidas no sistema jurídico-penal, como também, por exemplo, na segregação realizada a um trabalhador, o fazendo constar em uma lista negra e o proibindo de trabalhar.

O juiz Victor Luiz Berto Salomé Dutra da Silva, em atuação na 1ª Vara do Trabalho de Passos-MG, condenou uma indústria de cimento a indenizar por dano moral um funcionário terceirizado que foi proibido de trabalhar na fábrica em razão de ter ajuizado ação trabalhista anterior.<sup>13</sup>

Em análise ao tema acima apontado, são evidentes os reflexos negativos que esse etiquetamento produz sobre esses indivíduos considerados transgressores, o que certamente, acarretará em continuidades delitivas, tendo em vista, a escassez de controles sociais informais eficientes e ainda, o caráter discriminatório das regras de um controle social formal.

---

<sup>12</sup> PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94

<sup>13</sup> Juiz condena empresa que praticou “etiquetamento social” ao boicotar contratação de autor de ação trabalhista. *Portal Nacional do Direito do Trabalho*. Fonte. Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região. Processo PJe: 0010781-03.2016.5.03.0070 (RO) — Sentença em 07/11/2016 – Disponível em: <https://pndt.jusbrasil.com.br/noticias/542771018/juiz-condena-empresa-que-praticou-etiquetamento-social-ao-boicotar-contratacao-de-autor-de-acao-trabalhista?ref=serp>. Acesso em: 05 set. 2019.

## 2.2 REFLEXOS DA TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOBRE A MEDIDA CAUTELAR DA PRISÃO PREVENTIVA

O referido instituto da prisão preventiva é uma das medidas cautelares componentes do nosso ordenamento jurídico que visam garantir segurança social, assim como, uma futura aplicação da pena.

O art. 312, do Código de Processo Penal<sup>14</sup>, nos traz a previsão de tal medida, vejamos:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime ou indício suficiente de autoria.

Em análise a previsão acima, podemos perceber que a sua aplicação deverá ser aplicada após o atendimento de alguns requisitos.

Na primeira parte do dispositivo, são elencados alguns desses requisitos de forma taxativa. Já na segunda parte, podemos notar a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* que se baseiam no campo das probabilidades, por assim dizer. Vejamos:

PERICULUM IN MORA (PERICULUM IN LIBERTATIS): Perigo causado pela liberdade plena do agente à sociedade, ao resultado do processo ou à aplicação da pena imposta.

[...]

FUMUS BONI IURIS (FUMUS COMISSI DELICTI): Juízo de probabilidade quando à responsabilidade criminal da pessoa contra quem se dirige a medida cautelar pelo fato sob apuração. Concerne ao indício suficiente de autoria e à prova de existência do crime.<sup>15</sup>

Insta salientar, portanto, que tal previsão requer certa responsabilidade ao ser utilizada pelos aplicadores da lei processual penal, atendendo seu caráter de medida excepcional, ou seja, deverá ser motivada e não aplicada de forma automática.

<sup>14</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 03 set. 2019.

<sup>15</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 609.

Nesse contexto, existem em nosso ordenamento medidas cautelares diversas da prisão preventiva (arts. 319 e 320 do CPP<sup>16</sup>), devendo, portanto, se priorizar tais medidas, e aplicar a segregação, apenas nos casos em que se mostre imprescindível sua decretação. De acordo com ensinamentos de Pacelli:

É que a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando inadequadas ou descumpridas aquelas (as outras medidas cautelares). Essa é, sem dúvida, a atual orientação da legislação processual penal brasileira, que, no ponto, vem se alinhar com a portuguesa e com a italiana, conforme ainda teremos oportunidade de referir.<sup>17</sup>

Diante disso, deverá prevalecer a utilização da proporcionalidade e adequação quando da aplicação de tais medidas, devendo sempre, se pautar nos preceitos legais e buscando, a aplicação da medida proporcional para garantia da aplicação da lei processual penal.

---

<sup>16</sup> Art. 319. 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 imputável 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;  
IX – monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.)

§ 2º (Revogado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.)

§ 3º (Revogado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011.)

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

<sup>17</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 237.

