

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS (CCS_o)

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE
JUSTIÇA (PPGDIR)

MESTRADO ACADÊMICO

CRISTIAN DE OLIVEIRA GAMBA

**A EFICÁCIA DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE
REDUÇÃO DO ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO:** um estudo de caso sobre a
atuação da Central de Inquiridos de São Luís/MA à luz da Criminologia Crítica.

São Luís/MA

2021

CRISTIAN DE OLIVEIRA GAMBA

**A EFICÁCIA DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE
REDUÇÃO DO ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO:** um estudo de caso sobre a
atuação da Central de Inquéritos de São Luís/MA à luz da Criminologia Crítica.

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em
Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito e
Instituições do Sistema de Justiça da Universidade
Federal do Maranhão (UFMA), para obtenção do título
de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso.

São Luís/MA

2021

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Gamba, Cristian de Oliveira.

A eficácia das audiências de custódia como mecanismo de redução do encarceramento provisório : um estudo de caso sobre a atuação da Central de Inquéritos de São Luís/MA à luz da Criminologia Crítica / Cristian de Oliveira Gamba. - 2021.

127 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso.
Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça/ccso, Universidade Federal do Maranhão, São Luís - MA, 2021.

1. Audiências de custódia. 2. Central de Inquéritos.
3. Prisões Provisórias. I. Veloso, Roberto Carvalho.
II. Título.

CRISTIAN DE OLIVEIRA GAMBA

**A EFICÁCIA DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE
REDUÇÃO DO ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO: um estudo de caso sobre a
atuação da Central de Inquiridos de São Luís/MA à luz da Criminologia Crítica.**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em
Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito e
Instituições do Sistema de Justiça da Universidade
Federal do Maranhão (UFMA), para obtenção do título
de mestre em Direito.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai (Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho (Examinador)
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Profa. Dra. Delmo da Silva Mattos (Suplente)
Universidade Federal do Maranhão

Dedico este trabalho a minha família, vocês são
meu bem mais precioso.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família, pelo esforço que sempre fizeram para que eu pudesse chegar até este momento.

À minha mãe, Joisiane Sanches de Oliveira Gamba, por quem nutro o mais verdadeiro amor; jamais terei condições de demonstrar minha eterna gratidão a você; obrigado por ter sido a pessoa mais atenciosa e presente, todos os dias eu agradeço por ter tido a oportunidade de ser seu filho, você é a pessoa mais guerreira, íntegra e honesta que eu já conheci, é meu grande exemplo de vida e espero ser um dia uma pequena porcentagem do que você é.

À minha irmã, Moara Gamba, obrigada por todas as vezes que você se desdobrou para resolver meus problemas; você é quase minha segunda mãe, é a pessoa mais solícita e preocupada que conheço, não teria chegado até aqui sem sua ajuda, amo você.

À minha família animal, Léo, Pretinha e Pandora, obrigado por estarem sempre comigo durante essa longa jornada, alegrando meus dias com suas presenças.

Ao meu pai, Maurizio Gamba, que apesar de não estar mais entre nós continua nos inspirando com o legado deixado em vida, mesmo tendo nosso convívio sido abreviado agradeço pelas grandes lições que me deste e pelo grande pai que foi; espero fazê-lo orgulhoso onde estiveres.

À Glenda Lira, por todo companheirismo e apoio durante esses anos de graduação e mestrado.

Às minhas mães postizas, Dona Sussi e Dona Edi, por todo o carinho que dedicaram a mim nos primeiros anos de minha vida. Também não poderia deixar de agradecer a José Sidney, popular “Cidinho”, que acompanhou minha trajetória diária por vários anos.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Roberto Veloso, por me auxiliar neste momento crucial e por sempre se mostrar disponível para auxiliar a conclusão deste trabalho.

À Sociedade Maranhense de Direitos Humanos, por ter fornecido parte essencial do material de análise da presente pesquisa.

À equipe da Central de Inquéritos, pela solicitude e gentileza em atender os pedidos formulados.

Por fim, agradeço a todos aqueles que de algum modo contribuíram na minha formação humana e acadêmica, os quais não poderei citar individualmente devido as poucas linhas que possuo. Vocês estão todos em minhas lembranças.

“Quando alguém compreende que é contrário à sua dignidade de homem obedecer leis injustas, nenhuma tirania pode escravizá-lo”

Mahatma Gandhi

RESUMO

O presente trabalho busca avaliar a eficácia das audiências de custódia como mecanismo de redução dos níveis de encarceramento provisório na cidade de São Luís/MA, vez que este foi um dos objetivos principais de sua implementação em território nacional, conforme consta no julgamento da ADPF n° 347 de 2015 pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de uma pesquisa quali-quantitativa, do tipo avaliativa, cujo método de abordagem é o indutivo. Já o método de procedimento se perfectibiliza através do estudo de caso acerca da atuação da Central de Inquéritos de São Luís/MA, órgão responsável pela realização de audiências de custódia no âmbito municipal, englobando o lapso temporal entre os anos de 2014 a 2019. Os procedimentos metodológicos utilizados para viabilizar a consecução do estudo de caso foram a pesquisa bibliográfica, bem como a pesquisa documental, sendo que esta última centrou-se em duas frentes: a compilação e organização de dados oficiais pertinentes ao encarceramento provisório na seara estadual e municipal, assim como aqueles atinentes à atuação da Central de Inquéritos, e a análise dos fundamentos de decisões judiciais exaradas pelo órgão. Ao fim, concluiu-se que as audiências de custódia, apesar de seu inegável caráter garantista, não tem influído diretamente na redução do quantitativo de presos provisórios a nível municipal. Isto se deve, primordialmente, ao uso maciço da custódia cautelar como instrumento de contenção de indivíduos supostamente perigosos, subvertendo sua natureza cautelar e utilizando-a como mecanismo de antecipação da pena privativa de liberdade.

Palavras-Chave: Audiências de custódia. Prisões Provisórias. Central de Inquéritos.

ABSTRACT

The present study aims to evaluate the efficacy of custody hearings as a mechanism to reduce pre-trial incarceration levels in the city of São Luís/MA since it was one of the main goals of its implementation in the national territory, according to the judgment of ADPF n° 347 of 2015 by the Supreme Federal Court. It is a qualitative-quantitative research, of the evaluative type, whose method of approach is the inductive. The procedural method is perfected through the case study about the performance of the São Luís/MA Inquiry Center, the agency responsible for carrying custody hearings at the municipal level, encompassing the time lag between the years 2014 to 2019. Methodological procedures used to make the case study feasible were bibliographic research as well as documentary research, the latter focusing on two fronts: the compilation and organization of official data relevant to provisional incarceration in the state and municipal areas, as well as those related to the performance of the Inquiry Center, and the analysis of the grounds for judicial decisions issued by the agency. Finally, it was concluded that custody hearings, despite its undeniable guarantist character, have not directly influence to decrease the quantitative of pre-trial detainees at a municipal level. This is a result, primarily of the massive use of precautionary custody as a containment instrument for supposedly dangerous individuals, subverting its precautionary nature and utilizing it as a mechanism to anticipate imprisonment.

Keywords: Custody hearings. Pre-trial detention. Central of Inquiries.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Tabela 1 – Presos no Estado do Maranhão entre 2008 e 2019.....	93
Tabela 2 – Presos no Estado do Maranhão entre 2017 a 2019.....	95
Gráfico 1 – Presos Provisórios no Estado do Maranhão.....	96
Tabela 3 – Distribuição da população carcerária maranhense entre capital e interior do Estado em dezembro de 2019.....	96
Gráfico 2 – Composição da população carcerária de São Luís/MA entre os anos de 2017 a 2019.....	97
Tabela 4 – Audiências de custódia realizadas pela Central de Inquéritos de São Luís/MA entre 2014 e 2019.....	98
Gráfico 3 – Audiências de custódia realizadas pela Central de Inquéritos de São Luís/MA entre 2014 a 2019.....	99
Gráfico 4 – Crimes em audiência de custódia.....	99
Gráfico 5 – Decisão final em audiência de custódia.....	101
Gráfico 6 – Pessoas presas em audiência de custódia por sexo.....	102
Gráfico 7 – Pessoas presas preventivamente em audiência de custódia por faixa etária.....	102
Gráfico 8 – Pessoas presas preventivamente em audiência de custódia por raça/cor.....	103
Gráfico 9 – Tipos penais em decisões de decretação de prisão preventiva.....	104
Gráfico 10 – Fundamento utilizado para decretação da prisão preventiva.....	105
Gráfico 11 – Motivações para decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública.....	106
Gráfico 12 – Perfil das pessoas libertadas provisoriamente em audiência de custódia por sexo.....	110

Gráfico 13 – Perfil das pessoas libertadas provisoriamente em audiência de custódia por faixa etária.....	111
Gráfico 14 – Perfil das pessoas libertadas provisoriamente em audiência de custódia por raça/cor.....	111
Gráfico 15 – Tipos penais em decisões de concessão de liberdade provisória ou relaxamento da prisão em flagrante.....	112
Gráfico 16 – Motivos invocados para concessão da liberdade provisória.....	113

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- ADEPOL – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil
- ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
- ADPF – Associação dos Delegados de Polícia Federal
- AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil
- Art. – Artigo
- CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos
- CNJ – Conselho Nacional de Justiça
- FENADEPOL – Federação Nacional dos Delegados da Polícia Federal
- INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
- OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
- OEА – Organização dos Estados Americanos
- PSOL – Partido Socialismo e Liberdade
- SEAP – Secretária de Estado de Administração Penitenciária
- SIGO – Sistema Integrado de Gestão Operacional
- SIISP – Sistema de Inteligência e Informação do Sistema Prisional
- SMDH – Sociedade Maranhense de Direitos Humanos
- STF – Supremo Tribunal Federal
- UMF – Unidade de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Penitenciário

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	15
2 POLÍTICA CRIMINAL NO SÉCULO XXI: AS NOVAS FACETAS DO PODER PUNITIVO NA SOCIEDADE CAPITALISTA NEOLIBERAL.....	21
2.1 Definindo as bases para uma Criminologia Crítica	21
2.2 Poder, violência e dominação nas sociedade contemporâneas	26
2.2 As raízes econômicas do cárcere – a consolidação da prisão como mecanismo primordial de controle da exclusão social.....	33
2.2.1 O surgimento do capitalismo e a ascensão da privação da liberdade como principal mecanismo punitivo.	34
2.2.2 A transição do Estado Social para o Estado Penal: a utilização do encarceramento cautelar como medida de política criminal pelo Estado brasileiro.....	39
3 REDISCUTINDO OS FUNDAMENTOS DAS PRISÕES PROVISÓRIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	47
3.1 Uma análise crítica sobre os fundamentos legislativos da custódia cautelar no ordenamento jurídico brasileiro.	47
3.1.1 As prisões preventivas para garantia da ordem pública e para garantia da ordem econômica	51
3.1.2 As prisões preventivas por conveniência da instrução criminal e para garantia da aplicação da lei penal	57
3.1.3 A disciplina das prisões provisórias no bojo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos	59
4 PODER JUDICIÁRIO E SEU NOVO PAPEL DENTRO DO SISTEMA DE TRIPARTIÇÃO DOS PODERES	65
5 AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: FUNDAMENTOS, PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO E EXPERIÊNCIAS COMPARADAS.	72
5.1 O processo de implementação das audiências de custódia no Brasil	72
5.2 Audiências de custódia no direito comparado	79
5.3 A implantação das audiências de custódia no Estado do Maranhão.....	83

6 APRESENTAÇÃO E DISCUSSÃO DOS DADOS	86
6.1 Percurso metodológico.....	86
6.1.1 Revisão bibliográfica.....	87
6.1.2 Análise documental	88
6.2 Encarceramento provisório no Maranhão e a atuação da Central de Inquéritos entre 2014 a 2019.....	92
6.3 Decisões Judiciais exaradas em audiência de custódia pela Central de Inquéritos de São Luís/MA.....	100
6.3.1 Apresentação e discussão dos decretos prisionais exarados em audiência de custódia	101
6.3.1.1 Perfil das pessoas encarceradas em audiência de custódia	101
6.3.1.2 Fundamentos para decretação da prisão preventiva em audiência de custódia...	104
6.3.2 Apresentação e discussão das decisões concessivas de liberdade provisória e de relaxamento da prisão em flagrante	110
6.3.2.1 Perfil das pessoas libertadas em audiência de custódia.....	110
6.3.2.2 Fundamentos para concessão da liberdade provisória ou relaxamento da prisão em flagrante.....	112
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	116
REFERÊNCIAS	120
APÊNDICE	126
APÊNDICE A – INSTRUMENTAL PARA ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS...	127

1 INTRODUÇÃO

A superlotação carcerária é tema recorrente no cenário nacional, se constituindo como um problema latente que, ao passar dos anos, tem ganhado contornos de insolubilidade. Tal fato decorre, sobretudo, da complexidade do fenômeno trabalhado, haja vista que os níveis elevados de encarceramento perpassam questões econômicas, sociais e culturais profundamente arraigadas na realidade nacional.

Dentro deste cenário sobleva-se a questão do encarceramento provisório, uma vez que os presos sem condenação compõem um significativo contingente do sistema prisional nacional. Tal situação pode ser considerada alarmante, principalmente em virtude da excepcionalidade tangente às prisões provisórias¹, cuja aplicação justifica-se, pelo menos teoricamente, apenas em último caso.

Neste contexto, multiplicam-se propostas tendentes a solucionar ou, pelo menos, minimizar este preocupante quadro. O presente trabalho pretende avaliar a eficácia das audiências de custódia como mecanismo apto a reduzir os índices de encarceramento provisório na cidade de São Luís/MA, haja vista que este foi um dos objetivos delineados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 de 2015, que acabou por determinar a obrigatoriedade de implantação das audiências de custódia em todo território nacional.

Tal instituto surgiu com o objetivo de possibilitar a rápida apresentação do preso em flagrante ao magistrado para que possa ser realizado o imediato controle sobre a legalidade e a necessidade de sua prisão, momento em que poderá ser relaxada a constrição em flagrante, concedida a liberdade provisória ou então decretada sua prisão preventiva. Seria ainda o momento propício para que o magistrado verificasse a ocorrência de práticas de maus tratos ou tortura no ato de apreensão.

Essa *práxis* veio substituir a metodologia anteriormente adotada, em que o magistrado apenas recebia o auto de prisão em flagrante, devendo decidir sobre sua conversão ou não no prazo de vinte e quatro horas. Esta medida não possibilitava o contato direto do juiz

¹ O presente trabalho se utiliza de diversas expressões quando se refere as prisões provisórias. Sendo assim, sempre que forem verificadas terminologias como: prisões cautelares, custódia cautelar e prisão sem condenação deve-se entender que todas elas são aplicadas em sentido sinônimo ao termo prisões provisórias.

com o acusado, impedindo que este influenciasse diretamente na formação do seu convencimento, constituindo óbice até mesmo a perfeita concretização do contraditório.

Impende ressaltar que, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2019), os presos provisórios compõem aproximadamente 30% da população carcerária nacional. No que diz respeito ao Estado do Maranhão, os presos sem condenação representam 35,7% do contingente carcerário local (MARANHÃO, 2019). Destaca-se ainda que até o ano de 2017 o Maranhão ostentava a sétima colocação no ranking dos Estados com maior percentual de presos provisórios em sua composição carcerária total (BRASIL, 2017).

Levando em consideração a já citada excepcionalidade das prisões cautelares, faz-se necessário perquirir sobre os fatores que embasam a existência destes números alarmantes, ou seja, se mostra pertinente analisar se o encarceramento cautelar tem seguido as estritas diretrizes da legislação vigente ou se tem se apresentado como um instrumento pertencente a uma abordagem de política criminal adotada pelos atores e instituições do sistema de justiça, pautada na antecipação da punição penal através da aplicação de prisões provisórias.

Neste aspecto é importante ressaltar que este alto índice se mantém mesmo após o advento da Lei nº 12.403/11 que acrescentou às medidas cautelares alternativas à prisão, sendo que a motivação desta inovação legislativa foi justamente reduzir o número de presos provisórios no Brasil.

Se pode ainda destacar que a política criminal adotada pelo Estado brasileiro se apresenta como um tema central na atualidade, sobretudo devido aos anseios populares que solicitam alterações drásticas na condução do direito penal e da execução penal, pautados, sobretudo, na lógica de que o aumento da repressão estatal através do direito penal possuiria como consequência a redução da criminalidade.

Por isso, a presente pesquisa norteou-se a partir do seguinte problema: as audiências de custódia, conforme têm sido aplicadas pelo Judiciário ludovicense, se apresentam como uma ferramenta eficaz na redução dos índices de encarceramento provisório?

Neste caso, a avaliação da eficácia das audiências de custódia no combate ao encarceramento provisório apenas pode ser realizada em estreita correlação com a análise sobre o modo de aplicação das prisões provisórias por parte do sistema de justiça. São questões

indissociáveis, que demandam estudo conjunto para apreensão da complexidade do fenômeno em destaque.

A partir do aprofundamento teórico realizado se tornou possível a elaboração de hipóteses, que advindas das construções científicas já existentes sobre a temática, serviram como afirmações provisórias sobre os problemas levantados, cuja função primordial consiste em orientar o pesquisador tanto na busca pelas evidências a serem coletadas no trabalho de campo como também em sua posterior análise.

Como hipótese apta a responder provisoriamente o problema suscitado definiu-se que as audiências de custódia não têm se apresentado como um mecanismo eficaz na redução dos índices de encarceramento provisório, principalmente devido a existência de uma fragilidade legislativa na regulamentação das prisões cautelares que, ao preverem a possibilidade de sua aplicação com base em conceitos jurídicos indeterminados e carregados de finalidades extraprocessuais, criam o terreno propício para que os julgadores utilizem expansivamente este instituto, aplicando-o como uma forma de antecipação da pena privativa de liberdade, contrariando sua suposta natureza cautelar.

No que tange à metodologia empregada para o alcance dos objetivos propostos impende destacar, inicialmente, que trata-se de uma pesquisa quali-quantitativa, pautada na utilização do método indutivo. Como método de procedimento elegeu-se o estudo de caso que, nessa situação, recaiu sobre a avaliação acerca da atuação da Central de Inquéritos de São Luís/MA, órgão responsável pela realização de audiências de custódia no âmbito municipal. A escolha deste procedimento de pesquisa se deu devido à competência para realização de audiências de custódia na cidade de São Luís estar concentrada nessa instituição de justiça. Sendo assim, a avaliação de sua prática proporcionará um panorama completo sobre a aplicação das audiências de custódia e o uso do encarceramento provisório na seara municipal.

Os procedimentos de pesquisa utilizados para viabilização do estudo de caso foram a pesquisa bibliográfica, bem como a pesquisa documental.

A pesquisa documental centrou-se em duas frentes de análise. Em primeiro lugar, foram organizados e compilados dados oriundos de relatórios oficiais acerca do encarceramento provisório no Estado do Maranhão e no município de São Luís, englobando o lapso temporal entre os anos de 2008 e 2019. Também foram levantados dados pertinentes à atuação da própria Central de Inquéritos, englobando o período entre 2014 – ano de instauração do órgão – até o ano de 2019, onde foram aferidos dados como: quantitativo de prisões provisórias decretadas e

liberdades provisórias concedidas, número de audiências de custódia realizadas e principais tipos penais supostamente praticados pelos indivíduos submetidos à audiência de custódia. As fontes utilizadas para coleta de dados foram os relatórios anuais fornecidos pelo Ministério da Justiça através do INFOPEN, bem como os quantitativos apresentados pela Unidade de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Penitenciário, vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Já em um segundo momento foram analisadas 279 decisões judiciais exaradas pela Central de Inquéritos em audiências de custódia realizadas entre fevereiro e agosto de 2019, onde buscou-se avaliar os principais fundamentos utilizados pelos julgadores para justificar a decretação da prisão provisória ou mesmo a concessão da liberdade. Também verificou-se informações socioeconômicas acerca dos indivíduos conduzidos à audiência de custódia, como: sexo, idade e raça/cor. Neste contexto, buscou-se avaliar o perfil decisório do órgão, identificando os fatores decisivos que influem no direcionamento do veredito decisório dos julgadores.

Como forma de subsidiar a presente análise elegeu-se a Criminologia Crítica como referencial teórico apropriado, uma vez que sua abordagem se volta para atuação das instituições encarregadas da realização do controle social formal, sobretudo a partir de um viés macrossociológico, reconhecendo as inegáveis inter-relações entre a política criminal e as matizes sociais, econômicas e culturais postas em um determinado momento histórico.

