

# O PUNITIVISMO CAUTELAR ESTATAL COMO EXERCÍCIO DE PODER E CONTROLE

STATE PRECAUTIONARY PUNITIVISM AS AN EXERCISE OF POWER AND CONTROL

**Ronaldo Bezerra dos Santos**

Mestre em Teoria do Direito e do Estado pela Fundação "Eurípedes Soares da Rocha" (UNIVEM). Especialista em Ciências Criminais. Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Rondonópolis/MT. Conselheiro Estadual da OAB-MT. Coordenador do Laboratório de Pesquisa do IBCCRIM-MT. Advogado.

Link lattes: <http://lattes.cnpq.br/3678213484743745>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-8597-7543>

ron.adv@hotmail.com

**Resumo:** Este artigo trata do poder de punir do Estado como forma de controle social, por meio das medidas cautelares pessoais em matéria processual penal. O método de pesquisa utilizado foi o indutivo, com as técnicas da pesquisa bibliográfica. Verificou-se a relação do *jus puniendi* (direito de punir) estatal ao determinar o uso da prisão cautelar aos acusados ou processados, antes de proferida uma sentença penal condenatória transitada em julgado, como uma forma do exercício do poder e controle.

**Palavras-chave:** Presunção de inocência; Prisão cautelar; Poder punitivo; Estado; Controle social.

**Abstract:** This article deals with the State's power to punish as a form of social control, through personal precautionary measures in criminal procedural matters. The research method used was inductive, with the techniques of bibliographic research. The relationship of the state *jus puniendi* (right to punish) was verified when determining the use of precautionary detention to the accused or prosecuted, before a final criminal conviction was handed down, as a form of the exercise of power and control.

**Keywords:** Presumption of innocence; Precautionary detention; Punitive power; State; Social control.

Ao buscar nos fatos históricos, as raízes para compreender determinado tema, possivelmente se descobrirá muito mais do aquilo que se pretendia entender. Por essa razão, é imprescindível iniciar esse texto abordando o referencial histórico que será o ponto de início para refletir acerca das questões que serão tratadas. O trabalho abordará o controle social exercido pelo Estado, por meio das medidas cautelares pessoais inseridas no ordenamento processual penal, em especial a prisão preventiva. O objetivo é trazer o tema para reflexão, contribuindo com o pensamento crítico, sem outra pretensão. Dessa forma, recortando a linha do tempo, chega-se a época em que o Estado assume a responsabilidade, separado da Igreja, de gerir a sociedade e determinar a sua vontade, numa relação de domínio, vigilância, poder e controle.

A partir dos séculos XVIII a XXI, nas denominadas idades Moderna e Contemporânea, o Estado começou a se desenvolver e evoluir para o Estado de Direito e, nesse sentido, foi necessário controlar as pessoas, ou seja, a sociedade. Os períodos de transição ou alternância de poder na história, geralmente, eram marcados por guerras ou revoltas. Foi assim, por exemplo, na Revolução Francesa ocorrida em 1789, que mostrou a amotinação dos excluídos da monarquia e, posteriormente, ingressou-se em verdadeiro período de terror, por meio das decapitações em massa, com o uso do instrumento de morte rápida denominada guilhotina. Nesse exemplo, fica clara a necessidade de quem, enquanto governante, por meio do poder

conferido, controlar os governados, sob pena de perder o próprio poder.

Com relação a estrutura do poder, lembra **Moraes** (2023, p. 130):

Neste trabalho destacam-se como relevantes à análise do processo penal os "poderes instituídos" desde o Principado Romano (Século I a.C.), passando por todo o Medievo (Séculos V a XVIII), até atingir as Idades Moderna e Contemporânea (Séculos XVIII a XXI). A partir dessas últimas fases surgiram e desenvolveram as estruturas juspolíticas do Estado e, também, sua evolução como Estado de Direito: forma (Estado) e controle (Direito) atuais do exercício do Poder.

O controle pode ser compreendido como um instrumento para o exercício do poder. Não cabe aqui tecer maiores considerações sobre a relação de poder e controle em seus mais variados conceitos e visões filosóficas, contudo é importante tratar desses institutos dentro de um critério mais objetivo, conciso, na perspectiva da prisão cautelar estatal. Para isso, compreender certas características dessa relação ajudará o leitor a entender o modelo social que até hoje se faz presente em nosso meio.