## 2.2.1 Prazo, momento e legitimados

No tocante ao momento de aplicação da prisão preventiva, leciona Moreira Alves:

[...] a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação criminal ou do processo penal (art. 311 do CPP), tanto nos crimes de ação penal pública quanto nos crimes de ação penal privada, ao contrário da prisão temporária, que apenas pode ser decretada na fase de investigação criminal.<sup>18</sup>

Ainda, em face à cautelar provisória, a prisão preventiva se difere também uma vez que poderá ser decretada de ofício pelo juiz quando no curso da ação penal.

Em relação aos legitimados para requerer a prisão preventiva, essa poderá ser requerida pelo Ministério Público no caso de ação penal pública, pelo querelante quando a ação penal for privada, pelo assistente de acusação ou ainda mediante representação da autoridade policial durante a fase investigativa, diferente do Ministério Público que poderá requerer a qualquer momento.

Caso esse requerimento não parta da iniciativa do Ministério Público, ele deverá ser ouvido e manifestar-se nos autos quanto ao requerimento.

Quanto ao prazo da prisão preventiva, impera no processo penal brasileiro uma absoluta indeterminação acerca do prazo da prisão preventiva, que passa a assumir contornos de verdadeira pena antecipada.<sup>19</sup>

Nota-se no nosso ordenamento jurídico uma verdadeira mitigação do princípio constitucional de presunção de inocência que tem previsões históricas como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e na Declaração Universal dos Direitos Humanos que influenciaram a previsão constante na nossa Carta Magna. Segue as previsões constantes na Declaração dos Direitos Humanos e na Constituição Federal de 1988:

---

<sup>18</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Processo penal para os concursos de técnico e analista*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 278.

<sup>19</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 982.

Artigo 11.

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.<sup>20</sup>

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;<sup>21</sup>

Portanto, uma vez que esses transgressores são presos preventivamente caracterizando assim, uma antecipação da pena, se tem um desrespeito a essas previsões históricas e que devem ser soberanas em nosso ordenamento.

### 2.2.2 Excesso de prazo da prisão preventiva

A prisão preventiva é medida cautelar, portanto, deveria ser regra a duração razoável dessa medida excepcional. Contudo, a realidade é outra, uma vez que tal medida é tratada como uma verdadeira antecipação de pena.

Essa ausência de prazo estipulado fez com que ao passar dos anos, diversos excessos fossem cometidos por essa segregação preventiva, ofendendo o caráter de medida cautelar provisória, que se viu transformada em inaceitável antecipação executória da própria sanção penal, violando assim o princípio da presunção de inocência e ainda, princípio da duração razoável do processo.<sup>22</sup>

Atualmente, são diversas as ocasiões em que se caracterizam esses excessos na medida cautelar objeto do estudo, como podemos analisar adiante:

<sup>20</sup> Assembleia Geral da ONU. (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. (217 [III] A). Paris. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>>. Acesso em: 11 set. 2019.

<sup>21</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 set. 2019.

<sup>22</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 982.



RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO. 1. A Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXXVIII, prescreve: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Todavia, segundo orientação das Cortes Superiores, eventual constrangimento ilegal por excesso de prazo não se resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e desarrazoado na prestação jurisdicional. 2. Na hipótese, o tempo de prisão preventiva da recorrente (2 anos), revela-se excessivo e desarrazoado, tendo em vista a simplicidade da demanda (somente um réu e uma vítima), não tendo sequer se iniciado a instrução criminal e a demora no trâmite processual não se deve a causas atribuíveis à defesa. Constrangimento ilegal configurado. 3. Recurso ordinário provido, para determinar a imediata soltura da recorrente, facultando a imposição de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP, a serem estabelecidas pelo juízo processante, salvo se por outro motivo justificado estiver presa. (STJ – RHC: 70169 PI 2016/0109459-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 15/12/2016, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2017)

No presente julgado, pode-se analisar a ocorrência desse excesso de prazo que se deu, particularmente, de uma falta de atuação dos órgãos judiciais que sequer iniciaram a instrução criminal, ou seja, a segregação da Recorrente perdurou por dois anos, sendo que, durante a instrução criminal poderia, por exemplo, se configurar a previsão do §2º do art. 155 do CP<sup>23</sup> que leciona:

Art. 155. [...]

§ 1º. [...]

§ 2º. Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

Diante do exposto, a pena futura, após uma instrução criminal poderia ter sido mais branda do que a medida cautelar aplicada. Portanto, é evidente o caráter de condenação antecipada, a cristalina violação ao princípio da presunção de inocência e falta de razoabilidade na medida cautelar.