A escolha desta base teórica foi efetuada a partir da busca por autores que realizassem a análise dos institutos jurídicos para além dos aspectos meramente formais, buscando interpretá-los à luz das relações sociais, culturais e econômicas existentes em um momento histórico determinado, visando compreender o papel dos instrumentos jurídicos como ferramenta de manutenção de uma determinada realidade social.

Adota-se aqui a visão de que o direito não se apresenta como um objeto de estudo desvinculado das relações sociais subjacentes, mas, pelo contrário, apresenta-se intimamente relacionado a estas. Deste modo, a pesquisa científica em direito teria como objetivo principal desvelar estas inter-relações, denotando as relações de poder e dominação existentes por trás das estruturas jurídicas erigidas.

Os princípios e o marco teórico desenvolvido pela Criminologia Crítica são aprofundados no primeiro capítulo deste trabalho, sendo usado como lente para análise dos problemas enfocados através da pesquisa. A abordagem desenvolve-se a partir de um contínuo aprofundamento, partindo do macro para o micro. As audiências de custódia e sua eficácia como

mecanismo de redução do encarceramento provisório somente podem ser compreendidas caso entenda-se que não são mecanismos isolados, mas sim que são partes de um sistema penal gestado no seio da sociedade capitalista neoliberal e que, por isso, seu modo de aplicação e seus objetivos apenas podem ser compreendidos caso empreenda-se uma aprofundada análise da organização social contemporânea.

Por isto, o primeiro capítulo dedica-se a apresentar os principais matizes da política criminal no Século XXI, sobretudo os contornos assumidos pelo poder punitivo dentro de uma sociedade capitalista neoliberal. Neste ponto, são explicitadas as inter-relações entre poder, violência e dominação nas sociedades contemporâneas, passando-se por uma análise histórica do cárcere, evidenciando suas raízes econômicas, para chegar-se ao estágio atual, no qual o encarceramento passa a ser utilizado como um dos principais mecanismos de contenção das parcelas excluídas da sociedade.

Por fim, demonstra-se que o modelo de política criminal gerado na Europa e nos Estados Unidos foi importado para a realidade brasileira. Contudo, aqui assume características peculiares, em especial pelo uso massivo da custódia cautelar como mecanismo de contenção de indivíduos perigosos, cumprindo funções destinadas, prioritariamente, a pena privativa de liberdade. Este capítulo prepara o terreno para adentrar na análise específica dos objetos de estudo definidos para o presente trabalho – no caso, as audiências de custódia e as prisões provisórias – e as informações apresentadas serão essenciais para compreender as conclusões extraídas no capítulo final do trabalho.

No segundo capítulo versa-se exclusivamente sobre a disciplina das prisões provisórias no ordenamento jurídico nacional. Busca-se, através de uma análise crítica, apreciar os principais fundamentos e requisitos para aplicação da custódia cautelar, em especial a prisão preventiva, demonstrando que a proliferação de conceitos jurídicos indeterminados e voltados para a consecução de finalidades extraprocessuais criam as condições propícias para a utilização excessiva da prisão provisória, subvertendo sua natureza cautelar e violando o princípio da excepcionalidade.

Demonstra-se ainda que a disciplina da custódia cautelar no ordenamento jurídico brasileiro se encontra em descompasso com as determinações e entendimentos erigidos em sede de direito internacional, em especial no que tange ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, organismo internacional ao qual o Brasil encontra-se vinculado em razão dos tratados internacionais que se obrigou a cumprir.

O terceiro capítulo trata sobre o novo papel do Judiciário dentro do sistema de tripartição dos poderes, enfocando as transições e mudanças históricas que resultaram em uma

nova conformação de seu poder institucional, agora marcado pela ampliação de sua competência decisória e pela consagração da autonomia dos julgadores. Considerando que a presente pesquisa avalia, em especial, a atuação do Judiciário, a compreensão deste tema se faz indispensável.

Todo o aporte teórico erigido nos capítulos anteriores cria as condições necessárias para a discussão do processo de implementação das audiências de custódia, tema discutido na quarta parte do trabalho. Aqui são apresentados os processos de implementação das audiências de custódia no Brasil e no Estado do Maranhão, delineando as resistências institucionais e os principais objetivos que se encontram atrelados à incorporação do instituto. Também são apresentadas experiências similares no direito comparado.

Por fim, são apresentados no derradeiro capítulo os resultados obtidos através da pesquisa empírica, onde se avalia a eficácia das audiências de custódia como mecanismo apto para redução do encarceramento provisório, tudo isto a partir do estudo de caso realizado junto à Central de Inquéritos de São Luís/MA.

Conclui-se que, apesar das audiências de custódia serem um instituto eminentemente garantista e voltado para a consecução dos direitos fundamentais do acusado, estas não lograram êxito em reduzir os níveis de encarceramento provisório, em especial pela presença evidente da cultura do encarceramento dentro das instituições de justiça que, aproveitando-se das brechas legislativas na disciplina das prisões provisórias, principalmente da prisão preventiva, encarceram desmesuradamente os potenciais inimigos sociais.

2 POLÍTICA CRIMINAL NO SÉCULO XXI: AS NOVAS FACETAS DO PODER PUNITIVO NA SOCIEDADE CAPITALISTA NEOLIBERAL

2.1 Definindo as bases para uma Criminologia Crítica

Historicamente, verificou-se o surgimento de diversas escolas criminológicas destinadas a discutir o fenômeno delitivo a partir de um enfoque multidisciplinar, congregando conhecimentos oriundos de diversos ramos da ciência, como a sociologia, o direito, a psicologia e a antropologia. Cada escola buscou abordar seu objeto de estudo a partir de filtros distintos, o que denota que não existiu uma criminologia única, mas sim várias criminologias, cada qual preocupada em abordar o fenômeno delitivo a partir de paradigmas específicos².

Isto ocorre, pois a análise dos fenômenos relacionados à criminalidade comporta uma multiplicidade de abordagens. Enquanto algumas escolas criminológicas focaram seu estudo na figura do criminoso, outras direcionaram seu olhar para a análise das instituições incumbidas da realização do controle social formal, verificando como os órgãos estatais constituídos reagem ao crime.

Tradicionalmente, algumas destas escolas exerceram maior influência na formação do discurso penal oficial e, conseqüentemente, na definição da política criminal a ser adotada pelos países. É o que acontece com as escolas partidárias da Ideologia da Defesa Social, cujas preocupações centraram-se em legitimar a aplicação do direito penal através da justificativa de defesa social.

O direito penal seria um instrumento de reafirmação dos valores e das normas sociais. Para isto, pauta-se numa dicotomia entre “bem” e “mal”, na qual o criminoso é visto como elemento disfuncional, sendo tratado como um inimigo da sociedade. Por isso, o resguardo dos interesses coletivos legitimaria, por vezes, a violação de direitos individuais.

A característica principal destas correntes consiste em focalizar seus estudos sobre a figura do criminoso, elegendo-o como objeto primordial de estudo da criminologia. Baratta (2011, p. 26) pontua que estas escolas privilegiam uma análise microssociológica do delito, pois os aspectos sociais, econômicos e culturais que tangenciam o crime são relegados a segundo plano em prol de uma análise individualista, cujo autor da infração penal é o principal destaque.

² Em maior profundidade acerca da diversidade de escolas criminológicas consultar Baratta (2011).

A Escola Positivista é uma ilustre representante da vertente da Ideologia da Defesa Social. Tendo como principais expoentes Lombroso e Garófalo, voltou-se para a análise da etiologia da criminalidade, focalizando o aspecto biopsicológico em sua abordagem.

A Escola Clássica é também outra representante deste movimento, pois ainda que rejeitando o paradigma biopsicológico da Escola Positivista, propôs que o crime é resultado da expressão do livre arbítrio humano. Calcada no ideal contratualista, a punição deveria ser aplicada ao homem, uma vez que se trata de um ser racional, sendo livre em suas escolhas, podendo, assim, pautar seus comportamentos de acordo com a lei, conforme Guimarães (2013). Neste contexto, o crime ainda é abordado a partir de uma perspectiva essencialmente individualista, ou seja, microssociológica.

Baratta (2011, p. 148) e Guimarães (2007, p. 66) pontuam, em relação às escolas partidárias da Ideologia da Defesa Social, que a criminologia exercia uma função instrumental em relação à dogmática penal, pois todo o conhecimento produzido visava subsidiar empiricamente e legitimar a aplicação do direito penal oficial. Não havia uma preocupação com a crítica, nem tampouco com a desconstrução, do direito posto.

Justamente com o objetivo de confrontar o discurso penal oficial, estabelecido e fomentado pela Ideologia da Defesa Social, começaram a multiplicar-se vertentes da criminologia destinadas a discutir o fenômeno delitivo a partir de perspectivas outras. A estas novas escolas, denominadas Teorias Críticas, coube o papel de deslocar o objeto de estudo da criminologia. Ao invés de focalizar a figura do criminoso a atenção volta-se para os processos de criminalização, ou seja, à perspectiva microssociológica contrapõe-se uma perspectiva macrossociológica, compreendendo o fenômeno criminal como inserido dentro de uma complexa rede de relações contextuais, sendo que sua compreensão perpassa uma análise das esferas econômica, cultural e social de cada época.

Neste ponto, o olhar investigativo volta-se para o modo como as instâncias encarregadas da realização do controle social formal (Polícia, Ministério Público, Judiciário, Legislativo) reagem à criminalidade. A figura do criminoso adquire estatuto de segunda importância ante os complexos fenômenos sociais, culturais e econômicos que formam o caldo de cultura propício para o aumento do número de ilícitos cometidos. Aqui interessa saber “quem são os indivíduos que sofrem de forma mais dura a repressão do sistema penal?”, “por que

determinadas condutas são definidas como crimes?”, “quem são os indivíduos etiquetados como delinquentes?”³.

Baratta (2011) congrega as teorias críticas sob a denominação de Ideologia da Reação Social, uma vez que, como já destacado, sua análise enfoca diretamente a ação e a reação das instâncias oficiais à criminalidade.

Uma das correntes críticas que atuou na formação de um novo saber criminológico foi a teoria do *Labeling approach*, pois buscou desconstruir postulados clássicos da Escola Positivista, como a criminalidade ontológica e as noções de anormalidade ou periculosidade. Para isto, utilizou como subsídios para sua abordagem o interacionismo simbólico, desenvolvido por George H. Mead, bem como os estudos da etnometodologia⁴.

A principal virtude do *Labeling approach* consistiu em rejeitar a análise do crime como uma realidade objetiva, mas sim considerá-lo como fruto de um complexo processo de construção social que se movimenta de forma contínua, incessante e mutável. Segundo Andrade (2003, p. 41), a criminalidade é uma etiqueta atribuída a determinados indivíduos através dos processos sociais. Por isso, não se pode atribuir a ela qualquer característica ontológica.

Contudo, embora tenha focalizado o aspecto sociológico do delito, a teoria do *Labeling approach* não aprofundou sua análise na identificação do papel cumprido pelo direito penal na manutenção de um modelo de sociedade capitalista marcadamente excludente, pautada na maximização dos lucros a partir da acentuação das desigualdades sociais.

Com o intuito de suprir esta lacuna surge a Criminologia Crítica, gestada e desenvolvida com base no materialismo histórico-dialético de Karl Marx. Para isto, busca analisar o crime a partir das condições reais de existência de determinada sociedade, partindo

³ Baratta (2011, p. 153) estatui que, ao promover um redimensionamento das questões afetas à criminologia, as teorias críticas lançam luz sobre novos fenômenos relacionados à aplicação do direito penal que, apesar de anteriormente existentes, eram ignorados pelas escolas progressistas. Sendo assim, questões como a seletividade do sistema penal e também a existência da chamada cifra oculta da criminalidade passam a ser enfocadas, tudo isto sob a perspectiva de que o sistema penal age de forma mais ou menos rígida a depender de quem é o criminoso e de qual crime está sendo analisado. Neste diapasão, postula que delitos funcionais ao sistema capitalista – como os crimes de colarinho branco, crimes ambientais, dentre outros – são menos notificados e punidos do que os crimes considerados disfuncionais – delitos patrimoniais e tráfico ilícito de drogas.

⁴ Segundo Teixeira (2019, p. 16) o interacionismo simbólico postula que a sociedade é formada através do resultado de um conjunto variado de interações sólidas traçadas entre os indivíduos e permeadas pela linguagem. Já a etnometodologia contribui no sentido de visualizar a sociedade como uma construção, ou seja, um produto de um contexto histórico específico. Esta corrente denota a importância marcante da sociedade e dos processos de tipificação na construção do comportamento criminoso.

do pressuposto de que a forma como se desenvolvem as relações econômicas é fator de primeira importância para a compreensão dos processos de criminalização existentes.

Para desenvolver a análise de seus objetos a Criminologia Crítica desloca o estudo do autor da infração penal para as condições objetivas e estruturais que estão na origem dos desvios, ou seja, ao invés de estudar as causas do comportamento criminoso volta-se para a apreciação dos processos de criminalização. Segundo Baratta (2011, p. 60), ao enfoque biopsicológico contrapõe-se o macrossociológico, contextualizando historicamente a análise do desvio e relacionando-a com as estruturas sociais, relações de produção e distribuição de riquezas.

A visualização do delito através desta nova lente, agora realçando a importância da rede integrada de relações sociais, possibilitou o surgimento de questões até então ignoradas no âmbito da criminologia. A principal delas, sem dúvidas, foi a possibilidade de diferenciação entre a violência estrutural e a violência criminal, sendo a primeira considerada a causa primordial da segunda.

Entende-se por violência estrutural aquela existente no bojo das sociedades marcadas pela desigualdade econômica, onde grandes contingentes populacionais são excluídos do mercado de trabalho e precisam encontrar alternativas para garantir a própria subsistência. A exclusão social, consequência direta da acumulação de riquezas e da saturação do mercado de trabalho, impulsiona determinados segmentos sociais para a criminalidade ampliando o número de ilícitos cometidos⁵.

Dito isto, pode-se dizer que a Criminologia Crítica busca questionar o discurso penal oficial, descortinando seu viés ideológico e, com isso, evidenciando seu caráter instrumental, uma vez que seu objetivo primordial consiste em escamotear e perpetuar as relações de desigualdade existentes no bojo das sociedades capitalistas contemporâneas⁶.

⁵ Ao lançar luz sobre a questão da violência estrutural as Teorias Críticas contribuem para demonstrar que a redução dos índices de criminalidade não pode ser tarefa atribuída exclusivamente ao direito penal, haja vista que esta não é sua função precípua. É necessário que exista investimento em políticas públicas inclusivas que reduzam as desigualdades sociais para que, com isso, se reduza a violência estrutural, criando-se condições menos favoráveis para proliferação de delitos. O enfrentamento da criminalidade perpassa o justo equilíbrio entre repressão e prevenção.

⁶ Guimarães (2007) traz aprofundado estudo sobre as funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista. Durante a obra o autor apresenta as funções explícitas, bem como as funções ocultas, da pena privativa de liberdade em cada momento histórico e demonstra a importância vital do direito penal na consolidação e perpetuação do sistema capitalista.

Nesse cotejo, leciona que a pena privativa de liberdade, mecanismo punitivo por excelência dos sistemas penais modernos, é marcada pela presença de funções explícitas, mas também de funções ocultas. As primeiras seriam aquelas propaladas através dos textos legais e discursos oficiais – função retributiva, preventiva geral ou especial –, mas não são, na realidade, as finalidades principais do direito penal, servindo apenas para conferir legitimidade ao uso do aparato repressivo. Já as funções ocultas seriam, na verdade, as primordialmente buscadas através do sistema penal e denotam o comprometimento com a manutenção e reprodução de um cenário de ampla desigualdade social⁷.

Andrade (2012, p. 236-237) esclarece que uma das principais funções da Criminologia Crítica consistiu em expor a politicidade do mecanismo punitivo, fator este sempre negado pelas correntes partidárias da Ideologia da Defesa Social. Sendo a pena um dos principais instrumentos de violência e de manifestação do poder à disposição do Estado seu uso será sempre visceralmente político, sendo adaptável a satisfação das exigências específicas de cada momento histórico.

Segundo Santos (2008), aqui a criminologia não é mais utilizada como um instrumento a serviço da dogmática penal, mas sim como um conhecimento produzido que visa questionar o discurso oficial, contribuindo para uma rediscussão do próprio exercício do poder repressivo.

É válido realçar que o presente trabalho não busca desconstruir os aportes teóricos⁸ que dão sustentáculo ao direito punitivo, gerado e desenvolvido a partir do modelo do contrato social, mas sim questionar o modo como o controle social formal é exercido e as vicissitudes que permeiam a atuação das instituições incumbidas deste desiderato, sobretudo à seletividade, o caráter simbólico e a menor vulnerabilidade penal das elites políticas e econômicas. O objetivo não reside em deslegitimar o sistema penal, mas sim buscar seu aperfeiçoamento.

Sobreleva-se ao presente trabalho o estudo acerca do plano concreto, das experiências reais de aplicação do direito penal, em relação aos aspectos teóricos e abstratos que fundamentam sua existência. A esfera justificadora não é suficiente para autorizar o uso do

⁷ Andrade (2012, p. 254) sustenta que a análise do êxito ou do fracasso do atual modelo prisional depende do ângulo sobre o qual a questão é enfocada. Caso analisada sob o enfoque das funções declaradas da pena privativa de liberdade se chegará a conclusão que se trata de um retumbante fracasso – exemplificativamente, se visualiza a função ressocializadora, nunca cumprida a contento. Todavia, caso se visualize o fenômeno sob o prisma de suas funções ocultas se chegará à conclusão de que a pena privativa de liberdade cumpriu totalmente suas diretivas, uma vez que exerceu papel vital na reprodução de um modelo socialmente desigual ao longo dos tempos.

⁸ Em profundidade acerca dos aportes teóricos que fundamentam a existência do sistema de controle social formal, consultar Guimarães (2019).

sistema de controle social formal, pois deve ser acompanhada de meios idôneos e legítimos para o alcance dos fins previstos em sua gênese, estando, em especial, engajada em estabelecer um sistema de convivência coletiva que garanta a fruição das liberdades democráticas.

Partindo do entendimento exposto por Guimarães (2019, p. 29), o exercício do controle social formal é essencial para a manutenção de uma comunidade organizada política e socialmente. Contudo, o uso da coação penal não pode admitir decisões aleatórias e parciais, mas sim deve produzir previsibilidade, certeza e segurança para que, assim, atenda aos postulados de uma sociedade democrática. Isto exige um Direito Penal e Processual Penal que seja efetivamente constitucional, tanto no aspecto formal, obedecendo ao devido procedimento legislativo, quanto no material, refletindo o respeito essencial aos direitos e garantias fundamentais.

Neste cotejo, é possível elencar três grandes grupos teóricos que sedimentaram discussões robustas acerca da necessidade de utilização do direito penal como mecanismo de controle social, quais sejam: os abolicionistas, os minimalistas e os expansionistas. Esquivando-se das opiniões extremadas, o presente trabalho adere à corrente minimalista⁹, entendendo que a existência do sistema penal é necessária, contudo, sua aplicação deve ser excepcional, subsidiária, materialmente isonômica e pautada na defesa de bens jurídicos¹⁰ essenciais.

As vicissitudes que permeiam a aplicação concreta e o uso do direito penal ao longo dos tempos serão melhor explicitadas nos tópicos seguintes, onde buscar-se-á demonstrar que as diferentes conformações assumidas pela aplicação do direito penal denotam o seu comprometimento com a manutenção do *status quo* e a satisfação dos interesses dominantes em cada momento histórico.

2.2 Poder, violência e dominação nas sociedades contemporâneas

⁹ Guimarães (2019, p. 35) defende a ampliação da política criminal integradora, pautada na construção de alternativas penais que não sejam unicamente movidas pela lógica da repressão. Sendo assim, enfatiza uma abordagem multidisciplinar de caráter preventivo, que privilegia respostas mais eficazes e não violentas. Neste ponto, situa que várias escolas criminológicas, dentre elas a Escola de Chicago, a Teoria Geral da Anomia e a Criminologia Crítica apontaram nesta direção.

¹⁰ Acerca da discussão sobre a função do direito penal enquanto mecanismo de proteção dos bens jurídicos, consultar Roxin (2006).

A dominação dos homens pelos próprios homens é tema que possui longínquos registros históricos, sendo que, na maioria das sociedades, é possível observar a existência de intrincados mecanismos destinados a promover e perpetuar as relações de poderio. A compreensão destes fenômenos perpassa, necessariamente, uma análise apurada sobre as inter-relações entre poder, violência e dominação estabelecidas em cada contexto histórico.