O Poder do Estado utilizado para punir seus membros não é horizontal, mas verticalizado, manifestando-se de cima para baixo. Um indivíduo acusado da prática de um crime, por exemplo, não estará no mesmo nível do Estado, pois este é mais poderoso do que

qualquer pessoa. O réu, portanto, sempre será hipossuficiente nessa relação. O poder punitivo também é impositivo, dominador, violento e poderá retirar do ser humano o segundo bem jurídico mais relevante, qual seja, a liberdade de locomoção, do direito de ir e vir.

**Bitencourt** (2014) afirma que o Direito Penal subjetivo emerge do próprio Direito Penal objetivo, cujo castigo ou o direito à punição é exclusivamente do Estado, que é o titular do *jus puniendi* para poder manifestar o seu poder de império, sendo ainda limitado pelo Direito Penal objetivo, através das normas incriminadoras produzidas pelo próprio Estado. Já **Noronha** (2004, p. 7) leciona:

Compete ao Estado o direito de punir, porém, não é este ilimitado ou arbitrário. A limitação está na lei. Ao mesmo tempo em que ela diz ao indivíduo quais as ações que pode ou não praticar, sob ameaça de sanção restringindo dessarte, os interesses ou faculdades individuais, em benefício da coletividade, vincula-se juridicamente a si mesmo. Com efeito, há autolimitação por ele ditada, através da lei, pois, quando baixa uma norma, impondo determinada conduta, concomitantemente está ditando seu comportamento em relação a ela e criando direitos individuais contra ele mesmo.

Para que haja a perda do direito de locomoção, dentro de um Estado democrático de Direito, é necessário observar os princípios, as regras e as normas legais que são utilizadas na esfera defensiva do hipossuficiente na relação. Significa dizer que no sistema democrático deve existir uma barreira contra o poder punitivo estatal. Essa proteção se chama Constituição Federal (CF). Ela traz garantias fundamentais para que haja um limite no poder de punir do Estado. Imagine, por exemplo, uma pessoa acusada de praticar um crime grave, um delito hediondo e que cause repulsa no corpo social. Ainda assim, esse acusado, mesmo que tenha sido preso em flagrante delito, terá a seu favor todas as regras e garantias fundamentais inseridas na CF, princípios como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção da inocência, dignidade da pessoa humana, *in dubio pro reo*, humanidade das penas, entre outros. Perceba que não se trata de impunidade a ele; ao contrário, são garantias que pertencem à sociedade e, por isso, não podem ser relativizadas. Os direitos e as garantias constitucionais inseridos no nosso ordenamento jurídico, bem como as normas de direito internacional já incorporadas à nossa legislação, como o Pacto de San José da Costa Rica (1969) (Convenção Americana sobre os Direitos Humanos) são a defesa, o escudo, a muralha que limitam o poder punitivo e evitam a arbitrariedade estatal. Em resumo, o Estado exercerá o seu poder punitivo, ou direito de punir (*jus puniendi*), como forma de controle social, invocando o Direito Penal, para que ele possa ser o seu instrumento de domínio, vigilância e força, mas terá que respeitar as garantias convencionais e constitucionais.

Nesse sentido, ensina **Santos** (2014, p.112):

A princípio, tendo em vista o caráter invasivo do Direito Penal, por ser uma forma de coerção por meio da sanção penal, a mais grave forma de penalização entre as existentes no Direito, deve-se considerar que ele deve atuar na manutenção da paz social, ou seja, no controle social, como uma forma extrema na solução de eventuais conflitos que possam acontecer em determinada sociedade.

Veja que será necessário possuir o poder de punir legitimado, para exercer o controle social, e, com isso, aplicar as sanções ou penalidades. O Estado, com o discurso de pacificação da sociedade, traz a possibilidade, através do *jus puniendi*, de ratificar suas ações punitivistas em prol de uma sociedade mais tranquila, ou seja, mais

fácil de ser controlada. É o preço que se paga por viver nesse modelo social, conforme ensina **Beccaria** (2014, p.17):

Pois, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era preciso para induzir os demais a defendê-lo. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir.