Em decisão mais recente, o Supremo Tribunal Federal deferiu liminar em *habeas corpus* que também demonstrava a ocorrência desse excesso de prazo da prisão preventiva, conforme ementa que segue:

<sup>23</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*. Código penal. 7 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 11 set. 2019.

PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS - SUBSISTÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA – PRAZO - EXCESSO. HABEAS CORPUS – LIMINAR - DEFERIMENTO. 1. A assessora Dra. Mariana Madera Nunes prestou as seguintes informações: O Juízo da Vara Plantão da Comarca de Limeira/SP, no processo nº1500297-02.2018.8.26.0551, converteu em preventiva a prisão em flagrante do paciente, ocorrida em 30 de novembro de 2018, ante a suposta prática dos delitos previstos nos artigos 33, cabeça (tráfico), e 35, cabeça (associação para o tráfico), da Lei nº 11.343/2006. Ressaltou haver prova da materialidade e indícios de autoria, reportando-se à apreensão, na chácara do paciente, de 2.876 tijolos de maconha, pesando 2.425 quilos. Destacou possuir condenação anterior pelo crime de associação para o tráfico. Frisou indispensável a custódia para garantir a ordem pública, levando em conta a gravidade das infrações, o risco de reiteração delitiva e embaralhamento da instrução processual e a necessidade de preservar a tranquilidade social. Afastou a viabilidade de medida cautelar diversa, tendo-a como insuficiente. Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o habeas corpus nº 496.532/SP. A Sexta Turma indeferiu a ordem. O impetrante alega a insubsistência dos fundamentos do ato mediante o qual determinada a prisão, dizendo-o lastreado na gravidade em abstrato do crime. Ressalta ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Sustenta o excesso de prazo da custódia, a perdurar desde 30 de novembro de 2018, sem que proferida a sentença. Frisa que os entorpecentes apreendidos não pertenciam ao paciente. Sublinha as condições pessoais favoráveis: residência fixa, ocupação lícita e família constituída. Afirma transcorridos mais de 5 anos desde o cumprimento da pena por condenação anterior. Requer, no campo precário e efêmero, a revogação da preventiva e, sucessivamente, a substituição por prisão domiciliar. No mérito, busca a confirmação da providência. Consulta ao sítio do Tribunal de Justiça, em 10 de junho de 2019, não revelou o andamento processual, uma vez sob sigilo. A fase é de apreciação da medida de urgência. 2. A prisão em flagrante e a gradação do tráfico de drogas, considerada a quantidade de substância encontrada - 2.876 tijolos de maconha, pesando 2.425 quilos -, na chácara do paciente, demonstram estar em jogo a preservação da ordem pública. Sem prejuízo do princípio constitucional da não culpabilidade, a custódia mostrou-se viável, ante a periculosidade, ao menos sinalizada. A inversão da ordem do processo-crime - no que direciona a apurar para, selada a culpa, em verdadeira execução de pena, prender - foi justificada, atendendo-se ao figurino legal. O paciente encontra-se preso, sem culpa formada, desde 30 de novembro de 2018, ou seja, há 6 meses e 11 dias, período a configurar o excesso de prazo. Privar da liberdade, por tempo desproporcional, pessoa cuja responsabilidade penal não veio a ser declarada em definitivo viola o princípio de não culpabilidade. Concluir pela manutenção da medida é autorizar a transmutação do pronunciamento por meio do qual implementada, em execução antecipada da pena, ignorando-se a garantia constitucional. 3. Defiro a liminar. Expeçam alvará de soltura a ser cumprido com as cautelas próprias: caso o paciente não esteja preso por motivo diverso da custódia preventiva retratada no processo nº 1500297-02.2018.26.0551, da Vara Plantão da Comarca de Limeira/SP. Advirtam-no da necessidade de permanecer com a residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar eventual transferência e de adotar a postura que se aguarda do cidadão integrado à sociedade. 4. Colham o parecer da Procuradoria-Geral da República. 5. Publiquem. Brasília, 11 de junho de 2019. Ministro MARCO AURÉLIO Relator (STF – MC HC: 172215 SP – SÃO PAULO, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 11/06/2019, Data de Publicação: DJe-128 13/06/2019).

A medida cautelar da prisão preventiva apresenta algumas características, a saber: jurisdicionalidade; provisoriedade; revogabilidade; excepcionalidade; substitutividade; cumulatividade. Dentre as características, chama atenção a provisoriedade e a excepcionalidade.