Hodiernamente este fenômeno tem adquirido características peculiares, uma vez que a consolidação do modelo capitalista neoliberal trouxe uma nova feição às sociedades modernas, sendo estas marcadas por uma saturação do mercado de trabalho, gerando um considerável contingente de excluídos sociais que precisam ser geridos e controlados através da atuação estatal. Esta nova realidade tem contribuído para a intensificação do processo de descarte da vida humana, sendo a morte assumida como política fundamental dos Estados modernos.

Pode-se dizer que poder e violência sempre foram conceitos discutidos e trabalhados por diversos pensadores ao longo da história, contudo seus limites, contornos e articulações sempre foram nebulosos, comportando uma multiplicidade de abordagens. Arendt (2016, p. 60) destaca que a distinção entre poder e violência é essencial para a compreensão das organizações políticas e sociais. Contudo, estes conceitos irremediavelmente foram tomados como sinônimos, pois referem-se a um núcleo comum e possuem uma mesma função, qual seja: garantir a dominação dos homens pelos próprios homens.

Segundo Arendt (2016, p. 67) o poder baseia-se na legitimidade, se mantendo apenas enquanto um razoável grupo de indivíduos detém confiança numa determinada forma de gestão da vida pública. Já a violência é essencialmente instrumental, serve para reafirmar o domínio e instituir ou manter uma determinada situação fática. Neste ponto, destaca a autora que os governos se fundam com base no poder, ou seja, necessitam de uma parcela de legitimidade para serem exercidos, sendo que jamais existiu governo exclusivamente baseado nos meios de violência. Sendo assim, a violência é tolerada quando utilizada por um governo legitimado, que conte com o respaldo de uma parcela representativa da população.

Em que pese a distinção teórica, os dois conceitos são encontrados, frequentemente, de forma conjunta quando se visualiza as experiências concretas. Sua forma pura dificilmente é visualizada nas organizações político-sociais, sendo que a violência surge onde o poder está em risco como forma de reafirmá-lo e garantir sua preservação. Todavia, a violência jamais será capaz de criar o poder, uma vez que sua utilização não gera legitimidade. É justamente

neste ponto que Arendt (2016, p. 74) conclui que “a violência pode destruir o poder; ela é absolutamente incapaz de criá-lo”.

Foucault também dedica grande espaço em suas obras para a análise das relações de poder existentes nas sociedades modernas. Nesta perspectiva, o autor questiona a concepção tradicional de poder, principalmente no que diz respeito ao fato de ser exercido verticalmente e de possuir uma localização geográfica. Para Foucault (2009, p. 242) o poder é fluído, exerce-se através de relações e possui configurações distintas a depender do espaço em que se manifesta¹¹. A partir desta perspectiva, Foucault (2001, p. 101) destaca que o poder está intimamente relacionado com a dominação, que não derivaria exclusivamente do soberano, mas também decorreria das próprias relações estabelecidas entre os súditos.

Assevera ainda que o poder apenas pode ser exercido em uma sociedade na qual exista liberdade. Neste caso, a ação dos governos incidirá sobre o campo de ação dos indivíduos. Todavia, determinados caminhos serão estimulados e outros dificultados ou inviabilizados de acordo com as relações estabelecidas de poder. Esta seria a estratégia mais eficiente de dominação, uma vez que é capaz de perpassar a aparência de uma falsa liberdade. Neste ponto, Foucault pontua que a distinção entre poder e violência reside no fato que a última rejeita totalmente a liberdade. Pelo contrário, sua utilização conduz ao total fechamento de possibilidades, buscando-se a submissão e a passividade.

Uma relação de violência age sobre um corpo, sobre as coisas; ela força, ela submete, ela quebra, ela destrói; ela fecha todas as possibilidades; não tem, portanto, junto de si, outro polo senão aquele da passividade; e se encontra uma resistência, a única escolha é tentar reduzi-la. Uma relação de poder, ao contrário, se articula sobre dois elementos que lhe são indispensáveis por ser exatamente uma relação de poder: que “outro” (aquele sobre o qual ela se exerce) seja inteiramente reconhecido e mantido até o fim como sujeito de ação; e que se abra, diante da relação de poder, todo um campo de respostas, reações, efeitos, invenções possíveis (FOUCAULT, 2009, p. 243).

Isto não quer dizer que o poder prescindia da violência, seu exercício conjunto é compatível e, até mesmo, essencial para a manutenção de determinadas formas de organização social. O exercício do poder pode conduzir a uma opressão do sujeito, que, apesar da aparente liberdade, se vê impelido a seguir determinados caminhos. Toda esta mortificação das

¹¹ Em decorrência deste entendimento propõe que o poder deve ser estudado em sua microfísica, ou seja, a partir de suas formas reais de manifestação. Deste modo, critica a análise centralizada do poder, como se possuísse uma origem de onde emanam todos os seus efeitos. O poder não é único, ele é esparso e se manifesta através de relações. Deve-se sempre “ter bem presente que o poder é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem” (FOUCAULT, 2001, p. 102).

individualidades poderá desaguar, em algum momento, em estados de insatisfação e revolta que acabarão por demandar o uso da violência para manutenção do estado de dominação.

Como se percebe, poder e violência são conceitos distintos, que se viabilizam através de estratégias e mecanismos de execução próprios. Contudo, percebe-se que sua conjugação constitui estratégia fundamental para manutenção e propagação das relações de dominação existentes nas sociedades modernas.

Ao cunhar o conceito de biopolítica¹², cujo significado corresponde ao característico modo de exercício do poder na modernidade, Foucault lança um novo marco para análise das organizações sociais e políticas¹³. A característica essencial da biopolítica residiria no estabelecimento de uma verdadeira gestão estatal sobre a vida e a morte. Através de um complexo conjunto de técnicas de vigilância e controle os Estados gerenciam aspectos tangentes à vida biológica dos indivíduos, que passam a ser integrados no conjunto de decisões políticas, fazendo parte de uma estratégia geral de poder (FOUCAULT, 2008).

A vida humana e seus processos biológicos inerentes passam a ser objeto de aprofundado interesse estatal. Multiplicam-se mecanismos destinados a catalogar e controlar os mais ínfimos aspectos relacionados aos seres humanos, proliferam sistemas de registro de informações, mecanismos de obtenção de dados e ferramentas de vigilância e controle que se destinam a agregar o maior número de informações possíveis sobre os indivíduos.

Segundo Mattos, Ramos e Cruz (2018, p. 1747), esses dados são irremediavelmente utilizados para direcionar as políticas estatais, empreendendo um verdadeiro processo de gestão das vidas humanas. Pode-se dizer que a principal faceta da biopolítica consiste na possibilidade de ditar quem deve permanecer vivo e quem deve morrer.

Neste ponto, a nova forma de exercício do poder proposta por Foucault se baseia em dois pontos fundantes: primeiramente, que determinadas vidas precisam ser descartadas para a manutenção do sistema vigente. Em segundo lugar, que este processo de eliminação

¹² Foucault destaca que existem três formas clássicas de exercício do poder: o poder soberano, o poder disciplinar e o biopoder. O poder soberano seria aquele cuja principal finalidade residiria em reafirmar a figura de autoridade. Para isto, sua exteriorização e publicização assumem papel fundamental, a dominação precisa ser explicitada e reafirmada rotineiramente. Já o poder disciplinar apresenta-se com um aparato silencioso, cuja função precípua seria a “fabricação/modificação/objetivação de um tipo específico de indivíduo com o intuito genérico de extrair seu potencial produtivo e neutralizar sua capacidade de mobilização política” (SOUZA; PASSOS, 2013, p. 68). Embora cada uma das formas de exercício do poder tenha predominado em momentos históricos distintos e, atualmente, o biopoder esteja presente em maior grau nas sociedades contemporâneas, isto não quer dizer que o poder soberano ou disciplinar não possam ainda ser encontrados em determinados espaços institucionais.

¹³ Posteriormente, vários autores revisitaram o conceito de biopolítica de Foucault para propor novos estudos sobre as relações de poder na contemporaneidade. Neste sentido, Agamben (2004), Mbembe (2018) e Butler (2015).

pressupõe, necessariamente, que as vidas possuam valores diferenciados, que sejam consideradas mais ou menos importantes a depender do direcionamento político daqueles que se encontram encarregados da gestão do poder.

Apropriando-se das elaborações de Foucault sobre a biopolítica, Agamben (2004) analisa os novos paradigmas de governo dominantes. Ao formular sua teoria sobre o “Estado de Exceção”¹⁴ o autor desconstrói a ideia da suposta primazia da ordem jurídica nas sociedades contemporâneas. Ao fazer isto, propõe que a manutenção do poder pressupõe que se realize, sistematicamente, uma negação desta própria ordem jurídica, cujo objetivo propagado seria justamente o de reafirmar sua existência e validade.

Em sua abordagem o autor propõe um novo olhar sobre o conceito de Estado de Exceção, concebendo-o não mais como um momento transitório de suspensão dos direitos e garantias fundamentais abarcados pelo ordenamento jurídico, mas sim como um estado permanente, que coexiste com o Estado de Direito e que não necessita de declaração expressa para que se instaure¹⁵. Neste ponto, destaca que os governos modernos, sob a justificativa de proteção do direito vigente, acabam violando-o. Sendo assim, o estado de exceção tornou-se uma técnica de governo¹⁶, destinado a garantir a perpetuação das relações de poder.

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos (AGAMBEN, 2004, p. 13).

Nesta realidade, visualiza-se um estreito limiar entre Estado democrático e totalitário, uma vez que os governos, baseados na necessidade¹⁷ premente ao estado de exceção, podem escolher em quais situações o ordenamento constitucional deve ser preservado e em

¹⁴ Em sua obra Agamben busca formular uma teoria do Estado de Exceção para o direito público pautada em novas bases, desmistificando o tradicional entendimento sobre estes institutos jurídicos.

¹⁵ “Na verdade o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica” (AGAMBEN, 2004, p. 39).

¹⁶ Segundo Agamben (2004, p. 16) “o estado de exceção moderno é uma criação da tradição democrático-revolucionária e não da tradição absolutista”.

¹⁷ A “necessidade” constitui o fundamento do estado de exceção. Pode ser real, mas também pode ser fabricada e, através dela, é possível tornar lícito aquilo que, originalmente, seria ilícito. As lesões ao direito tornam-se justificáveis. Agamben (2002) pontua que a “necessidade” não constitui um dado objetivo, mas, pelo contrário, é essencialmente subjetivo e se amolda aos objetivos que se pretende atingir pelos detentores do poder.

quais ele deve ser suspenso, abrindo possibilidade para supressão de direitos e garantias fundamentais.

Contudo, este estado de exceção não atinge todos de maneira isonômica. A supressão de direitos e garantias possui públicos preferenciais que corporificam a exclusão social das sociedades modernas. Para referir-se aos grupos humanos destituídos de direitos Agamben (2002, p. 15) utiliza a expressão *vida nua*, cujo significado reside justamente na presença marcante de um total estado de desproteção. Toda política moderna se fundamentaria na exclusão das vidas nuas.

A *vida nua* é uma vida separada e excluída de si mesma que, por isso, é descartável e não valiosa, trata-se de uma vida exposta à morte, cuja perda não é crime, nem objeto de lamentação. É uma vida desprotegida, destituída de direitos.

Tal conceito dialoga perfeitamente com o de *vidas precárias*, desenvolvido por Butler (2015). Neste cotejo, a autora destaca que as vidas humanas são reconhecidas – ou não – através de enquadramentos socialmente definidos, que desvelam as relações de poder existentes. Para que uma vida seja reconhecida como importante é necessário que exista a possibilidade de ser enlutada, que sua perda seja sentida e valorizada.

Para Butler (2015, p. 32), as *vidas precárias* são aquelas perante as quais o luto não é sentido, nas quais a “precariedade enfatiza nossa substitutibilidade e nosso anonimato radicais em relação tanto a determinados modos socialmente facilitados de morrer e de morte quanto a outros modos socialmente condicionados de sobreviver e crescer”. Sendo assim, trata-se de uma vida indigna de ser vivida e que, por isso, não deve ser preservada e não será lamentada quando perdida.

É a partir destes elementos fundantes que Mbembe (2018) desenvolve o seu conceito de necropolítica. O autor menciona que a noção de biopolítica, proposta por Foucault, não é mais suficiente para explicar as novas formas de submissão das vidas, uma vez que as políticas modernas atuam direcionadas pela lógica da eliminação, imbuídas do propósito de “provocar a destruição máxima de pessoas e criar “mundos da morte”, formas únicas e novas de existência social, nas quais vastas populações são submetidas a condições de vida que lhe conferem o estatuto de “mortos-vivos”” (MBEMBE, 2018, p. 71).

Para isto, o autor propõe uma nova visão sobre o conceito de soberania¹⁸, diferenciando-o daquele tradicionalmente empregado na Ciência Política, baseado na razão e que concebe os homens como protagonistas das decisões políticas, seres livres e capazes de se autolimitarem e autogovernarem. Para Mbembe (2018) esta visão de soberania adquire ares romanceados, que não se comprovam nas experiências sociais concretas. A soberania dada aos Estados modernos seria, na verdade, a possibilidade de escolher quem pode viver e quem deve morrer, sendo a vida utilizada como uma ferramenta de implementação e manifestação do poder.

Para explicitar as novas formas de dominação nas sociedades modernas, Mbembe (2018) realiza uma comparação entre o sistema de *plantation*, essencialmente escravocrata, e as formas de colonização tardias, que se manifestam na contemporaneidade. Embora o objetivo central das duas seja o mesmo – garantir a manutenção das relações de poder através da opressão de determinados segmentos – elas operam por estratégias distintas e peculiares.

No regime de *plantation* o escravo tem retirada de si toda sua identidade, torna-se um objeto a serviço do sistema econômico produtivo, seu próprio estatuto de pessoa é negado. Neste contexto, a violência é um componente da etiqueta do escravo, o terror é utilizado como ferramenta para garantir a servilidade e a obediência. Todavia, em que pese a existência deste cruel processo de assujeitamento, a vida do escravo é valorosa, pois, ainda que por razões puramente econômicas, sua existência não é descartável. Por isso, os mecanismos de poder operam para garantir sua servidão, mas jamais para produzir seu extermínio.

Contudo, as alterações ocorridas pelo advento do capitalismo, sobretudo pela sua atual faceta neoliberal, e também pelo surgimento da nova ordem jurídica europeia¹⁹, marcaram o surgimento de uma nova forma de dominação. Este novo sistema não é mais capaz de abarcar todos os grandes contingentes populacionais em seu restrito sistema econômico. A exclusão

¹⁸ O conceito de soberania estabelecido por Georges Bataille constitui a base da proposta estabelecida por Mbembe. Para este autor, a soberania se manifesta através da possibilidade de transgressão dos limites impostos e das proibições socialmente estabelecidas – dentre estas, a proibição de matar – que acaba por tornar inviável o estabelecimento de limites. Sendo assim, seria uma atividade de transgressão em espiral que não pode ser questionada nem freada.

¹⁹ Mbembe (2018, p. 33-35) entende como ordem jurídica europeia aquela surgida após a ocorrência das duas grandes guerras mundiais, pautada, sobretudo, no reconhecimento da igualdade jurídica entre os Estados e na territorialização dos espaços de exercício da soberania. Para o autor, esta nova ordem jurídica, representada pelas construções internacionais sobre os Direitos Humanos, apenas seria aplicável ao grupo de países dominantes na geopolítica mundial. Realizou-se um acordo de não violência dentro do território destes Estados nacionais, todavia os grandes conflitos foram transportados para as zonas periféricas do mundo. Nessas regiões o soberano exercício do direito de matar poderia ser livremente exercido, seriam povos “selvagens”, cujo emprego de meios pacíficos não seria eficiente. Utiliza-se deste conceito para referir-se, principalmente, a violência extrema existente no continente africano.

social é inevitável e surge para os Estados modernos a grande tarefa de gerenciar grupos que, diferentemente do que ocorria no sistema de *plantation*, não são mais necessários ao funcionamento do mecanismo produtivo. Pelo contrário, tornam-se majoritariamente incômodos, uma vez que demandam políticas socioassistenciais e, devido à violência estrutural, são impelidos ao cometimento de delitos.

A estratégia moderna utilizada para gerenciar estas parcelas sociais residiria justamente no empreendimento de uma verdadeira “política da morte”, capaz de exterminar as parcelas excluídas da sociedade. Nesse caso, Mbembe (2018, p. 41) evidencia que a “soberania é a capacidade de definir quem importa e quem não importa, quem é “descartável” e quem não é”.

A criação de uma verdadeira indústria da morte é marca essencial deste fenômeno. Aprimoram-se os mecanismos de matança que, cada vez mais imbuídos da racionalidade produtiva, destinam-se a eliminar o maior número de vidas possíveis através de meios silenciosos, rápidos e impessoais.

Neste ponto, Mbembe (2018) propõe que a necropolítica deve ser entendida ao lado dos conceitos de biopolítica e de estado de exceção. A biopolítica torna possível a classificação da população em grupos, definindo quais vidas são matáveis e quais devem ser valorizadas. Já o empreendimento da política da morte apenas se justifica por meio de um estado de exceção permanente, conforme proposto por Agamben, onde o Estado possa exercer a violência e, com isso, violar a ordem jurídica, de forma legitimada. Sendo assim, a biopolítica e o estado de exceção criam o terreno propício para a intensificação do processo de descarte das vidas.

É relevante destacar que a necropolítica não se manifesta apenas através da eliminação física dos sujeitos, mas também opera por meio de mecanismos promotores de uma verdadeira morte-em-vida. É justamente isto que ocorre com o encarceramento que, como se verá no tópico posterior, tem se convertido na estratégia primordial de controle das parcelas socialmente excluídas.

2.2 As raízes econômicas do cárcere – a consolidação da prisão como mecanismo primordial de controle da exclusão social

2.2.1 O surgimento do capitalismo e a ascensão da privação da liberdade como principal mecanismo punitivo

Feitas as incursões iniciais sobre o paradigma teórico da Criminologia Crítica passar-se-á a realizar, à luz do marco teórico definido, uma breve análise histórica sobre o processo de emergência do encarceramento como principal mecanismo punitivo até o momento de transição do Estado Social para o Estado Penal, para que assim se possa compreender quais as atuais características do sistema penal brasileiro, principalmente no que tange à utilização massiva da custódia cautelar como mecanismo de contenção de indivíduos considerados perigosos.

Para a presente análise definiu-se como recorte histórico o período de transição do sistema feudal e a ascensão do sistema capitalista, iniciado na Europa, cujas transformações econômicas, políticas e sociais modificaram significativamente a organização da vida humana e marcaram o surgimento de um novo direito penal, agora atrelado às exigências do inédito sistema produtivo.

A principal característica do novo sistema penal consiste na elevação da privação de liberdade ao patamar de principal mecanismo punitivo, contrapondo a violência pública e os suplícios existentes no período feudal. Deve-se destacar que este processo de transição não ocorre de uma só vez, mas trata-se de um desenrolar gradual, progressivo, que se inicia no Século XVI e se consolida de forma definitiva apenas no Século XIX. Enquanto isto, em muitos momentos históricos, a pena de prisão coexiste com outros mecanismos punitivos próprios do regime feudal, conforme destacam Melossi e Pavarini (2006, p. 43).

Foucault (2011) expõe que, no período feudal, as penas eram marcadamente cruéis, violentas e públicas, uma vez que sua finalidade principal seria reafirmar o poder absoluto dos soberanos. Sendo assim, a punição era um mecanismo que se destinava ao amedrontamento, desencorajando eventuais movimentos revolucionários. O autor evidencia que se operava um verdadeiro espetáculo punitivo, destinado a infringir dor e sofrimento ao desviante, servindo como exemplo para o restante da sociedade.

Contudo, a ascensão da burguesia somada ao correspondente declínio dos regimes absolutistas, fez surgir um novo modelo de organização econômico-social, com novas necessidades e com objetivos distintos daqueles apreçados anteriormente. Este novo modelo exigia um novo direito penal que, como se verá, agora se atrelará diretamente ao funcionamento

do sistema econômico, fornecendo importantes substratos para a consolidação e, posteriormente, a perpetuação do capitalismo.

O fim do período feudal marcou uma inversão na lógica de trabalho predominante no mundo antigo. O declínio da atividade camponesa em detrimento do desenvolvimento da atividade comercial fez com que milhares de trabalhadores do campo perdessem seus meios de subsistência, sendo impulsionados para os grandes centros urbanos, onde passam a formar uma grande massa social excluída.

Mais por aspectos conjunturais do que por preferências individuais, estes indivíduos não conseguem se adequar à nova lógica de trabalho burguês, vez que o anterior trabalho rural era pautado na busca pela subsistência, sem preocupação com a acumulação de capital e a produção em larga escala, conforme ressaltam Melossi e Pavarini (2006, p. 39).