Analisando as palavras do autor, é possível compreender que, em determinado momento histórico, por necessidade, as pessoas renunciaram à sua liberdade plena para poderem viver em grupos, comunidades e sociedades subordinadas a um soberano e, com isso, sujeitarem-se à sua vontade. Portanto, o Estado soberano exerce e determina como tudo deve funcionar, dentro de um mecanismo de controle social a que o corpo social se submete. É importante destacar que essa relação Estado-Poder-Controlé está inserida no contexto de violência, seja ela praticada por quem infringe uma norma legal cometendo um crime, seja a resposta dada pelo Estado, que também será violenta, principalmente quando se encarcera o indivíduo. Nessa linha, **Muñoz Conde** (2005, p. 6) assevera:

A violência é, portanto, consubstancial a todo o sistema de controle social. O que diferencia o direito penal de outras instituições de controle social é, simplesmente, a formalização do controle, liberando-o dentro do possível, da espontaneidade, da surpresa, do conjunturalismo e da subjetividade própria de outros sistemas de controle social. O controle social jurídico-penal é, além disso, um controle normativo, quer dizer, exerce-se através de um conjunto de normas criadas previamente ao efeito.

A partir da análise das questões até aqui identificadas, é necessário refletir sobre a aplicação do *jus puniendi*. Ao exercer esse poder, o Estado está agindo em prol da pacificação social ou está simplesmente, dentro do seu direito de punir, controlando o corpo social e submetendo todos à sua vontade? A questão fica complexa quando se delimita para o campo das medidas cautelares de natureza pessoal, em que a prisão, por exemplo, pode ser determinada, mesmo antes de existir uma sentença penal condenatória transitada em julgado, em afronta ao princípio da presunção da inocência. Contudo essa prisão cautelar que acabará nascendo ou se tornando uma prisão preventiva, não é vista como uma prisão para o exercício da punição, mas apenas como uma cautela social, dentro de requisitos e pressupostos objetivos e subjetivos à sua decretação.

O Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a prisão preventiva não fere a presunção da inocência. Por outro lado, no campo prático e real, qual seria a diferença de um preso preventivo para um encarcerado que cumpre a pena? A situação prática é igual para ambos, já que se encontram encarcerados em instituições penais, presos em celas, devendo obedecer às regras estabelecidas pelo próprio sistema jurídico, inclusive na Lei 7.210/84, a Lei de Execuções Penais, passam pelas mesmas angústias, recebem o mesmo tratamento estatal, ingerem o mesmo alimento, sofrem as mesmas dores e estão sujeitos aos mesmos riscos. Dessa forma, seria possível conceber a prisão preventiva como uma espécie de cumprimento de pena antecipada? O STF não admite essa tese e a Lei 13.964/19, alterando o disposto no Código de Processo Penal, trouxe no § 2º do art. 313, a impossibilidade de decreto preventivo com o objetivo de antecipar uma pena de prisão.

Por outro lado, importa refletir sobre a detração penal. Esse instituto disposto no art. 42 do Código Penal determina o desconto na pena dos dias cumpridos na prisão provisória. De certa forma, ao admitir o desconto dos dias cumpridos de prisão provisória no cômputo da pena, não poderia significar que, na verdade, aquela prisão serviu como o início do cumprimento da pena? Não se trata aqui de crítica à detração penal, ao contrário, é importante que haja o desconto dos dias, contudo fica a temática para reflexão na circunstância de uma espécie de cumprimento antecipado da pena, através da prisão preventiva. Essa questão também se evidencia ao se analisarem casos em que o acusado permanece preso cautelarmente tanto tempo que, ao receber a sentença condenatória, já cumpriu parte da pena ou está no direito a obter uma progressão de regime. Por isso, é necessário entender essas prisões não só como cautelas estatais, mas também como uma forma de demonstração de poder e controle.

As prisões provisórias têm sido definidas, como sendo procedimentos de urgência que servem para atender uma necessidade emergencial, cuja demora pode causar um efeito danoso naquele que busca a tutela jurisdicional do Estado. Importa destacar que essas prisões, decretadas antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, são consideradas medidas cautelares estatais de natureza excepcional. Contudo esse modelo de segregação antecipada, enquanto medida de prevenção, é fruto de analogia no âmbito do Direito Processual Civil com relação à natureza jurídica cautelar, que geralmente é utilizado em matéria processual penal. Essa utilização de institutos do Processo Civil em matéria penal, há algum tempo tem sido alvo de críticas por parte da doutrina mais garantista, que anseia por uma teoria geral do Processo Penal. Atualmente, as espécies de prisões provisórias no Direito Processual Penal são: prisão em flagrante delito, prisão temporária (Lei 7.960/89) e a prisão preventiva. São essas medidas de cautela que o Estado utiliza para, exercendo seu *jus puniendi*, controlar a sociedade.