Em relação à provisoriedade da prisão preventiva, busca-se contrariar a realidade abordada nas jurisprudências apontadas anteriormente.

Em análise ao art. 282, I, do CPP<sup>24</sup>, extraímos a seguinte redação:

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;

O presente artigo norteia à aplicação das medidas cautelares a necessidade da segurança na aplicação da lei penal. Portanto, tais medidas deveriam vigorar apenas enquanto perdurasse a razão de urgência que justificou sua decretação, uma vez que, como já abordado anteriormente, deverá ser motivada a sua aplicação.<sup>25</sup>

Portanto, a medida cautelar deverá ter menor duração que as medidas de mérito aplicadas, uma vez que, são utilizadas para resolver situações emergenciais. A partir do momento que se utiliza tal medida como regra, caracteriza-se verdadeira antecipação de pena, o que fere diversos princípios e direitos fundamentais.

Mostra-se imperioso que seja respeitado o princípio da finalidade instrumental da medida cautelar da prisão preventiva, evitando danos ao indivíduo que podem ser irreversíveis, danos estes que se estendem a toda sociedade. Uma vez que o indivíduo rotulado como desviante é exposto as situações degradantes do sistema prisional das prisões brasileiras ou ainda, das delegacias de polícia que como sempre, encontram superlotadas, dificilmente irá sair de lá em seu estado físico ou psíquico, preservados. Certamente, terá sequelas que irão interferir em seu

<sup>24</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 11 set. 2019.

<sup>25</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 604.

comportamento junto à sociedade que se encontra inserido, ou no caso dos etiquetados, excluído.

No tocante à excepcionalidade, é imperioso que seja respeitado o seu caráter de medida de urgência afastando a sua aplicação como antecipação de pena.

Conforme narra Avena:

As medidas cautelares devem ser aplicadas em hipóteses emergenciais, com o objetivo de superar situações de perigo à sociedade, ao resultado prático do processo ou à execução da pena. Portanto, é certo que sua utilização, no curso da investigação ou do processo, deve ocorrer como exceção, mesmo porque implicam, em maior ou menor grau, restrição ao exercício de garantias asseguradas na Constituição Federal.<sup>26</sup>

Em suma, a prisão preventiva deverá ter esse caráter de urgência e de última opção, uma vez que presentes diversas medidas alternativas à segregação aplicada pela medida.

### 2.3 CONSEQUENCIAS NEGATIVAS DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR - A REALIDADE DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

Atualmente, os presídios brasileiros vivem abarrotados de presos provisórios aguardando o desenrolar dos seus processos por anos, portanto, com essa efetiva atuação de um controle formal, atuando preferencialmente sobre essa classe rotulada, faz com que esse número tome proporções ainda maiores.

Em pesquisa recente realizada pelo G1 através do Monitor da Violência, foi apontado um número de 35,9% de presos provisórios na atual população carcerária, esse número traduz 252.533 (duzentos e cinquenta e dois mil quinhentos e trinta e três) presos provisórios.<sup>27</sup>

Em face desse número significativo de presos provisórios, percebe-se claramente o sustentado anteriormente, a utilização da medida cautelar da prisão provisória como antecipação de pena e não apenas como medida excepcional para

<sup>26</sup> *Ibid.* p. 604.

<sup>27</sup> VELASCO, Clara et al. Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no Brasil. G1, *Globonews*, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 11 set. 2019.

garantia da aplicação de uma possível pena oriunda da futura condenação que pode não acontecer.

No que diz respeito aos indivíduos etiquetados socialmente, é evidente que estes são o alvo principal da reprimenda aplicada pelas medidas cautelares das prisões preventivas.

Uma vez que o controle social informal falha, tendo em vista a distância evidente entre a classe rotulada como transgressora e os demais, em contrapartida, o controle social formal, realizado pelos órgãos judiciais, cada vez mais vorazes, buscando realizar uma compensação, aplicando penas e reprimendas que se arrastam por anos, controle esse, que se mostra ilusório, uma vez que nosso sistema penitenciário é precário para não dizer desumano, e uma vez lá dentro, as situações vivenciadas acompanharão o indivíduo para o resto da vida, funcionando o processo penal como um verdadeiro filtro para punir apenas determinadas pessoas.