Ao mesmo tempo, o novo sistema econômico em ascensão necessitava urgentemente de maior oferta de mão de obra, principalmente em um período em que a Europa apresentava um grave declínio demográfico. Para isto, era essencial que se desenvolvessem mecanismos destinados a ajustar a parcela “disfuncional” da população às exigências do novo mundo em ascensão. É justamente neste contexto que o direito penal passa a ser utilizado como uma forma de impor a aceitação da nova lógica de trabalho do capitalismo, não sendo por acaso que as primeiras legislações penais do período eram voltadas para a punição da mendicância, da vadiagem e dos pequenos delitos.

As novas legislações penais previam que os indivíduos “disfuncionais” deveriam ser recolhidos em um espaço fechado, segregado da sociedade, onde seriam obrigados a trabalhar. A primeira destas instituições – cerne do que viriam a ser, posteriormente, as instituições carcerárias contemporâneas – foi a prisão de *Bridewell*, inaugurada em Londres no ano de 1552. Posteriormente, instituições similares ficaram conhecidas na Inglaterra como *workhouses*, sendo locais cujo objetivo principal seria, conforme Melossi e Pavarini (2006, p. 36), reformar os internos através do trabalho obrigatório e da disciplina. Além disso, ela deveria desencorajar outras pessoas a seguirem o caminho do ócio, e assegurar o autossustento através do trabalho.

Este modelo, deveras eficiente para o treinamento da mão de obra, é rapidamente multiplicado não apenas na Inglaterra, mas também em outros países da Europa. A Holanda,

no século XVI, inaugura as chamadas *Rasp-huis*²⁰, sendo instituições que, inspiradas no modelo inglês, eram voltadas para garantir o trabalho forçado dos apenados.

O novo modelo punitivo focalizava na primazia da prevenção geral da pena (função intimidadora) em relação a população operária e fundava-se no princípio da *less elegebility*, por meio do qual apregoava que as condições de trabalho nas prisões deveriam ser piores do que aquelas dadas aos trabalhadores livres. Isto ocorria para que operário fosse obrigado a aceitar qualquer tipo de trabalho, ainda que mal remunerado e exercido em condições desumanas, uma vez que, caso negasse, seria recolhido a uma *workhouse* onde viveria em condições ainda mais degradantes. Vê-se que as prisões não apenas adaptavam o indivíduo a nova lógica produtiva como também exerciam um importante papel na ampliação dos lucros por parte dos comerciantes, uma vez que garantiam a oferta de mão de obra produtiva por baixos valores.

Embora o cárcere, enquanto instituição, existisse no período pré-capitalista, o encarceramento como pena é uma criação ocorrida no bojo do sistema capitalista. A mensuração da pena atrelada a noção de tempo somente pôde ser realizada a partir da implementação do trabalho assalariado, quando o tempo passou a ter valor econômico. Sendo assim, conforme destacam Melossi e Pavarini (2006), o dano gerado pelo delito deveria ser penalizado com a privação de bens essenciais durante um determinado período. Anteriormente, esta aplicação não seria possível, uma vez que não atrelava-se ao tempo um valor econômico correspondente.

Foucault (2011, p. 21) sustenta que este período histórico é marcado por uma reorganização do aparato punitivo que, diferentemente do que ocorria no sistema feudal, não age mais sobre o corpo do indivíduo, mas sim sobre sua alma, sendo um castigo que atua profundamente “sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições”, ou seja, planeja forjar um novo tipo de homem voltado para o trabalho capitalista. Inaugura-se uma nova economia do poder punitivo.

Neste ponto, o autor apresenta-se como um crítico ferrenho da doutrina da época que apontava para o desenvolvimento de um processo de humanização do direito penal, principalmente pelo abandono das penas cruéis anteriormente praticadas. Para Foucault (2011), as mudanças decorreriam das necessidades de cada tempo. Se no período feudal a punição era

²⁰ Estas instituições eram assim denominadas em virtude do tipo de trabalho desenvolvido pelos presos que consistia em raspar, com uma serra em várias lâminas, um certo tipo de madeira até transformá-la em pó, do qual os tintureiros tiravam o pigmento para tingir os fios (MELOSSI; PAVARINI, 2006).

uma reafirmação de poder e, por isso, precisava ser pública e simbolicamente cruel, agora deveria ser utilizada para adestrar uma série de indivíduos para o trabalho fabril. Contudo, a violência do sistema penal continuava presente, embora praticada de forma velada, sutil.

O verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais equitativos; mas estabelecer uma nova “economia” do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhado demais entre instâncias que se opõem; que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda parte, de mais contínua e até o mais fino grão do corpo social. A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos; enfim, que aumentem os efeitos diminuindo o custo econômico (ou seja, dissociando-o do sistema da propriedade, das compras e vendas, da venalidade tanto dos ofícios quanto das próprias decisões) e seu custo político (dissociando-o do arbitrário do poder monárquico). A nova teoria jurídica da penalidade engloba na realidade uma nova “economia política” do poder de punir (FOUCAULT, 2011, p. 78).

As prisões tornam-se espaços de adestramento em massa, voltadas para a confecção de um exército de trabalhadores²¹. Neste espaço os indivíduos são submetidos a uma coerção constante, sendo controlados em todos os aspectos de sua existência. Foucault (2011) relata que o ambiente carcerário torna-se um espaço privilegiado de manifestação do poder disciplinar, cujo objetivo central seria extrair a máxima capacidade produtiva e, ao mesmo tempo, reduzir ou neutralizar o potencial crítico dos sujeitos.

O poder disciplinar surgiu como alternativa aos suplícios próprios do exercício do poder soberano, o sofrimento explícito deu lugar a um mecanismo silencioso e pouco visível cujo intuito seria, nas palavras de Souza e Passos (2013, p. 68), “a fabricação/modificação/objetivação de um tipo específico de indivíduo com o intuito genérico de extrair seu potencial produtivo e neutralizar sua capacidade de mobilização política”.

Este objetivo seria alcançado através do uso das chamadas “disciplinas”, que seriam um conjunto de estratégias, pautadas na organização e no esquadramento do tempo e do espaço, que exercem uma coerção ininterrupta sobre os indivíduos.

Segundo Foucault (2011) o panóptico seria o clássico exemplo deste modo de organização carcerária. Neste modelo as prisões seriam estruturadas através de uma figura

²¹ É importante destacar que, ao lado das prisões, outras instituições da época contribuem marcadamente para incorporação da lógica produtiva do capitalismo. Melossi e Pavarini (2006) citam o papel da família mononuclear, da escola, do hospital, do quartel e do manicômio. Além destes, também é importante realçar a importância das religiões protestantes – em ascendência no respectivo período histórico –, uma vez que suas doutrinas eram impregnadas pela ética do trabalho e pela religião do capital. Deste modo, contribuíram significativamente para que se construísse uma visão negativa sobre a pobreza – passa a ser indicativa de uma maldição divina – e assentaram a ideia de que a acumulação de capital era uma benesse e, por isto, deveria ser valorizada e almejada.

arquitetural em que, no centro, se localizaria uma grande torre e, ao seu redor, estariam presentes as celas. Dentro da torre estaria um vigia, capaz de observar todos os detentos, contudo, os detentos não conseguiriam visualizar o vigia.

A função primordial deste modelo é estabelecer um mecanismo onde os apenados se sintam constantemente vigiados, ainda que não percebam se esta vigilância está sendo ou não exercida. Marinho e Reis (2014) ressaltam que trata-se de um modo de organização do espaço onde a tarefa de vigilância é repassada para o próprio encarcerado, tornando-se uma autovigilância, sendo permanente em seus efeitos, embora descontínua em sua ação.

Durante todo o Século XVII e por boa parte do Século XVIII este modelo prisional persistiu, sobretudo devido a demanda constante do sistema econômico por mão de obra. Todavia, a segunda metade do Século XVIII, marcada pelo fenômeno da Revolução Industrial, tratou de reconfigurar as relações socioeconômicas capitalistas, dando ao cárcere uma nova dimensão.

Melossi e Pavarini (2006, p. 64) relatam que este período é marcado pelo incremento da população demográfica europeia; isto soma-se ao desenvolvimento do processo de automação do trabalho, com o aprimoramento do maquinário fabril, sendo que o trabalho manual passa a ser gradativamente substituído. Além disto, a penetração do capital no campo alcança seu estágio mais avançado ocasionando o desmantelamento dos resquícios do trabalho rural feudal, contribuindo para levar ao mercado uma oferta de mão de obra nunca antes vista.

Isto exige uma reformulação do padrão de trabalho traçado nas *workhouses*, uma vez que não há mais necessidade de preparação de mão de obra para o mercado. Melossi e Pavarini (2006, p. 66-67) pontuam que as *workhouses* transformam-se em *houses of terror* (casas do terror) e o trabalho ali realizado, embora não abandonado, passa a ser inútil, insignificante, estando muito mais preocupado com a domesticação dos indivíduos e com a imposição da disciplina. O aspecto punitivo da prisão sobreleva-se ao direcionamento econômico, tornando-se um mecanismo exclusivamente destinado ao controle das parcelas “disfuncionais” da população.

Também neste período crescem os movimentos de insurgência civil do proletariado frente às exclusões do sistema capitalista, sendo o cárcere invocado como um dos mecanismos primordiais para o enfrentamento dos movimentos revolucionários. As prisões passam a ser vistas como um depósito de indesejados, uma forma de blindar a sociedade da convivência com indivíduos incômodos.

Melossi e Pavarini (2006, p. 95) descrevem que este movimento carcerário gerado na Europa confirma-se no início do Século XIX, quando, diante do crescente interesse pelos novos modelos prisionais gestados nos Estados Unidos, prefere-se a adoção do modelo da Pensilvânia, aquele desenvolvido em Auburn. Isto ocorre, por que o modelo pensilvânico privilegiava um modelo de instituição carcerária baseada no isolamento contínuo, dia e noite, des preocupada com o trabalho produtivo. Já o modelo de Auburn fincava sua base na obrigatoriedade do trabalho durante o dia, apenas com o isolamento noturno, se baseando em objetivos similares aqueles descritos para as *workhouses*.

A utilização do cárcere como mecanismo de neutralização de indesejados é característica que persiste até os dias atuais. Contudo, o início do Século XX, principalmente após a ocorrência das grandes guerras mundiais, posteriormente acompanhadas pela derrocada do Estado Social e pela ascensão do capitalismo neoliberal, marcou o surgimento de um sistema penal ainda mais violento e segregador, destinado, como se verá no tópico seguinte, ao controle da exclusão social.

2.2.2 A transição do Estado Social para o Estado Penal: a utilização do encarceramento cautelar como medida de política criminal.

As duas grandes guerras mundiais marcaram um período de desvalorização da vida humana. A ocorrência de verdadeiros genocídios, pautados, sobretudo, na busca pelo extermínio de determinados grupos, como judeus e ciganos, evidenciou a necessidade de que as bases do direito posto fossem rediscutidas e recompostas, tudo isto a partir de um comprometimento global com a redução do intenso processo de descarte das vidas identificado nesse interregno histórico²².

Somado a este contexto de crise humanitária começou a ser gestado um crescente movimento de insurgência contra as balizas do capitalismo liberal, uma vez que o emprego de uma política de mínima intervenção estatal acabou por acirrar um estado de profunda desigualdade social. Guimarães (2007, p. 187-189) estatui que contribuíram para este movimento a difusão do pensamento marxista e a organização do movimento operário que

²² Neste período surgem e estruturam-se os Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, cuja preocupação central é garantir a consolidação de um grupo básico de direitos universais, garantidos e promovidos independente de qualquer particularidade racial, cultural, religiosa, dentre outras. Para maior aprofundamento sobre este período de transição histórica e de formação dos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos consultar Comparato (2013) e Piovesan (2007).

acabaram por provocar um estado de tensão social capaz de desestabilizar as bases do sistema capitalista.

O arrefecimento dos ânimos demandava a transformação do modelo liberal-capitalista. Para isto, o Estado foi chamado a intervir nas relações sociais, reassumindo funções que haviam sido repassadas à iniciativa privada em virtude da incorporação do *laissez-faire* liberal. Surge a figura do Estado intervencionista, responsável pela efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, cuja atuação seria capaz de demonstrar o comprometimento do sistema capitalista com as demandas das classes menos abastadas. Inaugura-se uma nova faceta do capitalismo, marcada pelo fortalecimento do Estado Social.

Guimarães (2007, p. 193) destaca que o Estado Social também foi responsável por apresentar uma nova faceta do direito punitivo, agora mais humanizado, acompanhando as tendências internacionais de positivação dos direitos humanos. Preocupa-se, primordialmente, com a conformação social pacífica, sendo dada à pena privativa de liberdade a função de ressocializar²³ o indivíduo, não mais se admitindo a aplicação do direito penal com fins meramente intimidatórios ou neutralizadores, operando em face dos chamados “inimigos” da sociedade.

Todavia, as bases do Estado Social não demoraram a se enfraquecer. O alcance de sua principal função – qual seja, arrefecer os ânimos revolucionários a partir de um discurso de busca estatal por uma maior justiça social – somado às dificuldades em desincumbir-se das pretensivas tarefas prestacionais na área social²⁴, acabaram por criar o cenário propício para o desenvolvimento de uma nova etapa do capitalismo, surgida a partir da década de 1980, denominada neoliberalismo.

²³ Foucault (2011, p. 133) alerta sobre as inverdades que transitam em torno do paradigma da humanização das penas. Para o autor, a substituição dos suplícios, marcados pela punição pública e torturante, pela pena privativa de liberdade – agora, principal instrumento punitivo – não decorre de uma virtuosa humanização do sistema penal, mas sim de uma necessidade de adequar os indivíduos a nova lógica de produção do capitalismo ascendente. A marca principal da pena privativa de liberdade seria a utilização massiva das “disciplinas”, instrumento por excelência do poder disciplinar, cuja função principal seria inserir os corpos dentro da mecânica do poder, garantindo seu domínio, sua docilidade e sua subserviência. A disciplina fabricaria corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. Sendo assim, a humanização das penas e o objetivo ressocializador seriam falaciosos, uma vez que o sistema penal opera justamente através do sufocamento da autonomia dos indivíduos, perpetrando um processo que, conforme definido por Goffman (1987), conduz a uma mortificação do sujeito, cujas características essenciais são a despersonalização e a desvalorização da individualidade.

²⁴ A destinação de uma série de prestações positivas ao Estado gerou implicações na formação do direito constitucional de diversos países, sendo possível observar a proliferação de Constituições programáticas, caracterizadas pela definição de pretensivas metas na área social. A incapacidade estatal de cumprir as promessas constitucionais contribuiu significativamente para derrocada o Estado Social. Neste sentido Maus (2000) e Barroso (2015).

A nova ideologia neoliberal pauta-se, principalmente, no resgate das antigas diretrizes liberais, baseadas na retração do papel estatal, só que agora inserida em um mundo globalizado, sendo sustentada por um forte aparato ideológico capaz de legitimar sua aplicação. Tavares (1997, p. 43) suscita que a grande característica do neoliberalismo consiste em remover qualquer tipo de protecionismo comercial, garantindo a amplitude de abertura dos mercados, somado a um movimento de progressiva privatização, com repasse de atividades estratégicas para a iniciativa privada, reduzindo a interferência estatal em decisões fundamentais para a sociedade.

Zaffaroni (1997, p. 35-36) pondera que esta nova política tem como marca essencial o direcionamento da gestão pública para satisfação dos interesses de uma pequena parcela da sociedade, enquanto grande parcela da população não ostenta mais a condição de explorado – de alguma forma, ainda útil ao sistema econômico –, mas sim de verdadeiros excluídos.

Guimarães (2007, p. 239) sustenta que o Estado neoliberal é a antítese do Estado Social, uma vez que toda sua formação tem como objetivo principal blindar e satisfazer os interesses das classes dominantes. Uma de suas principais expressões consiste na redução dos investimentos em programas sociais, aprofundando a parcela mais pobre da população em um cenário de total invisibilidade perante as políticas estatais, onde sua humanidade é vilipendiada e sua cidadania apenas é encontrada ao se sentarem no banco dos réus.

Diferentemente do liberalismo, cujos ideais pautavam-se na autogestão natural dos mercados, o neoliberalismo se caracteriza por manejar com maestria o aparato jurídico estatal, tornando-o adaptável. A lei torna-se um instrumento fundamental para este novo sistema. Os mercados e as vidas serão agora regulados através de um estatuto jurídico muito bem construído. Neste sentido, Teixeira (2019, p. 21) destaca que o neoliberalismo caminha ao lado da lei, sendo alicerçado no jurídico, aproveitando-se de suas ferramentas para legitimar seus discursos, mascarar seus reais interesses e, por sua vez, solidificar um específico modelo social desejado.

Neste contexto, surge também um novo modelo de política criminal, cujo objetivo principal consiste em controlar – e, algumas vezes, eliminar – a parcela de excluídos sociais. A humanização do direito penal, verificada na origem do Estado Social, é substituída por um discurso que pleiteia o expansionismo e a maximização do direito penal, tudo isto pautado na ideia de que todos os problemas sociais podem ser resolvidos a partir de uma aplicação mais intensiva do direito repressivo.

A violência estrutural, uma das causas principais da criminalidade, é escamoteada através da construção de narrativas incessantemente propagadas que, em sua maioria, abordam o crime como uma questão meramente individual, inserindo-o dentro de uma lógica maniqueísta, partindo do pressuposto que a sociedade é composta por uma antítese entre “cidadãos de bem”, que precisam ser protegidos e valorizados, e “inimigos”, que não são dignos de direitos e, por isso, devem ser combatidos, neutralizados e, a depender do caso, eliminados.

Zaffaroni (2007, p. 59-69) enuncia que a origem desta nova política criminal se deu nos Estados Unidos, no período posterior à guerra fria, onde a derrocada do inimigo soviético fez emergir a necessidade de serem construídas novas figuras indesejadas, capazes de justificar uma aplicação mais dura do direito penal. Fortemente influenciado pelos ideais neoliberais, o novo gerenciamento penal possui como marca fundamental a presença de um discurso fortemente autoritário e bastante apelativo do ponto de vista emocional, destinado a aplacar a ânsia punitiva de uma sociedade insatisfeita com a expansão da criminalidade.

Wacquant (2003, p. 19) destaca que este fenômeno culminou na formação do Estado Penal norte-americano, cuja marca fundamental seria uma progressiva substituição de um “Estado-providência por um Estado penal e policial, no seio do qual a criminalização da marginalidade e a contenção punitiva das categorias deserdadas faz as vezes de política social”²⁵.

Segundo Wacquant (2011, p. 26) essa nova política criminal perpassa uma redefinição das missões do Estado na sociedade capitalista neoliberal. Por um lado, defende-se uma intervenção estatal mínima na seara social e previdenciária e, por outro, uma hipertrofia no campo penal, assumindo papel de prioridade no direcionamento de ações e recursos financeiros estatais.

O principal objetivo do sistema penal neoliberal seria realizar a contenção das parcelas socialmente excluídas. Como visto, uma representativa parcela da população não tem e nem terá espaço dentro do jogo econômico e, por isso, precisa ser monitorada e neutralizada. Neste cotejo, Wacquant (2011) destaca que o sistema penal passa a ser o mecanismo por

²⁵ Em sua obra Wacquant (2003) realiza um aprofundado estudo sobre a transição do “Estado caritativo” (aqui denominado Estado Social) norte-americano para o Estado Penal, demonstrando que a guinada ocorrida na política criminal americana ocorreu em um momento em que os índices de criminalidade estavam estáveis e, em algumas áreas, até mesmo decrescentes. A real função deste novo paradigma seria inserir um novo modo de gerenciamento das camadas menos abastadas da população, agora através do encarceramento ou do extermínio.

excelência de controle da exclusão social e, por isso, voltar-se-á de forma mais enérgica para as parcelas da população historicamente vulnerabilizadas.

A política de “guerra às drogas”²⁶ é usada como pretexto para implementação deste novo mecanismo de gerenciamento da criminalidade. Durante este período, a população carcerária norte-americana se expande e problemas estruturais, como a seletividade do sistema penal, se ampliam, tendo em vista que a maioria dos detentos são negros ou latinos.

Zaffaroni (2007, p. 75) define que este novo modelo de política criminal norte-americana se caracteriza por promover o discurso penal como se fosse uma propaganda publicitária. Perpassa-se publicamente a ideia de que a criminalidade decorre do benigno tratamento dispensado pelo Estado àqueles indivíduos que cometem delitos. Sendo assim, apenas uma aplicação mais rígida do direito penal seria capaz de conter a elevação dos índices de criminalidade. Seu principal objetivo não consiste em apresentar soluções efetivas no combate ao crime, mas sim angariar apoio popular através da apresentação de soluções belicistas que, na grande maioria das vezes, contrariam a própria ordem jurídica vigente.