Antes da vigência da CF/88, as segregações cautelares eram mais complexas, pois o fato de não existir democracia fazia com que as autoridades do Governo Militar se sentissem autorizadas a fazerem o que quisessem com os presos. Os relatos de tortura, mortes e desaparecimentos durante a ditadura militar serão sempre lembrados como um período triste e sombrio da sociedade. Com o advento da Constituição, esse aspecto se modificou, pois agora existem princípios e regras aplicados e garantidos pelo Estado.

É relevante entender a importância do art. 5º, LXI, da CF/88, que determina a possibilidade de prisão, apenas com ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, com exceção da situação flagrancial. Trata-se de verdadeira conquista democrática

e civilizatória compreender que qualquer situação de segregação antecipada obedecerá ao devido processo legal e os acusados, sem exceção, terão a seu favor, além da presunção da inocência, todas as garantias que limitam o poder punitivo do Estado. Por outro lado, mesmo seguindo as regras para decretação das prisões cautelares, é possível conceber essas medidas como verdadeiras formas de controle. Isso porque o Estado, legitimado com o discurso da pacificação social, pode retirar a liberdade de qualquer pessoa antes mesmo de ser comprovada a sua culpa, com a narrativa de que a prisão provisória não fere a presunção de inocência. Imagine um indivíduo preso preventivamente, de acordo com os critérios legais definidos na CF e no Código de Processo Penal. Ele é retirado do convívio social, levado a uma instituição penal de segurança, aguardará a audiência de custódia que, se não for realizada pelo juízo competente, servirá apenas para cumprir a formalidade legal; ele permanece preso, aguardando a resposta do Poder Judiciário dos requerimentos de liberdade, por vezes, reiteradamente negados. Esse indivíduo passará por todas as angústias e os sofrimentos relacionados ao encarceramento, mas a sua presunção é de inocência, ou seja, o Estado o considera inocente, porém o trata como culpado. Percebe-se que, na prática, a prisão preventiva representa culpa, determina uma punição por antecipação e tudo isso é aceito, é legitimado, pois o Estado precisa de um instrumento de punição rápido, como o período de terror na França precisava de um instrumento de morte rápida — a guilhotina. A prisão provisória funciona atualmente como a guilhotina, não matando, mas punindo e demonstrando à sociedade a força e o poder estatais.

Para exemplificar, é possível analisar as prisões realizadas pelo Estado em decorrência dos atos criminosos praticados em 8 de janeiro de 2023, em Brasília/DF. Os danos causados pelos criminosos mancharão para sempre a nossa história, foi uma “faca enterrada no coração da democracia” e não há argumento que justifique tal atitude, contudo, ao refletir sobre a reação do Estado, percebe-se como ele agiu rapidamente, mostrando a sua força, o seu poderio e, logo, centenas de pessoas foram presas. Não se trata de julgar as condutas praticadas pelos indivíduos presos, muito menos as circunstâncias da prisão, mas direcionar o olhar para a resposta do Estado. Ele foi célere, eficiente, determinante para demonstrar o seu poder punitivo. As prisões, convertidas em preventivas, não só serviram para acautelar a investigação ou o futuro processo, mas foram determinantes para demonstrar à sociedade, de modo exemplar, a sua força. Assim, essas prisões cautelares funcionaram como instrumentos de coerção, controle e resposta rápida ao Estado que, no exercício do *jus puniendi*, utilizou-as para o controle do corpo social e, dessa forma, manter o seu Poder.

## Referências

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 3 ed. Leme: CL EDIJUR, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 20. ed. Rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 jul. 2023.

CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal e Controle Social*. Forense: Rio de Janeiro, 2005. MORAES, Maurício Zanoide de. *Processo Criminal Transformativo*: modelo criminal e sistema processual não violentos. Belo Horizonte, São Paulo, D'Plácido, 2022.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*: Parte Geral. v. 1. 38. ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: Parte Geral. 3. ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008.

Autor convidado