Recentemente, a Comissão de Direitos Humanos e Minorias expos (grifos acrescidos):

Além da precariedade do sistema carcerário, as políticas de encarceramento e aumento de pena se voltam, via de regra, contra a população negra e pobre. Entre os presos, 61,7% são pretos ou pardos. Vale lembrar que 53,63% da população brasileira têm essa característica. Os brancos, inversamente, são 37,22% dos presos, enquanto são 45,48% na população em geral. E, ainda, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), em 2014, 75% dos encarcerados têm até o ensino fundamental completo, um indicador de baixa renda.<sup>28</sup>

Mostra-se cristalina a aplicação de tal medida, preferencialmente, aos indivíduos etiquetados, acarretando na segregação deles através da ferramenta que deveria ser utilizada de forma excepcional. Em consequência, estarão sujeitos ao convívio precário do sistema carcerário brasileiro, vivenciando experiências negativas que os marcarão para sempre, como demonstrando anteriormente.

### 2.3.1 Arbitramento de fiança excessiva

<sup>28</sup>CALVI, Pedro. *Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão*. Câmara dos deputados. Comissão de direitos humanos e minorias. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 11 set. 2019.

Outro problema existente na perpetuação dessa reprimenda aos indivíduos etiquetados que é o arbitramento de fiança, cujo valor, excede as capacidades financeiras dos transgressores que muitas vezes vivem em situação de rua. Em 2017, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou da seguinte forma em demanda pertinente ao caso:

HABEAS CORPUS. FURTO, AFASTAMENTO DA FIANÇA ARBITRADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A decisão judicial que homologa a fiança arbitrada pela autoridade policial deve demonstrar, à luz do que dispõe o art. 282 do CPP, a necessária presença de exigência cautelar a justificar a medida. 2. O valor da fiança arbitrada não é sequer condizente com as diretrizes insculpidas no art. 326 do CPP, visto que corresponde a quase quatro vezes o valor da res furtiva – avaliada, em sua integralidade, em R\$285,00. 3. Há nos autos declaração de hipossuficiência assinada pelo paciente, o que, somado ao fato de ser representado pela Defensoria Pública e de estar em situação de rua – circunstância reconhecida no próprio auto de prisão em flagrante -, corrobora a tese defensiva de que o réu não possui condições financeiras para arcar com o valor fixado. 4. O Juízo de primeiro grau, ao homologar o auto de prisão em flagrante, manteve o arbitramento da fiança, sem, todavia, realizar a devida análise da cautelaridade da medida, à luz do que dispõe o art. 282 do Código de Processo Penal, a evidenciar a ausência de motivação idônea na espécie. 5. Ordem concedida para, confirmada a liminar, determinar que o paciente seja colocado em liberdade, independentemente do pagamento da fiança arbitrada, ressalvada a imposição de outras medidas cautelares que o prudente arbítrio do Juízo natural da causa entender cabíveis e adequadas, mediante a devida fundamentação.

(STJ – HC: 397587/SP 2017/0094872-2, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 27/06/2017, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2017)

No tocante ao caso apresentado, evidente que poderiam ter sido aplicadas outras medidas cautelares, uma vez que ao conceder a fiança, se reconhece a falta de urgência na reprimenda, devendo a prisão preventiva ser aplicada em ultimo caso.

### **2.3.3 Ausência de assessoria jurídica para a classe etiquetada**

Em outra análise, essa classe etiquetada ainda está a mercê de outros problemas, vez que, na maioria das situações não poderá contar com uma assessoria jurídica particular para ter a devida atenção voltada ao seu caso e muitas vezes, nem com uma defensoria, tendo em vista que, esta se encontra abarrotada de demandas que surgem aos montes.



Imperioso destacar que a previsão do acesso à assistência jurídica integral está perpetuado no art. 5º, inciso LXXIV e a prestação pela Defensoria Pública no art. 134, ambos da CF/88:<sup>29</sup>

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

Ainda que exista tal previsão, a realidade não é esta, uma vez que diversos problemas afetam a estrutura da defensoria pública, alguns problemas que terminam por afetar uma possível assessoria que esses indivíduos receberiam.