Zaffaroni (2007, p. 69) denomina este novo movimento como “autoritarismo *cool*”, justamente devido ao seu caráter publicitário, sendo marcado por um discurso fortemente emocional e apelativo, tendo sido, paulatinamente, incorporado pela classe política com fins eleitoreiros. É *cool* porque “não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário”.

Nesta esteira, Wacquant (2007) descreve que multiplicam-se nos Estados Unidos políticas penais cada vez mais repressivas, podendo ser tomadas como exemplo as medidas de Tolerância Zero, como o *three strikes out*, que impunha automaticamente a pena de prisão perpétua a todos aqueles que tivessem cometido três ou mais delitos.

Contudo, o elemento mais representativo da nova política criminal norte-americana consistiu no desenvolvimento e na ampliação da *plea bargaining* – mecanismo processual que permite a negociação direta da pena ou de vantagens processuais entre o Ministério Público e o próprio acusado, evitando a submissão do caso ao júri –, uma vez que este instituto

²⁶ Zaffaroni (2007) e Wacquant (2003) destacam que a política de guerra às drogas norte-americana surge em um período em que os índices de criminalidade locais se mostravam estáveis e, em alguns casos, até mesmo decrescentes. Sendo assim, a nova política criminal dos Estados Unidos não se pautava numa urgente demanda de combate à criminalidade, mas sim decorria da assimilação dos valores neoliberais capitalistas que exigiam uma nova gestão do sistema penal.

possibilitava o célere recolhimento do indivíduo ao cárcere, tudo isto através de uma pena definitiva, evidenciando uma atuação rápida e rigorosa das instituições penais, aplacando o sentimento de impunidade social e perfazendo o caráter simbólico do novo sistema penal.

A política criminal norte-americana é exportada – através de uma complexa engenharia ideológica, amparada por redes de consultoria e de aliados neoconservadores nos campos burocrático, jornalístico e acadêmico – para o restante do mundo, sendo incorporada, primeiramente, pela Europa, cuja implementação define, segundo Wacquant (2011, p. 144), um novo senso comum penal neoliberal:

Assim, propaga-se na Europa um novo senso comum penal neoliberal – sobre o qual vimos precedentemente como atravessou o Atlântico pelo viés de uma rede de “geradores de ideias” neoconservadoras e de seus aliados no campo burocrático, jornalístico e acadêmico –, articulado em torno da maior repressão dos delitos menores e das simples infrações (com o slogan, tão sonoro como oco, da “tolerância zero”), o agravamento das penas, a erosão da especificidade do tratamento da delinquência juvenil, a vigilância em cima das populações e dos territórios considerados “de risco”, a desregulamentação da administração penitenciária e a redefinição da divisão do trabalho entre público e privado, em perfeita harmonia com o senso comum neoliberal em matéria econômica e social, que ele completa e conforta desdenhando qualquer consideração de ordem política e cívica para estender a linha de raciocínio economicista, o imperativo da responsabilidade individual – cujo avesso é a irresponsabilidade coletiva – e o dogma da eficiência do mercado ao domínio do crime e do castigo.

Esta ideologia também se apresenta nos países latino-americanos. Contudo, Zaffaroni (2007) aponta que assumem aqui uma conotação distinta, pois enquanto nos Estados Unidos o sistema penal se transformou em um negócio altamente lucrativo²⁷, na América Latina tornou-se um sistema brutalmente violento, servindo essencialmente para controlar e neutralizar os excluídos do emprego, muitas vezes legitimando a existência de um sistema penal subterrâneo.

A principal característica da política penal da América Latina consiste na utilização maciça da custódia cautelar. Zaffaroni (2007, p. 70) apresenta que um expressivo contingente da população carcerária local é composto por presos provisórios, sem condenação, evidenciando um sistema penal que é exercido através de medidas, unicamente por presunção de periculosidade.

Isto ocorre, pois a incorporação do modelo da *bargaining* norte-americana não foi possível na América Latina, principalmente em virtude de sua incompatibilidade com a tradição

²⁷ Para melhor compreensão do processo de privatização carcerária norte-americana consultar Wacquant (2003).

jurídica e com os sistemas constitucionais da maioria dos países locais²⁸. Tendo em vista a necessidade de rápida resposta do aparato repressivo em face da criminalidade, a prisão cautelar surge como instrumento ideal para promover o rápido encarceramento de suspeitos potencialmente perigosos. Contudo, o problema crucial reside no fato de que os presos provisórios não são condenados, diferentemente do modelo norte-americano que possibilita, desde logo, o cumprimento efetivo da prisão pena.

De todo o exposto – balizado pelo marco teórico definido para a presente análise – pode-se concluir que o cárcere, longe de cumprir o ideal humanizatório e ressocializador, apresenta-se como uma das principais ferramentas de controle social da atualidade, cujas sociedades capitalistas neoliberais lançam mão na tentativa de garantir a submissão das camadas mais pobres da população, perpetuando as relações de desigualdade existentes em um sistema que se direciona para a satisfação dos interesses de uma minoria. Neste sentido, encerra-se o tópico com a seguinte síntese de Wacquant:

Máquina varredora da precariedade, a instituição carcerária não se contenta em recolher e armazenar os (sub)proletários tidos como inúteis, indesejáveis ou perigosos, e, assim, ocultar a miséria e neutralizar seus efeitos mais disruptivos: esquece-se frequentemente que ela própria contribui ativamente para estender e perenizar a insegurança e o desamparo sociais que a alimentam e lhe servem de caução. Instituição total concebida para os pobres, meio criminógeno e desculturalizante moldado pelo imperativo (e o fantasma) da segurança, a prisão não pode senão empobrecer aqueles que lhe são confiados e seus próximos, despojando-os um pouco mais dos magros recursos de que dispõem quando nela ingressam, obliterando sob a etiqueta infamante de “penitenciário” todos os atributos suscetíveis de lhes conferir uma identidade social reconhecida (como filho, marido, pai, assalariado ou desemprego, doente, marselhês ou madrilhenho, etc.) e lançando-os na espiral irresistível de pauperização penal, face oculta da “política social” do Estado para com os mais pobres, que vem em seguida naturalizar o discurso inesgotável sobre a “reincidência” e sobre a necessidade de endurecer os regimes de detenção (com o obsessivo tema das “prisões três estrelas”), até que finalmente se comprovem dissuasivos (2011, p. 151-152).

No capítulo seguinte será discutida, de forma direcionada e centralizada, a utilização massiva da custódia cautelar pelo Estado brasileiro, perpassando a disciplina legislativa, bem como a cultura decisória do Judiciário nacional, que criam as condições propícias para a utilização expansiva deste mecanismo acautelatório. Tudo isto para que, ao fim, demonstre-se que as prisões provisórias têm sido utilizadas como um dos principais instrumentos para implementação do novo modelo de gestão do sistema penal, cuja marca

²⁸ Tal incompatibilidade decorre, sobretudo, do fato de que os países latino-americanos originam seu sistema jurídico na *civil law*, enquanto os Estados Unidos assentam suas bases na *common law*. Além disto, nos Estados Unidos o Ministério Público possui discricionariedade na propositura da ação penal (princípio da oportunidade), enquanto nos países latino-americanos vige o princípio oposto (princípio da obrigatoriedade). Tudo isto torna o processo incorporação do modelo de justiça negociada complexo em tal realidade.

fundante é a utilização massiva do encarceramento como mecanismo de enfrentamento à violência criminal.

3 REDISCUTINDO OS FUNDAMENTOS DAS PRISÕES PROVISÓRIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Uma análise crítica sobre os fundamentos legislativos da custódia cautelar no ordenamento jurídico brasileiro

O encarceramento provisório constitui, atualmente, um dos pontos nodais referentes à problemática prisional brasileira. A presença massiva de presos sem condenação engrossando o já superlotado sistema carcerário é questão que deve ser investigada e problematizada em âmbito acadêmico para que, assim, se possa contribuir para a rediscussão do atual modelo de política criminal adotado pelo Estado brasileiro.

Como pretende-se discutir a temática das prisões provisórias é essencial que antes se realize a definição sobre o seu significado, suas espécies e hipóteses de aplicação no âmbito do direito brasileiro. Tal momento é essencial para que se possa, posteriormente, criticar e desconstruir o discurso oficial que legitima a ampla aplicação da prisão sem condenação em território nacional.

A doutrina penalista mais abalizada sustenta que as prisões provisórias possuem a natureza jurídica de prisões cautelares, uma vez que seu intuito principal é assegurar a higidez do processo penal, garantindo seu resultado útil. Sendo assim, não seriam uma espécie de antecipação da pena privativa de liberdade, mas sim um instrumento utilizado para proteção processual²⁹.

Segundo Barletta (2014) a prisão provisória é, essencialmente, uma medida instrumental de natureza cautelar, que tem como objetivo precípuo garantir o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade jurisdicional. Trata-se de medida cuja função precípuo é ser, conforme salienta Calamandrei (2000, p. 42), “meio para assegurar o melhor resultado do provimento definitivo que, por sua vez, é meio para atuação do direito material”.

Inicialmente, é importante pontuar que o termo prisão provisória refere-se a possibilidade de restrição de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal

²⁹ Segundo Barletta (2014, p. 30) a utilização da prisão provisória, para maioria da doutrina, como instrumento destinado ao acautelamento do processo, afasta seu caráter de pena, sendo apenas um meio ou instrumento cautelar. Contudo, sua utilização deve ser excepcional, para que se compatibilize com o postulado constitucional de presunção de inocência.

condenatória, sendo gênero que, no direito nacional, comporta três espécies: a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva.

No que pertine a prisão em flagrante, disciplinada através do artigo 302 do Código de Processo Penal, esta ocorre quando a liberdade do indivíduo é restringida no momento em que está consumando a prática delitiva; logo após consumá-la; ou então quando é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas ou objetos do crime que façam presumir ser ele o autor da infração. Esta modalidade de prisão provisória, hodiernamente, não é mais capaz de justificar a perpetuação da restrição de liberdade, uma vez que sua legalidade deve ser analisada pelo juiz no prazo de 24 horas e, caso verificada a necessidade de manutenção da prisão, deverá ser convertida em prisão temporária ou preventiva.

Já a prisão temporária encontra guarida na Lei 7.960 de 1989 e sua aplicação é restrita a algumas espécies de delitos exaustivamente elencados, sendo acionável apenas quando a manutenção em liberdade do acusado possa inviabilizar o desdobramento da investigação policial ou então em razão de óbices na identificação civil do investigado. Além disto, possui prazo determinado – máximo de cinco dias, renovável por igual período. Justamente em virtude da estreita definição legislativa de suas hipóteses de aplicação a prisão temporária não acaba sendo largamente utilizada no cotidiano das instituições de justiça.

No que diz respeito a prisão preventiva pode-se destacar que esta é, sem sombra de dúvidas, a modalidade de prisão provisória mais aplicada entre as citadas³⁰. Sua disciplina foi sensivelmente alterada pela Lei nº 12.403 de 2011, cujo advento foi importante para alinhar o processo penal brasileiro às diretrizes internacionais de direitos humanos, uma vez que a antiga disciplina do instituto era anterior ao nascimento da Constituição Federal de 1988, sendo fruto de um sistema processual penal inquisitório e fundado sob as bases do período ditatorial³¹.

A novel legislação foi responsável por drásticas alterações na disciplina das prisões processuais. Como principais modificações, é possível destacar: a perda da autonomia das prisões em flagrante que, a partir de então, tornaram-se uma modalidade de prisão precária, incapaz de justificar a segregação prolongada do acusado, devendo, portanto, ser convertida em

³⁰ Justamente por tratar-se da modalidade de prisão provisória mais utilizada o presente trabalho dedicará maiores esforços a análise das prisões preventivas.

³¹ Embora a nova legislação tenha buscado racionalizar o uso das prisões provisórias, denotando seu caráter excepcional, alguns autores, como Silveira (2015), dispõem que as alterações foram insuficientes, deixando em vigor disposições incompatíveis com o regime democrático e próprias de sistemas autoritários. A manutenção da garantia da ordem pública e da garantia da ordem econômica como fundamentos da prisão preventiva seriam exemplos deste fenômeno.

prisão temporária ou preventiva³² após a diligente análise judicial, bem como a adoção de uma nova disciplina para a prisão preventiva, onde sua decretação passou a ser condicionada à observância de um maior número de requisitos, sendo reforçada sua aplicação excepcional, apenas para os casos em que não seja recomendável a aplicação de nenhuma outra medida não privativa de liberdade.

Disciplinada nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser invocada quando presentes os seus pressupostos e requisitos mínimos. Os pressupostos encontram-se disciplinados no Art. 313 do Código de Processo Penal e dizem respeito às situações em que a prisão preventiva poderá ser aplicada³³. Como se percebe, os pressupostos elencam situações de maior gravidade, evitando que a prisão cautelar alcance casos de menor relevância, nos quais entende-se não haver proporcionalidade entre a prática delitiva e a imposição da restrição cautelar de liberdade. Já os requisitos se perfazem a partir do preenchimento, no caso concreto, do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

O *fumus comissi delicti* encontra sua manifestação no artigo 312 do Código de Processo Penal, estando configurado quando existir “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (BRASIL, 1941). Ressalte-se que são exigidos apenas indícios mínimos de autoria e materialidade e não provas contundentes, uma vez que, em geral, no momento de decretação da custódia cautelar, ainda não houve instrução processual, não existindo, portanto, arcabouço probatório definitivo.

Já no *periculum libertatis*, também disciplinado no artigo 312 do Código de Processo Penal, encontra-se o grande fator de legitimação da tutela cautelar. Tal pressuposto se encontra preenchido quando verificado, no caso concreto, que a manutenção do investigado em liberdade pode apresentar riscos para: a garantia da ordem pública, a garantia da ordem

³² Artigo 310, II do Código de Processo Penal: “Após receber o autor de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do Art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

³³ Nos termos do Art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do Art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; §1º – também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. São estes os fundamentos primordiais desta espécie de custódia cautelar que deverão, obrigatoriamente, ser citados e fundamentados pelos magistrados na tomada do ato decisório privativo de liberdade.

Uma análise mais detida das hipóteses caracterizadoras do *periculum libertatis* permite chegar a duas conclusões: a primeira, quanto à existência de objetivos reconhecidamente extraprocessuais com a prisão processual, principalmente no que tange à prisão para garantia da ordem pública e econômica, contrariando a tradicional doutrina das medidas cautelares e, em segundo lugar, a existência de conceitos vagos, indeterminados, que demandam a atuação interpretativa concreta do julgador em cada caso. Afinal, não é possível definir, através da mera análise do dispositivo legal, o alcance do significado de cada um dos fundamentos previstos, cabendo ao magistrado defini-los no caso concreto.

Importante destacar que a prisão preventiva é regida pela aplicação de alguns relevantes princípios, dentre estes Silveira (2015, p. 223) destaca: o princípio da *jurisdicionalidade*, por meio do qual a prisão cautelar apenas poderá ser decretada pelo juiz natural competente; da *provisoriedade*, que estabelece que a prisão preventiva deve estender-se pelo menor tempo possível, sendo revogada assim que os seus elementos justificadores não mais subsistam; da *excepcionalidade*, uma vez que apenas deverá ser aplicada em último caso, quando não for possível a imposição de cautelares não privativas de liberdades; e da *proporcionalidade*, uma vez que deve haver adequado sopesamento entre a gravidade da medida e a finalidade que se almeja alcançar através da constrição da liberdade.

Buscar-se-á, nos tópicos seguintes, retratar os principais entendimentos que tangenciam a interpretação e a aplicação doutrinária de cada um dos fundamentos da prisão preventiva – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal. A partir disto, será demonstrado que a imprecisão semântica que transita em torno das construções doutrinárias acerca dos fundamentos da prisão preventiva, em especial a garantia da ordem pública, dificulta a importação destes conceitos para o campo penal, uma vez que abre lacunas para a utilização expansiva da prisão cautelar.

3.1.1 As prisões preventivas para garantia da ordem pública e para garantia da ordem econômica

O conceito de ordem pública é vital para o direcionamento da atuação estatal na seara criminal. Isto porque, as políticas de segurança pública destinam-se, em última análise, a manutenção da ordem pública como mecanismo básico para coexistência social. Sendo assim, a definição da atuação estatal perpassa, necessariamente, a construção de um ideal de estabilidade coletiva que precisará ser definido e, posteriormente, alcançado.

Contudo, embora a ideia de ordem pública como vetor diretivo da atuação estatal possa ser encontrada já na Roma antiga, quando confundida com o conceito de *mores*, destinada a concretização dos costumes do povo romano, ainda hoje sua conceituação é lacunosa, imprecisa e polêmica, comportando, segundo Moreira Neto (1998), uma multiplicidade de entendimentos.

Inicialmente, é importante advertir que a ordem pública, assim como outros conceitos atinentes à seara jurídica, é dotada de elevada carga de abstração. Entretanto, diferentemente de outras acepções, não houve uma construção histórica volumosa capaz de definir limites mais concretos para sua aplicação. Sendo assim, os conceitos que transitam em torno da ideia de ordem pública buscam defini-la – como se verá – a partir de outros conceitos igualmente abstratos e intangíveis aplicando alta dose de relatividade a sua definição e consequente aplicação à realidade concreta.

Neste sentido, Cretella Júnior (1998, p. 6) dispõe que “nada mais incerto em direito do que a noção de ordem pública, noção essa de grande importância, diga-se, para quem exerce a atividade de polícia de manutenção da ordem pública”. Já Cenzano (2002, p. 18) aduz que trata-se de um conceito essencialmente plurifuncional e com multiplicidade de sentidos, sendo essencialmente mutável e dependente da trilogia dialética entre as variáveis espacial, temporal e política.

Moreira Neto (1988, p. 143-145) agrupa os entendimentos históricos sobre ordem pública em duas acepções: a material e a formal³⁴. No sentido material, seria uma situação de fato, idealizada, que se concretizaria por meio da disposição harmônica dos elementos que

³⁴ Impende ressaltar que a noção de ordem pública não revela-se importante apenas na seara criminal. Pelo contrário, os estudos mais avançados sobre o tema dizem respeito, principalmente, ao campo do direito administrativo e constitucional.

interagem em uma sociedade, permitindo o seu funcionamento estável e regular, sendo ainda um instrumento assecuratório da liberdade. Já na acepção formal, a ordem pública é vista como um conjunto de princípios, dotados de grande carga de abstração, adotados como parâmetros condutores da convivência pública e da formação da própria ordem jurídica. Estes vetores delimitariam a fronteira entre o campo do interesse individual e o interesse coletivo, garantindo que o uso abusivo das liberdades individuais não interfira na convivência social.

Entre os defensores da acepção material de ordem pública pode-se destacar o pensamento de Silva (1988, p. 742-743) ao propor que trata-se de uma “situação pacífica de convivência social, isenta de ameaça de violência ou sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes”. Neste caso, o entendimento aproxima-se da criação de um estado ideal, marcado pela ausência de perturbações e pela harmoniosa convivência social.

Plácido e Silva (1999, p. 577) possui direcionamento similar ao postular que entende-se por ordem pública “a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento e protesto”. Neste ponto, o autor preceitua que tal ideia não se confundiria com ordem jurídica, embora seja uma consequência da implementação desta.

Gasparini (1993, p. 61) também faz referência ao conceito de normalidade como parâmetro básico para o entendimento de ordem pública. Por isto propõe que o seu objetivo primordial é “coibir a violação da ordem jurídica e defender a incolumidade do Estado e dos indivíduos e restaurar a normalidade de situações e comportamentos”. Em sentido similar, também se destaca o pensamento de Soriano (1985, p. 97):

A ordem é um conceito que resume um status quo estabelecido pelo ordenamento jurídico do Estado. Não é um conceito externo ao próprio ordenamento estatal, mas intrassistemático ao mesmo, como parte de seus princípios fundamentais e síntese do jogo harmônico das instituições, direitos e deveres estabelecidos pela Constituição e leis derivadas. A paz é uma manifestação mais íntima e profunda da existência da ordem no Estado, ainda quando nem sempre presumida de qualquer classe de ordem política, porque a paz tem uma faceta espiritual que não admite ser satisfeita por todo tipo de ordem do Estado.

Dentre os autores que defendem a acepção formal de ordem pública pode-se destacar Cretella Júnior (1998), para quem a expressão ordem pública assume duas significações: primeiro, designa uma série de parâmetros básicos de comportamento social, relacionados aos costumes morais e sociais em geral. Em segundo lugar, estaria intimamente relacionada com uma situação fática onde prevaleça o equilíbrio e a paz, elementos essenciais

para a vivência coletiva. Neste caso, a ordem pública assume a característica de um conceito geral de direito, dotado de forte carga principiológica, sendo referência tanto para a convivência coletiva como para formação do próprio ordenamento jurídico.

Existem ainda autores que trabalham o conceito de ordem pública a partir de uma lógica sistêmica. Sob este enfoque a sociedade seria um grande sistema formado pela dialética dos subsistemas que gravitam em sua órbita. Para Moreira Neto (1998, p. 142) a ordem pública seria o pré-requisito para o funcionamento do sistema de convivência pública, sendo este último resultado da interação individual pública nas diferentes circunstâncias de espaço e de tempo. Neste caso, a ordem pública garantiria que todos pudessem gozar de seu direito inato à liberdade, impedindo a interferência abusiva de terceiros. Todavia, sua realização prática apenas ocorreria através de uma política de segurança pública eficiente, capaz de manter a homeostase³⁵ do sistema.

Também neste sentido, Filocre (2009, p. 142) pontua que, para se ter segurança pública, é necessário que se alcance o equilíbrio na sociedade real, fator este que só seria possível através da manutenção da ordem pública. Para o autor, esta preservação é condição necessária para convivência social com liberdade. Contudo, a liberdade não seria absoluta, mas sim aquela possível, que se daria de acordo com as condições socioeconômicas existentes em uma determinada sociedade. Deste modo, associa ordem pública a uma situação de equilíbrio dinâmico no seio social.

Prossegue dispendo que a criminalidade não é eliminável, uma vez que sempre existirá em determinada medida em toda e qualquer sociedade. Contudo, ela deve ser mantida dentro de um patamar de aceitabilidade, denominado de zona de estabilidade. A manutenção da criminalidade dentro desta zona harmônica seria justamente o desígnio principal de uma política de segurança pública eficiente.

A criminalidade também é um indicador. Sob o ponto de vista da criminalidade, diz-se que uma sociedade, dada a transversalidade e complementaridade, está em ordem pública quando ela, a criminalidade, é compatível e está em harmonia com as condições socioeconômicas gerais da sociedade. A qualidade das relações entre os membros da sociedade é considerada adequada ou apropriada quando a criminalidade alcança e é mantida dentro daquele patamar de harmonia; na verdade, uma zona de

³⁵ Neste ponto, o autor utiliza-se do termo homeostase para fazer referência ao conjunto de processos que devem atuar para garantir a estabilidade do sistema, evitando perturbações de qualquer natureza. As políticas de segurança pública estariam direcionadas para garantia desta situação de equilíbrio, capaz de proporcionar a garantia da ordem pública. Por isso, o autor enuncia que a “homeostasia de um sistema de convivência pública consiste na manutenção da ordem pública” (MOREIRA NETO, 1998, p. 148).

estabilidade. É isso que configura “manutenção de ordem pública” sob o aspecto da criminalidade, e é o que se denomina por segurança pública (FILOCRE, 2009, p. 143).

Dentro deste sistema, a atuação estatal teria que manter-se em um patamar de equilíbrio com os níveis de criminalidade³⁶. Sendo assim, tanto a atuação insuficiente como aquela excessiva geraria um desequilíbrio interno que acabaria com a saída da zona de estabilidade para a zona de desordem, onde a ordem pública estaria gravemente prejudicada. Por isso, o alcance da homeostase seria um processo contínuo e, uma vez alcançado o equilíbrio, deve-se despender esforços para sua manutenção.

Desta forma, Filocre (2009, p. 147) propõe um conceito sistêmico e processual de ordem pública. Dispõe que esta não pode derivar de previsão legal, uma vez que seu conceito é oscilante, impreciso, sendo impassível de definição através da ordem jurídica.

Com isto, pode-se designar que a ordem pública é um estado de fato, não uma perspectiva ideológica e idealizada. Por isto, ela é consequência – e não fundamento – das políticas criminais. Seu conteúdo não pode ser preenchido individualmente por cada julgador, uma vez que envolve mecanismos sociais complexos e multifacetados. O emprego de um conceito tão impreciso como fundamento da prisão provisória abre a possibilidade para que seja interpretada de forma extensiva, sendo adaptável às diversas situações concretas, o que possibilita a utilização expansiva do instituto, fugindo dos contornos tradicionais das medidas cautelares.

Lopes Jr. (2013) informa que as origens da prisão para garantia da ordem pública remontam à Alemanha nazista, sendo, fundamentalmente, utilizada como uma autorização geral de encarceramento, encerrando um conceito capaz de ser aplicado a qualquer situação fática em que a segregação fosse recomendável para manutenção do regime.

Reforçando este entendimento, Silveira (2015, p. 224) ressalta que o termo ordem pública “é uma expressão vaga e adaptável aos momentos históricos e aos mais diversos tipos de interesses, já que se limita a fornecer um molde conceitual lacunoso que pode ser preenchido por argumentos estranhos a natureza das medidas cautelares”. Em seguida, dispõe que a

³⁶ Filocre (2009, p. 145-146) destaca que a atuação excessiva do Estado tem maior peso para o desequilíbrio sistêmico, pois seriam manifestações aproximadas do Estado absoluto, sendo um vilipêndio ao Estado Democrático de Direito. Além disto, não haveria como estabelecer limites para atuação estatal desarrazoada, pois atuaria sob a fachada da legalidade. Conclui dispondo que “o desequilíbrio causado pelo próprio Estado estabelece um dilema para o sistema de segurança pública na medida em que cabe ao Estado formular e implementar políticas de segurança pública, que, como visto, visam a manutenção da ordem pública, ou seja, equilibrar a criminalidade na zona de estabilidade”.

doutrina e a jurisprudência nacionais construíram quatro tópicos³⁷ que servem como base para decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, quais sejam: o clamor público, a gravidade do fato delitivo, a probabilidade de reiteração e a periculosidade do acusado.

Veja-se que as situações em que a doutrina e a jurisprudência entendem ser aplicável o fundamento da garantia da ordem pública violam frontalmente o caráter cautelar da prisão preventiva, haja vista que todas alinham-se ao alcance de objetivos extraprocessuais, sobretudo relacionados com a pretensa defesa da sociedade. Rosa (2006, p. 148) preceitua que este entendimento decorre da manutenção de uma tradição inquisitória no processo penal que, aderindo a perspectiva da Criminologia Positiva, concebe o desviante – ainda que, neste momento processual, seja apenas investigado – como um indivíduo perigoso que deve ser contido, evitando uma hipotética violação à sociedade.

Segundo Rosa (2006, p. 149), o Art. 312 do Código de Processo Penal sofre de uma anemia semântica, pois traz em seu bojo conceitos vazios e ambíguos, cujo significado pode ser preenchido por qualquer indivíduo capaz de estruturar satisfatoriamente uma argumentação. Por isso, seriam verdadeiros pseudo-requisitos.

Ao atribuir a missão de proteção social a esta espécie de prisão cautelar concebe-se a ela o exercício de uma função preventiva que deveria ser exercida unicamente pela pena privativa de liberdade. Como visto, a função da custódia cautelar consiste em proteger o processo penal e garantir seu resultado útil, não sendo um instrumento punitivo, tampouco voltado para a defesa social. Ferrajoli (2002, p. 446) aduz que a aplicação das prisões provisórias, nestes moldes, constitui uma antecipação da pena privativa de liberdade, implicando em uma violação frontal ao princípio da presunção da inocência.

Silveira (2015, p. 226) acrescenta que, além de representar uma antecipação da pena, a prisão sob estes fundamentos tende a perpetuar-se até o julgamento definitivo, uma vez que nenhum evento ocorrido será capaz de modificar ou fazer cessar os elementos justificadores que deram base a medida. A título de exemplo, se a prisão for decretada com base na reiteração criminosa do acusado não existirá fato capaz de apagar seu histórico delitivo. Por isso, sua restrição cautelar se estenderá até a conclusão do processo.

Também impende destacar que a maleabilidade deste conceito resta comprovada a partir das definições ora trazidas. Como se percebe, a maioria das tentativas de definição de

³⁷ São as circunstâncias ou situações que, verificadas no caso concreto, justificam a invocação da garantia da ordem pública como fundamento da custódia preventiva.

ordem pública apela para outros conceitos igualmente abstratos e indeterminados, como é o caso de sua assimilação com as ideias de paz, tranquilidade e normalidade. Deve-se relevar que, dentro de uma sociedade plural e diversificada, conceitos como estes tendem a assumir diferentes conotações a depender da condição socioeconômica e da formação cultural dos seus diversos integrantes. Neste ponto, a utilização deste requisito como fundamento para decretação da custódia cautelar representará, necessariamente, uma visão específica e segmentada de ordem pública, ou seja, será uma representação pertinente a individualidade do julgador e de seu grupo social.

Note-se que, ao lado da garantia da ordem pública, a legislação processual também elencou como um dos fundamentos da prisão preventiva a garantia da ordem econômica³⁸. A ideia de preservação da ordem econômica está contida na preservação da ordem pública, tendo o legislador apenas dado maior especificidade a esta vertente da organização social. Segundo Lima (2012, p. 264) tal fundamento seria invocado em face dos crimes cometidos contra a ordem econômica, evitando a manutenção de condutas que caracterizem abuso do poder econômico, com objetivo de dominação do mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros. Contudo, assim como acontece com a garantia da ordem pública, trata-se de um conceito eminentemente vago e impreciso, sendo que todas as críticas elencadas são também cabíveis em relação a este fundamento.

Justamente por todas as razões expostas, vários autores se posicionam a favor da inconstitucionalidade destes fundamentos da prisão preventiva³⁹. A justificativa maior encontra-se no desrespeito ao princípio da legalidade, especialmente essencial em matéria criminal, pois veicula conteúdos jurídicos indeterminados na base de um instituto privativo de liberdade, não evidenciando de forma cristalina as situações em que a liberdade poderá ou não ser restringida. Como a restrição à liberdade é a mais grave sanção possível a ser imposta pelo Estado aos seus cidadãos é essencial que revista-se de contornos delimitados, partindo de conceitos concretos, pois isto evitará a banalização do cárcere e seu uso arbitrário por parte das instituições de justiça.

³⁸ Em regra, o fundamento da garantia da ordem econômica é invocado diante da chamada “macrocriminalidade”, sendo a terminologia utilizada para retratar os delitos cometidos pela parcela mais abastada da população, em crimes que possuam repercussões na ordem econômica e financeira. Via de regra, estes crimes são apurados e julgados no âmbito da Justiça Federal. Como o presente trabalho almeja o estudo e análise da Justiça Estadual de primeiro grau, cuja competência não abrange os delitos contra a ordem econômica, evitar-se-á uma reflexão abrangente sobre este fundamento da prisão preventiva.

³⁹ Dissertam neste sentido Prado (2011), Silveira (2015) e Lopes Jr. (2013).

São José (2019, p. 127) estabelece que um dos postulados decorrentes do princípio da legalidade é o mandado de certeza, que “deve determinar que a lei seja formulada com precisão, vedados dispositivos criminalizadores vagos e indeterminados desde a criminalização primária até a execução de pena”. Prossegue destacando que a natureza indeterminada do conceito de ordem pública seria manifestação de sua inconstitucionalidade, dando margem a inserção de elementos estranhos à natureza pretensamente cautelar do instituto como a sua utilização na chamada “luta contra a delinquência”, revelando uma aproximação com as funções de prevenção geral e especial, típicas das penas⁴⁰.

No mesmo sentido, Lopes Jr. (2013) sustenta a flagrante inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica e pontua a absoluta impossibilidade de interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito de medida cautelar até o ponto de transformá-la em uma medida de segurança pública, destinada a prisão de pessoas supostamente perigosas. Seriam portadoras de um defeito genético e, por isso, deveriam ser extirpadas do ordenamento jurídico.

3.1.2 As prisões preventivas por conveniência da instrução criminal e para garantia da aplicação da lei penal.

O Art. 312 do Código de Processo Penal também previu como fundamentos para decretação da prisão preventiva a “conveniência da instrução criminal” e a prisão para “assegurar a aplicação da lei penal”. Diferentemente do que ocorre com relação à garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica, tais fundamentos alinham-se à teoria tradicional das medidas cautelares, uma vez que sua aplicação encontra-se intimamente relacionada ao resguardo do processo penal, não havendo motivações extraprocessuais, sobretudo relacionadas à pretensa defesa da sociedade.

Isto ocorre, pois tais fundamentos possuem significado claro, preciso, sendo possível definir o alcance que tais expressões possuem. Barletta (2014, p. 238) pontua que a prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal busca evitar a destruição

⁴⁰ São José (2019) questiona a importação acrítica de categorias do processo civil para o processo penal. No caso a aplicação da prisão preventiva para garantia da ordem pública seria legitimada por uma série de teorias processualísticas bastante engenhosas, que tentam ocultar sua real natureza punitiva através do realce de seu suposto caráter cautelar, e que, por não serem adaptadas ao processo penal, acabam levando a violação de princípios constitucionais como a legalidade e a presunção de inocência.

dos elementos de prova e o constrangimento de vítimas e testemunhas; já a custódia efetivada para assegurar a aplicação da lei penal busca impossibilitar, diante de fundadas evidências, a fuga do acusado durante o trâmite processual.

Veja-se que, nos dois casos, a prisão buscará resguardar o resultado útil do processo penal, ou seja, evitará que o esforço despendido pelo Estado no deslinde da causa seja perdido. Aqui, não se trata de antecipação da pena privativa de liberdade, mas sim de medida cautelar, cuja preocupação central é garantir a resolução do mérito e, posteriormente, a possível execução da pena.

Deve-se destacar que a decretação da prisão sob tais fundamentos deve vir acompanhada de elementos mínimos que indiquem a possibilidade de vilipêndio aos meios de prova ou risco real de furtar-se a aplicação da lei penal. Não são suficientes meras ilações ou prognósticos pessimistas baseados no histórico delitivo do acusado, sob pena de converter-se em verdadeira medida atrelada ao infausto direito penal do autor.

Neste sentido, Lopes Jr. (2017, p. 81-82) sustenta que a prisão provisória por conveniência da instrução criminal não pode ser decretada sob a justificativa de que é necessária para produção de uma determinada prova – é o que ocorre, a título de exemplo, com a prisão para interrogar o acusado. Isto porque, para este objetivo, existem outros meios processuais menos onerosos ao réu, como a produção antecipada de provas ou mesmo a aplicação de algumas medidas cautelares não privativas de liberdade (proibição de frequentar determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, recolhimento domiciliar diurno etc.).

O autor também refuta outro fundamento classicamente empregado para justificar a decretação da prisão provisória por conveniência da instrução criminal que consiste no “medo” que o acusado desperta nas vítimas e testemunhas do delito. Lopes Jr (2017) destaca que as funções de proteção das vítimas e testemunhas é tarefa que incumbe ao Estado e não ao processo penal. Deste modo, as ineficiências estatais não poderiam ser transferidas ao acusado e nem tampouco o processo penal poderia ser utilizado como medida de segurança pública, sob pena que as conquistas do Estado Democrático de Direito sejam sepultadas.

3.1.3 A disciplina das prisões provisórias no bojo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Como forma de reforçar a análise crítica dos fundamentos da prisão preventiva em âmbito nacional serão trazidos os principais entendimentos construídos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre a aplicação das prisões provisórias por parte dos países signatários de seus tratados internacionais e que, por isso, também devem nortear a aplicação local deste instituto.

Inicialmente, é importante destacar que os consensos internacionais acerca dos direitos humanos, materializados através dos tratados e convenções internacionais, possuem crescente importância na formação e manutenção do ordenamento jurídico dos Estados signatários. O Brasil, integrante tanto do Sistema Global como do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ratifica uma série de tratados destinados a consagração e a defesa dos direitos humanos. Sendo assim, as diretivas penais e processuais penais devem ser interpretadas não somente à luz do ordenamento jurídico interno, mas também devem guiar-se pelas construções erigidas internacionalmente.

Considerando que grande parte da principiologia penal nacional é construída sob as bases dos tratados internacionais de Direitos Humanos formulados no Sistema Interamericano é importante enunciar as diretrizes elencadas por este organismo internacional para a aplicação das prisões provisórias por parte dos países signatários de tratados internacionais constituídos em seu bojo.

Antes, é importante destacar que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos compõe, ao lado do Sistema Global e também dos demais Sistemas Regionais, o conjunto de Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos que podem ser caracterizados como espaços de discussão internacional que objetivam, conforme Piovesan (2007, p. 13), a definição de uma “consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais”. Tais sistemas atuam de forma conjunta, não excludente, visando dar máxima proteção e efetividade a este grupo de direitos.

A gestação e o desenvolvimento do Sistema Interamericano ocorrem no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), criada em 1948, a partir da edição da Carta da Organização dos Estados Americanos. No seu bojo foram confeccionados diversos tratados internacionais, devendo-se destacar a edição da Convenção Americana de Direitos Humanos

(CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que entrou em vigor no ano de 1978. Tal tratado foi fundamental, pois não apenas ampliou o rol de direitos fundamentais previstos, mas também teve por objetivo primordial “instituir órgãos com competência para supervisionar a atuação dos países integrantes em relação aos direitos humanos”, conforme salienta Lima Júnior (2011. p. 64).

A CADH criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional do Sistema Interamericano, bem como ampliou e modificou as atribuições e competências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cuja função é de promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América, podendo receber denúncias de violação de direitos, emitir recomendações e elaborar relatórios.

A Comissão Interamericana tem como uma de suas atribuições examinar comunicações feitas por indivíduos, grupos de indivíduos ou organizações não governamentais. Estas petições individuais podem ser encaminhadas, caso necessário, para a Corte Interamericana, órgão composto por sete juízes nacionais dos Estados-membros da OEA. É válido ressaltar que a Corte não poderá ser provocada por indivíduos ou organizações, mas apenas por Estados-parte da OEA ou mesmo pela Comissão Interamericana.

Ao longo dos tempos a Comissão Interamericana e a Corte constituíram um vasto repertório de informes, relatórios e jurisprudências pertinentes a temática da aplicação das prisões provisórias por parte dos países integrantes da OEA⁴¹. O Informe nº 86/09 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, referente ao caso *Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. Uruguai*, teve como virtude principal sintetizar estes entendimentos no corpo de um documento único, apresentando os principais princípios que devem tangenciar a aplicação das prisões provisórias.

Foram definidas quatro diretrizes centrais, sendo elas: a aplicação do princípio *pro homine* às prisões provisórias; a possibilidade de sua decretação apenas em casos de real perigo ao processo penal; a rejeição de sua aplicabilidade com base em meras presunções; e, por último, a impossibilidade de sua aplicação com base no apaziguamento dos clamores sociais ou então na mera gravidade do delito perpetrado.

⁴¹ O Informe nº 86/09 consagra os entendimentos acerca de inúmeros casos paradigmáticos tratados pela Comissão Interamericana e também pela Corte Interamericana, como: o caso *Tibivis Equador* (2004), *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005), *García Astro e Ramírez Rojas vs. Perú* (2005), *Lopez Álvarez vs. Honduras* (2006) e *Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador* (2007), dentre outros.

a) Aplicação do princípio *pro homine* no âmbito das prisões provisórias

O princípio *pro homine* trata-se de uma importante diretriz interpretativa, consolidada no âmbito do direito internacional, que visa orientar a aplicação dos direitos humanos por parte dos órgãos julgadores.

Segundo Ramos (2014) sua aplicação pode ocorrer de três formas distintas: primeiro, os direitos humanos devem ser sempre interpretados de modo sistemático, permitindo que, em casos concretos, sejam admitidos direitos implícitos, ainda que não constem de forma expressa em nenhum documento internacional, mas que possam ser extraídos hermeneuticamente a partir do sentido da proteção internacional aos direitos humanos. Em segundo lugar, refere-se ao fato de que as limitações aos direitos humanos autorizadas devem ser interpretadas de maneira restritiva, aplicando-as apenas em casos excepcionais. Por último, dispõe que sempre que existirem omissões ou lacunas em matéria de direitos humanos deverá ser aplicada a solução que melhor consagre o princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange a aplicação das prisões provisórias a segunda diretriz apresenta-se de modo particularmente relevante, uma vez que a privação de liberdade antes do advento da condenação definitiva deve ser interpretada de modo restritivo, com a menor incidência possível.

75. Como toda limitación a los derechos humanos, ésta debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio *pro homine*, por el cual, en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos. Ello se impone, asimismo, para evitar que la excepción se convierta en regla, debido a que esa restricción de naturaleza cautelar se aplica sobre una persona que goza del estado de inocencia hasta tanto un fallo firme lo destruya. De ahí la necesidad de que las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, y antes de la sentencia definitiva, sean de interpretación y aplicación restrictiva, con el cuidado de que no se desnaturalice la garantía antes citada (OEA, 2009, não paginado).