Em 2017, aproximadamente 165 defensores eram responsáveis pelo atendimento em todo o Estado do Espírito Santo. Na prática, isso significa que o Estado possui um defensor público para um grupo de 24 mil capixabas. O recomendável, de acordo com o Ministério da Justiça, é um profissional para 15 mil habitantes.<sup>30</sup>

Atualmente, a Defensoria Pública do Espírito Santo, sequer atende todo o Estado, o que acarreta em uma sobrecarga aos defensores existentes no quadro da defensoria, e em consequência, gera uma evasão de defensores para outras carreiras, buscando condições melhores de trabalho, assim como, remunerações superiores.

Destarte, o etiquetamento social desses indivíduos se efetiva dia após dia, com mais intensidade. Por outro lado, existe uma preocupante mitigação dos

<sup>29</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 set. 2019.

<sup>30</sup> CARNEIRO, André Vinicius; COSTA, Wing. *Número de defensores públicos cai e ES se distancia de cumprir legislação federal*. Folha Vitória, 22 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.folhavoria.com.br/geral/noticia/11/2017/numero-de-defensores-publicos-cai-e-es-se-distancia-de-cumprir-legislacao-federal>>. Acesso em: 11 set. 2019.



princípios constitucionais da assistência jurídica para todos, da razoabilidade, do devido processo legal, dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, dentre outros, como já abordado anteriormente.

O enfraquecimento dos princípios fundamentais e constitucionais, ficam mais evidentes, ao passo que, a aplicação discriminatória e seletiva das sanções penais se destacam com sua aplicação prioritária, principalmente, em face aos indivíduos rotulados como desviantes.

Conseqüentemente, tem-se prejudicada a possibilidade de ressocialização do indivíduo que passa pelo sistema prisional, tendo em vista, as circunstâncias degradantes que irá vivenciar, e ainda, as conseqüências que terá de enfrentar após a sua saída.

### 3 CONCLUSÃO

Quando iniciado o trabalho, foram demonstrados todos os aspectos da teoria do *Labeling Approach* ou teoria do etiquetamento social, bem como seu fortalecimento diante da grande urbanização das cidades, que ocasionam um distanciamento entre indivíduos de classes sociais distintas e, conseqüentemente, enfraquecem o controle social informal.

Com efeito, demonstra-se que surge uma obsessão de determinadas classes menos tolerantes em exterminar a multiplicação de conflitos, revestindo ainda mais de poder, os órgãos judiciais. Portanto, existe um apoio declarado a essa violência considerada justificada, aos direitos desses indivíduos rotulados desviantes, através de uma quase, unanimidade social.

Conseqüentemente, destaca-se ainda mais o fortalecimento do processo penal, como instrumento quase único de solução de conflitos e a utilização da ferramenta da medida cautelar da prisão preventiva, que incide, principalmente, sobre os indivíduos rotulados.

Na segunda seção, foi abordado o conceito da medida cautelar da prisão preventiva prevista em nosso ordenamento jurídico, dando ênfase ao seu caráter de

medida de excepcionalidade, ou seja, que deveria ser utilizada em último caso. Demonstra-se, ainda, sua maior incidência nessa classe etiquetada como desviante.

Na terceira e última seção, demonstraram-se os reflexos da aplicação da citada medida cautelar e suas graves consequências, principalmente quanto a essa classe menos favorecida e etiquetada socialmente.

Verifica-se dessa forma, que essa medida possui o condão de assegurar a ordem pública, econômica, por uma exigência de maior assertividade da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, devendo ser utilizada quando presentes indícios suficientes de autoria ou prova de materialidade, observando-se os estritos termos da legislação infraconstitucional, que deverá ser interpretada e aplicada à luz do comando constitucional que, no rol de direitos, princípios e garantias, privilegia o Humanismo, aliás, elevado a categoria fundamental desde 1988.

Entretanto, no decorrer do tempo, percebeu-se a deletéria utilização da medida como uma antecipação de pena, violação irreparável e injustificável a princípios fundamentais como o da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, dentro outros não menos importantes.

A falta de acesso dessas pessoas etiquetadas a uma assessoria jurídica mais individualizada, personalizada, qualificada, faz com quem essas penas preventivas se perpetuem por anos a fio, estando esses indivíduos sujeitos a experiências que os irão marcar negativamente para o resto da vida.

O etiquetamento social está se tornando cada dia mais efetivo, vez que o desenvolvimento das sociedades acarreta no afastamento dos indivíduos, que passam a não se relacionarem na sociedade, perpetuando, assim, uma visão de que não podem e não devem confiar umas nas outras. Como resultado, tem-se um enfraquecimento do controle social informal já mencionado anteriormente. Portanto, é de rigor que se invista no fortalecimento dos controles sociais informais, para que sejam praticadas políticas de inclusão desses indivíduos, diminuindo assim essa distância que gera tanto prejuízos a todos.