Segundo a Comissão Interamericana a não aplicação do supracitado princípio acaba por gerar o risco de que as prisões preventivas convertam-se em regra no cotidiano forense solapando o princípio da presunção de inocência e eliminando a excepcionalidade das prisões provisórias. Sendo assim, a prisão apenas deveria ser decretada diante de indícios sérios de cometimento do delito, em situações absolutamente necessárias.

Como dito anteriormente, os fundamentos da prisão preventiva, conforme elencados pelo Código de Processo Penal Brasileiro, são formados por conceitos jurídicos abertos, que demandam a atividade interpretativa do julgador no caso concreto. Deste modo, a aplicação do princípio *pro homine* deve nortear a atividade dos julgadores de modo a garantir que conceitos como o de garantia da ordem pública sejam interpretados restritivamente, evitando a aplicação abusiva das prisões provisórias.

b) A utilização das prisões provisórias como mecanismo de resguardo do processo penal

O segundo princípio traçado pelo Sistema Interamericano enuncia que as prisões provisórias apenas devem ser utilizadas quando a manutenção da liberdade do investigado possa obstaculizar o desenvolvimento da ação da justiça, seja por oferecer riscos ao desenvolvimento da investigação ou da instrução criminal ou então em caso de real possibilidade de fuga.

Neste aspecto, reconhece que as prisões provisórias devem ser utilizadas exclusivamente com a finalidade de resguardar a higidez do processo penal, não podendo ser aplicadas com vistas ao alcance de fins extraprocessuais. Este entendimento busca realçar o caráter cautelar das prisões provisórias, excluindo sua utilização como ferramenta de antecipação da pena. A Organização dos Estados Americanos (2009, não paginado) destaca que “La Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el acionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial”.

Barletta (2014, p. 69) destaca que a Corte Interamericana entende que as prisões provisórias são aplicáveis em apenas duas possibilidades que são limites – de natureza processual – de sua justificação ou legitimação: quando seja necessária para assegurar a eficácia das investigações, e da mesma forma, a ação da justiça. Desta forma, inadmite a utilização das prisões provisórias com base em justificativas como a gravidade do delito perpetrado pelo investigado, o risco de reincidência delitiva, dentre outras.

Comparando-se o entendimento do Sistema Interamericano com a legislação pátria alusiva às prisões provisórias percebe-se, como já dito, que, dentre as quatro hipóteses viabilizadoras de sua aplicação apenas duas possuem fins processuais (prisão provisória por conveniência da instrução criminal e para garantir a aplicação da lei penal). Já as prisões

provisórias para garantia da ordem pública e da ordem econômica possuem fins manifestamente extraprocessuais, contrariando os entendimentos dos órgãos internacionais.

c) Circunstâncias de inaplicabilidade das prisões provisórias

Os dois últimos princípios serão tratados conjuntamente, haja vista que ambos referem-se a circunstâncias nas quais as prisões provisórias não poderão ser aplicadas. Tratam-se de possíveis argumentos utilizados pelos julgadores aos quais entende-se que não caracterizam uma espécie de fundamentação idônea para decretação de um mandado construtivo de liberdade. Deste modo, a utilização desta ordem de justificativas pela autoridade julgadora transforma a prisão provisória em um ato arbitrário.

O Informe 86/09 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos elenca que a prisão provisória não deve ser decretada com base em três justificativas: primeiramente, com base na possibilidade de que o investigado cometa futuros delitos; em segundo lugar, em razão da gravidade do ato delitivo; e, por último, em virtude da repercussão social do fato. Entende a CIDH que tais fundamentos constituem critérios de direito penal material, próprios da resposta punitiva, não pertinentes ao direito processual penal e as medidas de caráter cautelar. Veja-se:

Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Ésos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal (OEA, 2009, não paginado).

Tais previsões refletem os dois princípios anteriormente expostos. Primeiramente, concretizam o princípio *pro homine* ao restringir as hipóteses de aplicação da prisão provisória. Em segundo lugar, evitam a sua utilização com o objetivo de atingir finalidades eminentemente extraprocessuais.

Como visto, os quatro princípios traduzem o entendimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos acerca de como deve ser realizada a aplicação das prisões provisórias por parte dos países signatários dos tratados internacionais confeccionados em sua esfera de atuação, dentre eles o Brasil. No que tange ao plano jurídico nacional, destaca-se que

o direito processual penal encontra-se submetido a uma dupla ordem de validade, pois deve observar tanto as diretrizes constitucionais como também o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo este compreendido em sua plenitude, envolvendo não apenas os tratados internacionais, mas também, como adverte Barletta (2014, p. 62), os pronunciamentos, sentenças, opiniões e recomendações dos órgãos do Sistema Interamericano.

4 PODER JUDICIÁRIO E SEU NOVO PAPEL DENTRO DO SISTEMA DE TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Ao elencar como fundamentos da prisão preventiva uma série de conceitos jurídicos indeterminados, o legislador deu grande margem de liberdade ao Judiciário para definir o alcance e o lastro de aplicação deste instituto privativo de liberdade. Este movimento alinha-se a um processo de gradativa alteração do papel do Poder Judiciário dentro do sistema tripartido de poderes, cujas características principais consistem numa maior autonomia decisória em face da legislação positivada, bem como na ampliação das matérias passíveis de apreciação judicial, podendo conhecer e decidir sobre questões que antes eram estranhas ao seu campo de incidência.

Por isto, como o presente trabalho focaliza, sobretudo, na atuação do Poder Judiciário na efetivação das audiências de custódia, avaliando a sua eficácia como mecanismo apto a proporcionar a redução dos índices de encarceramento provisório, é essencial que se entenda as principais características que tangenciam a atuação deste poder.

Neste contexto, pretende-se avaliar qual o papel exercido pelo Judiciário neste processo de gerenciamento das vidas empreendido pelo Estado moderno. Tal análise se mostra pertinente em decorrência do expressivo aumento do seu poder decisório e interpretativo, que alçou este poder a um patamar de autonomia nunca antes visto, conferindo-lhe a responsabilidade de decidir sobre questões políticas essenciais ao país.

Ao sistematizar o princípio da separação dos poderes, utilizando-se de uma metodologia racional, dotada de objetividade científica, Montesquieu estabeleceu a pedra fundamental sobre a qual se assentam os Estados de Direito contemporâneos. A lógica de organização estatal através de um modelo de divisão tripartite do poder está presente em praticamente todas as democracias modernas, sendo considerado um mecanismo essencial para evitar o uso abusivo do poder, garantindo a possibilidade de controle recíproco entre Judiciário, Executivo e Legislativo.

Entretanto, em que pese a suposta isonomia entre os poderes constituídos, o que se percebe é que as matizes sociais, políticas, jurídicas e culturais existentes em cada momento histórico acabam por dar diversas facetas ao postulado da separação dos poderes. Característica essencial deste movimento consiste no fato de que, ao longo dos tempos, ocorreu uma alternância de protagonismo entre cada um dos poderes constituídos. Este movimento se

verifica através da maior ou menor responsabilidade pela tomada de decisões políticas fundamentais.

A primeira posituação do princípio da tripartição dos poderes ocorreu na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776), na época uma das treze colônias inglesas na América. Também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), inspirada nos ideais filosóficos da Revolução Francesa, tratou de prever a imprescindibilidade desta diretiva no bojo dos textos constitucionais, o que posteriormente se concretizou através da edição da Constituição Francesa de 1791.

Este período histórico é marcado por uma forte tendência antiabsolutista e por uma valorização do Poder Legislativo, uma vez que acreditava-se que, por ser composto por representantes eleitos, sua atuação seria um reflexo direto da soberania popular. Neste caso, buscava-se evitar a concentração do poder decisório nas mãos de indivíduos que não atendessem aos anseios populares. Maus (2000) destaca que este momento é marcado por uma forte oposição ao modelo paternalista de gestão social, onde o povo é excluído do processo de tomada de decisão política, sendo sua vontade centralizada e traduzida através de uma figura de poder.

O temor de um eventual retorno ao absolutismo fez com que este período histórico fosse marcado por uma profunda desconfiança em relação a atuação do Executivo e do Judiciário. Com o intuito de evitar que as decisões judiciais extravasassem os conteúdos legislativos, considerados derivações diretas da vontade popular, o poder interpretativo dos tribunais é limitado. As leis eram elaboradas evitando a presença de textos ambíguos e conceitos abertos, que dessem margem ao extravasamento do conteúdo legal no julgamento de casos concretos.

Neste contexto, o juiz converte-se em um mero aplicador mecânico da lei, não podendo atuar nem além, nem aquém dos comandos legislativos. Sua criatividade é tolhida devido ao medo de que uma excessiva liberdade decisória conduzisse a substituição da soberania popular pelo voto do julgador.

Este período histórico, de marcada inspiração liberal, pugna por uma retração estatal, buscando diminuir sua esfera de incidência nos desígnios da vida pública. A finalidade deste movimento seria garantir o resguardo dos direitos civis e políticos, vilipendiados no período absolutista. Todavia, o desenrolar histórico evidenciou que o abstencionismo estatal

não conduzia, necessariamente, a melhora geral das condições de vida. Parcelas da população necessitavam de prestações estatais positivas para viver em condições dignas.

As desigualdades humanitárias geradas pelo *laissez-faire* liberal ficam evidentes, ampliam-se as assimetrias sociais e a exploração humana alcança patamares aterradores. Como já exposto, começam a surgir movimentos, como a organização operária, que buscam insurgir-se contra o estado de opressão e desigualdade gerado pelo advento deste novo modelo econômico. Estes movimentos geram um estado de acirramento social que acaba por trazer insegurança e instabilidade às bases do sistema capitalista.

Este panorama cria o terreno propício para uma alteração no campo de funções destinadas ao Estado. Passa-se do Estado abstencionista para o Estado Social, responsável pela efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais. Seu objetivo era reduzir o acirramento das tensões sociais a partir do comprometimento estatal com a gestão e efetivação dos direitos sociais, marcando uma postura ativa no combate às assimetrias sociais.

Esta nova diretiva estatal reflete-se nos textos constitucionais modernos que se caracterizam por uma extensa previsão de normas programáticas, cuja principal função seria direcionar a atuação estatal em caráter prospectivo, criando uma série de compromissos a serem efetivados pelos Estados na área social⁴². Soares (2011, p. 172-173) enuncia que as diretivas constitucionais devem ser entendidas “em um sentido de linguagem, de ação, de descrição da situação social, com a finalidade de uma orientação futura”.

Dentro desta nova realidade social e constitucional o Poder Executivo ganha relevo dentro da lógica tripartite de gestão dos poderes, uma vez que seria o grande responsável pela gestão e implementação dos conteúdos programáticos estabelecidos na área social, sendo sua função precípua definir, organizar e aplicar as políticas públicas destinadas a concretização dos direitos sociais.

Todavia, o desenrolar dos tempos demonstrou uma premente incapacidade do Poder Executivo em desincumbir-se dos mandamentos constitucionais programáticos. A má gestão dos recursos públicos, o estabelecimento de metas excessivamente pretensiosas pelo

⁴² Barroso (2015, p. 399) destaca que a Constituição Brasileira de 1988 é exemplo marcante deste fenômeno, pois através de um texto extenso e analítico, buscou prever o maior número possível de direitos e garantias fundamentais. Este movimento é compreensível, principalmente pelo fato de tratar-se da primeira Constituição promulgada após um longo período de instabilidade política, marcada pela ditadura militar. Sendo assim, buscou-se refletir a primazia da preservação dos direitos fundamentais no próprio texto constitucional que efetivou pretensiosas promessas na área social.

constituente ou mesmo as insuficiências estruturais e materiais ajudam a explicar a inefetividade de vários direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal.

Neste cenário, começam a multiplicar-se no seio do Judiciário demandas destinadas a satisfazer, em cada caso concreto, as promessas efetivadas pelo texto constitucional. O Judiciário torna-se o canalizador das inefetividades normativas, imbuindo-se do papel de garantidor dos direitos fundamentais. Mancuso (2003) alerta que o Brasil vivencia uma “fúria legislativa”, onde todos os aspectos da vida social são regulados; contudo, essas leis carecem, em sua maioria, de aplicabilidade prática.

Com isso, pautas que antes eram decididas no âmbito do Executivo e do Legislativo passam, progressivamente, a ser transferidas para o Judiciário, tornando-se responsável pela tomada de decisões políticas fundamentais. Este movimento é corriqueiramente denominado de judicialização da política e tem por característica primordial, conforme Verbicaro (2008, p. 391), trazer um “novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado, o que provoca uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política”.

Barroso (2012) relata que este fenômeno é marcado por uma fluidez entre as esferas da política e da justiça. Dentre as causas que justificam seu surgimento pode-se citar a abrangente constitucionalização ocorrida a partir de 1988, onde matérias próprias do processo político acabaram por ganhar guarida constitucional. Sendo assim, as questões disciplinadas constitucionalmente tornam-se potenciais pretensões jurídicas que podem ser formuladas através de ações judiciais.

Aliado ao movimento de judicialização ocorre um progressivo crescimento do ativismo judicial, aqui entendido como a possibilidade de uma participação mais intensa do Judiciário na concretização dos valores constitucionais, podendo desvincular-se das amarras da lei, ampliando sua autonomia em relação aos demais poderes constituídos. Em virtude desta concentração de poderes decisórios Hirschl (2006) denomina esta nova atuação do Judiciário como “juristocracia”.

Segundo Maus (2010, p. 185) o Judiciário assumiu o papel de censor de toda a sociedade e também dos demais poderes, sendo o detentor da última palavra em questões de relevância nacional. Este fenômeno teria sido acompanhado pela eliminação dos espaços jurídicos livres, sendo que nenhum fato social escaparia do raio de atuação da justiça. Este

processo faz emergir um processo de judicialização da vida, onde os mínimos aspectos da existência humana passam a ser tratados através de decisões judiciais.

A este processo de hipertrofia do Judiciário soma-se um movimento de valorização da personalidade dos julgadores. Os juízes passam a ser vistos como portadores de uma moralidade justa e superior, sendo capazes de traduzir as necessidades e anseios populares através do julgamento de casos concretos. Maus (2010, p. 186) adverte sobre os perigos trazidos por este ideário, uma vez que, sendo o juiz alguém considerado superior, suas decisões escapam à crítica social, o que acaba por culminar na “eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso”. Conclui a autora estatuidando que o Judiciário teria ocupado o papel de superego da sociedade, sua atividade seria educar a população através da definição de quais valores e direitos devem ser garantidos e preservados. Neste cotejo, dilemas morais e políticos acabam sendo transferidos das esferas políticas ao Judiciário.

Com isso, as decisões passam a ser fundamentadas não mais com base em um modelo de racionalidade jurídica definido, mas sim perpassam a opinião pessoal dos julgadores sobre a temática, que buscam impor sua própria moralidade à sociedade. Rodríguez (2013) alerta que este fenômeno leva ao empobrecimento da fundamentação das decisões judiciais, tornando inviável a realização do controle social democrático⁴³.

Streck (2011, p. 114) destaca que a superação do modelo de juiz concretizado pelo positivismo primitivo-exegético-sintático, ao qual cabia a mera aplicação mecânica da subsunção do fato a norma, e a ascensão do protagonismo judicial fizeram surgir a figura do juiz solipsista.

Segundo Silva e Serejo (2017, p. 247) o sujeito solipsista é aquele que visualiza o mundo circundante de acordo com suas preferências pessoais, sendo “um esboço do que o ser imagina, quer e decide”. O juiz solipsista seria aquele que ignora a realidade que se apresenta e decide de acordo com sua própria consciência, sem afastar seus pré-juízos, vedando-se ao surgimento de novas possibilidades interpretativas. Este julgador não se coloca como alguém inserido no mundo, mas sim como um indivíduo que está fora e a frente deste mundo, sendo possuidor de uma visão privilegiada.

⁴³ Rodríguez (2013) faz uma interessante reconstrução histórica para justificar o atual modelo decisório das cortes nacionais. Segundo o autor, as relações sociais brasileiras sempre marcaram-se por uma indefinição entre as fronteiras do público e do privado. Sendo assim, muitos aspectos das relações privadas foram transferidos ao espaço público, impedindo sua formação independente. Isto se reflete no notório caráter individualista das decisões e a ausência de um modelo específico de racionalidade jurídica.

Embora os movimentos tendentes à judicialização e ao ativismo sejam mundialmente visualizáveis, no Brasil este processo adquiriu contornos ainda mais densos. Segundo Barbosa e Polewka (2015, p. 313) a Constituição de 1988 transformou o Supremo Tribunal Federal “numa das cortes mais poderosas do mundo em termos institucionais, que funciona, ao mesmo tempo, como Corte constitucional, revisional e penal, a quem cabe decidir as questões mais fundamentais para a sociedade”.

Complementando a discussão, Barroso (2012) salienta que, nos últimos anos, o STF pronunciou-se sobre temas como: políticas governamentais, relações entre os poderes, papel do Ministério Público, direitos fundamentais⁴⁴, dentre outros assuntos. Além disso, a ampla competência para realização do controle de constitucionalidade aumenta seu poder de incidência sobre as decisões dos demais poderes.

Todos estes aspectos contribuem para que se visualize uma linha tênue entre o ativismo e o decisionismo judicial. A perda de valor das leis perante as preferências individuais do julgador, bem como a ausência de um modelo de racionalidade jurídica identificável nas decisões judiciais são fatores que apontam nesta direção e que demandam uma análise detida do modo de atuação das cortes nacionais.

Andrade (2002) propõe que o Judiciário emerge, na contemporaneidade, como um poder emancipatório e cidadão, voltado para defesa e promoção dos direitos e garantias fundamentais. Contudo, quando a lente de análise se volta para atuação judicial no campo penal, marcada pelo encarceramento em massa e pela seletividade, o que se percebe é uma contradição exposta, uma vez que tem contribuído para restrição de direitos e para destruição de perspectivas de vida.

Enquanto a cidadania é dimensão de construção de direitos e necessidades, a justiça penal é dimensão de restrição e violação de direitos e necessidades. Enquanto a cidadania é dimensão de luta pela afirmação da igualdade jurídica e da diferença das subjetividades, a justiça penal é dimensão de reprodução da desigualdade e de desconstrução das subjetividades. Em definitivo, enquanto a cidadania é dimensão de inclusão, a justiça penal é dimensão de exclusão social, são processos contraditórios, então, no sentido de que a construção (instrumental e simbólica) da criminalidade pelo sistema de justiça penal, incidindo seletiva e de modo estigmatizante sobre a pobreza e a exclusão social, preferencialmente a masculina e de cor (veja-se a clientela da prisão nas sociedades capitalista, patriarcais e racistas), reproduz, impondo-se como obstáculo central à construção da respectiva cidadania (ANDRADE, 2002, p. 246-247).

⁴⁴ Exemplificativamente, na última década o STF declarou o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro; equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis; autorizou a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, dentre outras.

A proliferação de conceitos jurídicos indeterminados na legislação pátria também contribui para que as decisões assumam um caráter personalista. Maus (2010, p. 190) aponta que a presença de conceitos abertos – como são os conceitos de garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica – na legislação é um sintoma do movimento de expansão do Poder Judiciário e contribui para a ampliação da liberdade decisória do julgador, uma vez que o preenchimento do sentido da expressão deverá ser realizado no caso concreto. Sendo assim, uma única expressão pode assumir diferentes significados a depender do caso analisado e das concepções individuais do magistrado.

Deste modo, a manutenção de conceitos abertos no cerne da prisão cautelar abre margem para que o solipsismo se manifeste, uma vez que noções, como a chamada “garantia de ordem pública”, podem assumir diferentes feições a depender das inclinações individuais dos encarregados pela tomada da decisão judicial. Tudo isto, mais uma vez, abre possibilidade para utilização ampliada do instituto, subvertendo a excepcionalidade da prisão provisória.

5 AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: FUNDAMENTOS, PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO E EXPERIÊNCIAS COMPARADAS.

5.1 O processo de implementação das audiências de custódia no Brasil

Feitas as reflexões sobre as prisões provisórias e os problemas pertinentes a sua aplicação na seara processual penal pátria versar-se-á sobre o processo de implementação das audiências de custódia no Brasil e também no Estado do Maranhão, um instrumento eminentemente garantista, voltado para consagração dos direitos e garantias fundamentais do acusado, sendo um dos objetivos principais de sua operacionalização proporcionar a racionalização do uso das prisões cautelares.

A audiência de custódia possui sua origem no bojo dos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, sendo um instrumento construído dentro dos grandes espaços de discussão internacional sedimentados, sobretudo, após a ocorrência das duas grandes guerras mundiais, que assumiram a função primordial de garantir a proteção de um grupo básico de direitos, com tendência a serem universalmente reconhecidos, considerados essenciais para que o ser humano possa construir sua vida em condições dignas, protegendo-o de eventuais abusos por parte do poderio estatal ou de terceiros.