Por outro lado, no tocante ao controle social formal, que é exercido pelos órgãos judiciais, deve-se respeitar o caráter excepcional da medida aqui

apresentada, e ainda a prevalência dos princípios constitucionais, que devem se sobrepor à lei processual penal, ou seja, levando-se em consideração princípios fundamentais vocacionados a impedir a possibilidade de uma antecipação de pena cada vez mais utilizada em no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, há previsão legal de medidas cautelares diversas da prisão, medidas estas que possibilitam o atendimento de exigências e garantias que se busca proteger.

De acordo com o que restou esclarecido ao longo da pesquisa, os prejuízos causados pelo uso dessa medida cautelar que recai principalmente sobre essa classe etiquetada, acompanham reflexos que causarão prejuízos irremediáveis. A partir do momento em que o sujeito é jogado ao cárcere privado, este passará por todo um processo de rotulação, além de presenciar dentro do sistema prisional situações que o marcará por toda a vida.

É tempo - ou melhor, já passou do tempo - de se valorizar o devido processo legal, respeitando-se os princípios fundamentais, e garantindo a todos a possibilidade de se provar a inocência. Deve-se, portanto, buscar diminuir a desigualdade entre o Estado que acusa e o indivíduo rotulado que é o acusado, assegurando, a título de exemplo, o direito a uma defesa técnica gratuita através do fortalecimento das defensorias públicas, que poderão atuar em defesa dos seus direitos de forma a garantir que seja atendido os seus interesses como cidadão.

Enfim, mostra-se evidente que o instituto da prisão preventiva transformou-se em poderosa ferramenta de opressão e segregação social, degenerando-se e descumprindo a teleologia de sua criação. Em outras palavras, a ferramenta não é imprestável, mas o seu uso a tornou reprovável, tanto mais quando empregada em face de desvalidos, de indivíduos subtraídos de sua cidadania, em construção de uma sociedade iníqua que separa “pessoas de bem” dessas “outras”. Por fim, insta dizer que a solução existe e não é nova, residindo em regras, princípios e garantias de matriz constitucional, conforme assinalado na presente pesquisa.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Processo penal para os concursos de técnico e analista*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*. Código penal. 7 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 11 set. 2019.

CALVI, Pedro. *Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão*. Câmara dos deputados. Comissão de direitos humanos e minorias. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 11 set. 2019.

CARNEIRO, André Vinicius; COSTA, Wing. *Número de defensores públicos cai e ES se distancia de cumprir legislação federal*. Folha Vitória, 22 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.folhavoria.com.br/geral/noticia/11/2017/numero-de-defensores-publicos-cai-e-es-se-distancia-de-cumprir-legislacao-federal>>. Acesso em: 11 set. 2019.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DA SILVA, R. Z. L. Labeling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização. *Revista Liberdades*. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 18 – jan./abr. 2015. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/23/Liberdades18\\_Artigo5.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/23/Liberdades18_Artigo5.pdf). Acesso em: 11 set. 2019.

JUIZ condena empresa que praticou “etiquetamento social” ao boicotar contratação de autor de ação trabalhista. *Portal Nacional do Direito do Trabalho*. Fonte. Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região. Processo PJe: 0010781-03.2016.5.03.0070 (RO)

— Sentença em 07/11/2016 – Disponível em:

<https://pndt.jusbrasil.com.br/noticias/542771018/juiz-condena-empresa-que-praticou-etiquetamento-social-ao-boicotar-contratacao-de-autor-de-acao-trabalhista?ref=serp>. Acesso em: 05 set. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

ONU. Assembleia Geral (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. (217 [III] A). Paris. Disponível em:  
<<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>>. Acesso em: 11 set. 2019.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26.

QUEIROZ, Paula. *Seis conceitos de crime*. Outsiders, studies in the sociology of deviance, cap. 1, in *Uma teoria da ação coletiva*. Disponível em:  
<<https://www.pauloqueiroz.net/seis-conceitos-de-crime/>>. Acesso em: 02 set. 2019.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia*. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

VELASCO, Clara et al. Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no Brasil. G1, *Globonews*, 2019. Disponível em:  
<<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 11 set. 2019.