Os direitos humanos possuem a função precípua de garantir a todos a possibilidade de uma participação ativa na vida social, consagrando, com isso, o princípio da dignidade da pessoa humana. Entende-se por dignidade uma qualidade intrínseca de todo o ser humano que o faz merecedor de respeito por parte da coletividade e do Estado, envolvendo, nos dizeres de Sarlet (2011, p. 113), um complexo de “direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”.

Sendo assim, o próprio conceito de Direitos Humanos está intimamente ligado à noção de que os seres humanos necessitam de certas garantias para que possam se desenvolver plenamente e conviver dignamente em sociedade, sendo essencial que existam mecanismos jurídicos aptos a propiciar a plena inserção em condições de igualdade para esses sujeitos.

Seguindo esse movimento global os mais diversos países passaram a incorporar as disposições relativas aos Direitos Humanos aos seus ordenamentos jurídicos internos, sob a denominação de direitos fundamentais⁴⁵, sendo que na maioria das legislações modernas esta gama de direitos possui papel central na organização do próprio Estado.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 60, §4º, IV, seguiu esta tendência, conferindo posição de centralidade aos direitos fundamentais dentro da organização jurídica brasileira ao defini-los como cláusulas pétreas, sendo insuscetíveis de supressão por meio da atuação estatal. Considerando que todos os ramos da ciência jurídica devem ser interpretados e aplicados à luz dos princípios e regras constitucionais, não restam dúvidas que as diretrizes de um direito processual penal constitucional perpassam, necessariamente, o respeito aos direitos e garantias fundamentais elencados tanto na Constituição Federal como também nos tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro.

É justamente neste momento histórico de afirmação dos Direitos Humanos que surgem as audiências de custódia. Sua previsão encontra-se tanto na Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, fruto dos trabalhos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como também no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, confeccionado no âmbito do Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos.

Tais tratados internacionais já foram ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro desde o ano de 1992, através dos Decretos nº 592 e 678 do mesmo ano. O artigo 7º, item 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁶, bem como o artigo 9º, item 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁴⁷, determinam que toda pessoa presa seja conduzida, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, para que se exerça

⁴⁵ Parte-se do entendimento consolidado de que direitos humanos e direitos fundamentais referem-se ao núcleo básico de direitos que devem ser garantidos para todo e qualquer ser humano, todavia se diferenciam em relação ao âmbito protetivo no qual constituídos. Enquanto os direitos fundamentais são aqueles positivados na esfera do direito constitucional de um país, os direitos humanos guardam relação com o direito internacional, sendo posições jurídicas que aspiram validade universal. Neste sentido, Sarlet (2012) e Mazzuoli (2014).

⁴⁶ Artigo 7º – Direito a liberdade pessoal (...) – 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo que prossiga o processo (BRASIL, 1992a).

⁴⁷ Artigo 9º (...) – 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, a presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas não deverá constituir regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão a audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença (BRASIL, 1992b).

imediatamente o controle de legalidade, bem como a avaliação da necessidade de perpetuação do ato privativo de liberdade.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1 o Supremo Tribunal Federal reconheceu que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito pátrio pelo procedimento previsto antes do advento do art. 5º, § 3º da Constituição Federal, apesar de não serem equiparados a emendas constitucionais, desfrutam do patamar de supralegalidade no âmbito da hierarquia normativa nacional (BRASIL, 2008). Deste modo, estão situados hierarquicamente abaixo das normas constitucionais, mas acima das demais espécies normativas infraconstitucionais.

Apesar do consolidado entendimento do Supremo Tribunal Federal as normas que determinavam a implementação das audiências de custódia em território nacional não eram aplicadas no cotidiano das instituições do sistema de justiça. Neste caso, privilegiava-se a aplicação do artigo 306, § 1º do Código de Processo Penal (norma infraconstitucional) que considerava suficiente o envio ao magistrado dos documentos pertinentes à prisão em flagrante, dispensando o contato pessoal com o investigado, medida esta que acabava por inviabilizar o cumprimento dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Esta foi a práxis predominante nos juízos e tribunais nacionais até o ano de 2015 quando, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro ante à massiva violação de direitos fundamentais dos presos (BRASIL, 2015b).

No bojo deste julgado o Ministro Marco Aurélio Mello determinou, liminarmente, que, em até 90 dias, os juízes e tribunais deveriam dar aplicabilidade aos artigos 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados da data da prisão (BRASIL, 2015b).

Esta medida seria essencial para combater as consequências da chamada “cultura do encarceramento” no âmbito das prisões provisórias, pois a excessiva utilização deste instituto cautelar decorreria de “possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabendo ao Tribunal exercer a função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro” (BRASIL, 2015b, p. 13).

Destacou ainda que as prisões provisórias acabaram tendo seu significado subvertido por meio da atuação judicial, pois, ao invés de serem mecanismos excepcionais e de finalidade acautelatória, acabaram por se tornar regra na atuação das instituições de justiça, levando a uma banalização do instituto e contribuindo significativamente para o problema da superlotação carcerária (BRASIL, 2015b).

Neste caso, a audiência de custódia seria um instrumento destinado a dar voz ao preso, ou seja, garantir que sua palavra fosse ouvida pelo magistrado para que, assim, pudesse formar seu convencimento acerca da legalidade do ato construtivo e da necessidade de sua permanência. É cabível lembrar que a anterior praxis, disciplinada pelo Art. 306, § 1º do Código de Processo Penal, dispensava a oitiva pessoal do custodiado, sendo que a decisão judicial seria tomada exclusivamente com base no auto de prisão em flagrante, documento formulado exclusivamente pela autoridade policial. Com isso, as audiências de custódia auxiliariam a romper a fronteira do papel no âmbito do encarceramento provisório, o que poderia contribuir para uma maior racionalização no uso deste instituto.

Teixeira (2019, p. 139) relata que as audiências de custódia foram implementadas com vários objetivos, dentre eles: adequar a prática brasileira aos tratados internacionais dos quais o país é signatário, diminuição da população carcerária, controle da violência policial, legalidade da prisão, dentre outros. Como já ressaltado, o presente trabalho focaliza em um destes objetivos que consiste na eficácia das audiências de custódia como mecanismo de redução dos índices de encarceramento provisório.

Com a finalidade de conferir aplicabilidade à citada decisão do Supremo Tribunal Federal, foi editada em 15 de dezembro de 2015, a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Esta normativa buscou disciplinar e uniformizar as diretrizes básicas das audiências de custódia a serem adotadas por todos os juízos e tribunais nacionais. Apenas neste momento, ou seja, vinte e três anos após a incorporação legal do instituto, é que pode se dizer que as audiências de custódia passaram a ser executadas em território nacional.

Logo em seu dispositivo inaugural a supracitada resolução preconiza que “toda pessoa presa em flagrante delito, independente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, a autoridade judicial competente” e completa, em seu § 1º que o “encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput” (BRASIL, 2015a).

Todavia, a edição da Resolução nº 213 do CNJ é o culminar de um processo tortuoso e repleto de tentativas frustradas de implementação do instituto. A primeira ocasião em que um instrumento similar às audiências de custódia foi alvo de debate legislativo ocorreu no Senado Federal, através do Projeto de Lei nº 156 de 2009, cujo tema principal versava sobre a incorporação do juiz de garantias. Em sua redação original previa-se a apresentação facultativa do preso, diferentemente daquilo pleiteado pelas audiências de custódia. Contudo, no mesmo ano foram propostas as emendas 170 e 171, pelo então Senador José Sarney, que transformariam a apresentação do preso em obrigação, aproximando-se dos objetivos da audiência de custódia. Entretanto, as emendas foram rejeitadas sob a justificativa de que a apresentação ao delegado de polícia tornava desnecessária a posterior audiência com o magistrado.

Em 2011 foi proposto o Projeto de Lei nº 554, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, este sim propondo a incorporação das audiências de custódia nos moldes delimitados pelos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos. O referido projeto também almejava uniformizar as diretrizes para aplicação das audiências de custódia em todo o país a partir da alteração do Art. 306, § 1º do Código de Processo Penal, sendo que a nova redação determinaria a apresentação do preso a autoridade judicial no prazo máximo de 24 horas. Contudo, o projeto tem avançado lentamente, tendo passado vários anos no Senado Federal e sido remetido em dezembro de 2016, após aprovação em plenário, à Câmara de Deputados onde permanece até hoje, transitando entre diversas comissões, sem grandes perspectivas de votação ou aprovação.

Durante este período outros projetos surgiram na tentativa de regulamentar as audiências de custódia. Em 2014 foi sugerido, agora pela Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 7.871/2014 cuja redação era similar ao traçado pelo Projeto de Lei nº 554/2011. Devido a similitude não houve grande notoriedade, tendo sido apensado a outras propostas similares. No ano de 2015, foi apresentado o Projeto de Lei nº 470, de intuito marcadamente conservador, que visava transformar a audiência de custódia em instituto facultativo e buscava estender o conceito de autoridade⁴⁸ ao delegado de polícia para que este também pudesse realizar o

⁴⁸ Como o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos determinam que a audiência de custódia pode ser realizada pelo “juiz ou outra autoridade habilitada” muito se tem discutido sobre a viabilidade da realização do procedimento pelo Delegado de Polícia. Contudo, a maioria da doutrina pontua sobre a inviabilidade da realização do procedimento por esta figura, uma vez que não encontra-se investido para o exercício de funções judiciais. Além disto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, apesar de não se posicionar especificamente sobre o Delegado de Polícia, pontua que a autoridade citada na Convenção deve ser investida do atributo da independência. Neste sentido, a figura do Delegado restaria prejudicada, uma vez que sua independência em relação ao Poder Executivo não encontra-se expressamente reconhecida (TEIXEIRA, 2019, p.

procedimento. Como justificativa destacava-se as insuficiências estruturais do Judiciário, que não seria capaz de atender toda a demanda existente, além disto considerava viável a realização de audiências de custódia por videoconferência.

É válido destacar que a implementação das audiências de custódia sempre foi alvo de acalorado debate institucional. Várias instituições, convidadas a se manifestar acerca do Projeto de Lei nº 554/2011, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, se mostraram contrárias à implementação do instituto, pautadas em argumentos variados que vão desde a ausência de condições humanas e estruturais para sua realização, bem como a justificativa de que sua implantação levaria à paralisia das polícias, uma vez que uma das funções do instituto seria averiguar a prática de maus tratos ou tortura no ato de apreensão, o que daria ao investigado a possibilidade de mentir, criminalizando a atuação policial⁴⁹.

Prova deste movimento consiste na propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP, em 20 de agosto de 2015, pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). A ação questionava o provimento conjunto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Corregedoria de Justiça do mesmo estado que regulamentava a realização de audiências de custódia naquela localidade. Segundo a ADEPOL tal medida apenas poderia ser regulamentada através de lei federal. O STF reconheceu a constitucionalidade do provimento, uma vez que tratava apenas de disciplinar normas já vigentes no direito pátrio desde 1992, não havendo qualquer inovação ao ordenamento jurídico.

Como visto, o processo de implementação das audiências de custódia no Brasil sempre envolveu polêmicos debates e enfrentou diversas resistências. Também é cabível destacar que sua completa efetivação ainda está em ocorrência, uma vez que, como visto, o instituto ainda não encontra-se regulamentado em lei, sendo pacificado através de Resolução do CNJ. Como forma de sintetizar as disposições contidas neste tópico far-se-á agora uma breve linha do tempo sobre os principais acontecimentos tangentes a implementação das audiências de custódia no Brasil.

1) Em 1992, o Brasil ratifica o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica),

101-102). Contudo, a discussão hoje resta pacificada em virtude da Resolução nº 213 do CNJ que determinou a realização do procedimento pelo juiz de direito.

⁴⁹ A Defensoria Pública foi a única instituição que manifestou-se favorável ao PLS 554/2011, contando com posições contrárias por parte Associação dos Delegados de Polícia Federal (ADPF), da Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (FENADEPOL), do Ministério Público do Estado de São Paulo e da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE).

cujo Art. 9º, item 3 e o Art. 7º, item 5, respectivamente, determinam a obrigatoriedade de apresentação imediata da pessoa presa ao juiz ou outra autoridade competente;

2) Em 2009, é proposto no Senado Federal o Projeto de Lei nº 156 cujas emendas 170 e 171, posteriormente rejeitadas, pela primeira vez tornaram as audiências de custódia alvo de debate legislativo;

3) Em 2011, é proposto no Senado Federal o Projeto de Lei nº 554 que visava implementar as audiências de custódia adequando a práxis nacional aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Contudo, até hoje o projeto encontra-se em tramitação, tendo sido alvo de forte resistência por parte de determinados setores do Congresso Nacional;

4) Em 2014 foi rejeitado o Projeto de Lei nº 7871/14 que também visava regulamentar as audiências de custódia;

5) Em abril de 2014, como reação a crise do sistema carcerário no Complexo de Pedrinhas, o Estado do Maranhão regulamenta de forma pioneira a realização de audiências de custódia no Estado, sendo esta uma medida tomada em virtude da intervenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos;

6) Em junho de 2014, a Defensoria Pública da União ingressa com Ação Civil Pública visando a implementação das audiências de custódia em todo o país;

7) Em janeiro de 2015, o Tribunal de Justiça de São Paulo edita o Provimento nº 03 do mesmo ano, visando disciplinar a realização de audiências de custódia no estado;

8) Em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça dá início ao Projeto Audiências de Custódia, buscando implementar a iniciativa nos tribunais da federação;

9) Em fevereiro de 2015, a ADEPOL ingressa com Ação Direta de Inconstitucionalidade em desfavor do Provimento nº 3 do CNJ, tendo, posteriormente, sido julgada improcedente;

10) Em maio de 2015, o PSOL ingressa com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 objetivando a intervenção do Supremo Tribunal Federal no sistema carcerário brasileiro. Uma das medidas cautelares pleiteadas na ação seria a imediata implementação das audiências de custódia no Brasil no prazo de 90 dias;

11) O Supremo Tribunal Federal reconhece o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e determina a imediata implementação da audiência de custódia

em todo o território nacional. Em dezembro de 2015 é editada a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça que regulamenta até os dias atuais o procedimento a ser realizado por todos os Estados da federação.

5.2 Audiências de custódia no direito comparado

Conforme destacado, a apresentação imediata do preso a uma autoridade judicial é direito sedimentado em tratados internacionais de grande envergadura. Por isso, ao longo dos tempos, diversos países preocuparam-se em integrar ao seu ordenamento jurídico figuras similares à audiência de custódia⁵⁰. Neste tópico serão apresentadas brevemente algumas experiências europeias e latinas, uma vez que a práxis destes países pode contribuir na avaliação do processo de implementação das audiências de custódia em território brasileiro.

É interessante notar que muitos países, apesar de possuírem tradições jurídicas distintas, se preocuparam em delinear em seus ordenamentos jurídicos o tratamento a ser dispensado à pessoa privada de liberdade, sendo que em algumas experiências a obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ganhou guarida constitucional, denotando a relevância dada ao tema.

No continente europeu, Portugal e Espanha previram em seus textos constitucionais a obrigatoriedade de apresentação da pessoa presa à autoridade judicial. O Artigo 17 da Constituição Espanhola de 1978 não apenas estabelece a excepcionalidade das medidas privativas de liberdade como estatui que a prisão preventiva não poderá ultrapassar o tempo estritamente necessário para realização das averiguações tendentes ao esclarecimento dos fatos sendo que, em todo caso, o indivíduo deverá ser apresentado a autoridade judicial no prazo máximo de setenta e duas horas ou posto imediatamente em liberdade.

Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previsto en la ley.
2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

⁵⁰ A nomenclatura audiências de custódia é criada no Brasil e apenas aqui é utilizada. No direito comparado é mais frequente a referência a este procedimento como “audiência de apresentação”.

Já o Artigo 28 da Constituição Portuguesa de 1976 estabelece que toda detenção deve ser submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, à apreciação judicial, para que o juiz restitua a liberdade ou determine a imposição de outra medida adequada, seja ela prisional ou não. Neste ato o juiz deve comunicar ao preso as causas que determinaram a restrição de sua liberdade, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa. No mesmo artigo é ressaltada a excepcionalidade da prisão preventiva, devendo ser aplicada apenas em último caso e sujeita aos prazos máximos previstos em lei.

Costa (2019, p. 70) destaca que a Alemanha, apesar de não trazer previsão expressa em sua Constituição, disciplinou instituto similar no Art. 255 do seu Código de Processo Penal ao prever a necessidade de apresentação da pessoa presa ao juiz até o dia seguinte à sua prisão. A Suécia também previu em seu Código de Processo Judiciário a obrigatoriedade de apresentação do indiciado à autoridade judicial no prazo máximo de setenta e duas horas.

Reino Unido e França, apesar de terem previsto a necessidade de apresentação imediata da pessoa presa, não estabeleceram de forma nítida um prazo máximo para realização deste procedimento. No Reino Unido sua previsão encontra-se no Ato de Direitos Humanos, editado em 1998 com o intuito de dar cumprimento à Convenção Europeia de Direitos Humanos e faz referência a necessidade de rápida apresentação da pessoa presa ao juiz ou outra autoridade competente.

Já a experiência francesa, apesar de uma extensa preocupação principiológica com a garantia da liberdade, não previu em seu texto constitucional um prazo para apresentação da pessoa detida. Contudo, o Código Penal Francês estabelece que a polícia tem o direito de manter uma pessoa custodiada pelo prazo máximo de 24 horas, podendo, em situações excepcionais estendê-lo até 48 horas desde que autorizado por promotor. Em casos que envolvam suspeita de terrorismo este prazo poderia se estender até 96 ou 120 horas. A interpretação deste dispositivo faz presumir que, após ultrapassados estes prazos, a pessoa detida deverá ser apresentada a uma autoridade judicial para o controle de legalidade do ato, bem como de avaliação da necessidade da perpetuação da privação de liberdade.

No que tange às experiências latino-americanas, mais próximas à realidade brasileira, este instituto é tratado sob a nomenclatura de audiências de controle de detenção e incorporado também com base em tratados internacionais de Direitos Humanos, em especial o Pacto de San José da Costa Rica.

É válido ressaltar que em diversos países latino-americanos a questão envolvendo a implementação das audiências de custódia foi tratada de forma conjunta a consagração do juiz de garantias⁵¹. A concretização deste mecanismo visa diversificar as figuras decisórias garantindo que exista um magistrado voltado exclusivamente para apreciação dos atos pertinentes a fase investigatória e outro que se dedique apenas a fase processual. Neste sistema caberia ao juiz de garantias realizar a audiência de custódia, deliberar sobre a necessidade de decretação da prisão preventiva ou temporária, bem como sobre a produção de provas, podendo determinar a realização de interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário, fiscal, dentre outras medidas pertinentes.

Segundo Teixeira (2019, p. 73) o objetivo da implantação do juiz de garantias seria evitar a formação prévia do convencimento do julgador, uma vez que a condução das etapas investigativas poderia influenciar o magistrado a decidir desfavoravelmente em relação ao réu, caso seja ele também o responsável pela tomada da decisão final. Ao fim, seria uma medida propícia para concretizar o sistema acusatório, evitando a confusão entre a figura julgadora e a acusatória.

Assim como na Europa, alguns países americanos deram guarida constitucional ao instituto das audiências de custódia, como é o caso da Guatemala (Art. 6º), do Haiti (Art. 26) e da Nicarágua (Art. 33, 2). Na América do Sul, é válido destacar a experiência do Chile, cujo processo de implementação das audiências de custódia foi gradual, envolvendo antes uma ampla reforma processual penal destinada a adotar o sistema acusatório no país, eliminando resquícios inquisitivos e autoritários de sua legislação.

Segundo Teixeira (2019, p. 79) as audiências de custódia no Chile foram primeiro implementadas em pequenas cidades interioranas para depois avançar até as capitais. O objetivo principal era tentar aperfeiçoar o instituto, eliminando os erros e replicando os acertos. Este movimento é contrário àquele efetivado no Brasil, onde as audiências de custódia foram primeiro efetivadas nas capitais e avançam, ainda lentamente, às regiões interioranas.

Outra experiência a ser destacada é aquela desenvolvida no Equador, país que possui um elevado índice de encarceramento provisório, sendo que, conforme apresenta

⁵¹ Contudo, é válido destacar que, na experiência brasileira, tais discussões não ocorreram de forma atrelada. As audiências de custódia foram implementadas no ano de 2015, sem nenhuma referência a consagração do juiz de garantias. Apenas através da Lei 13.964 de dezembro de 2019 é que a figura do juiz de garantias foi incorporada à realidade jurídica nacional, sendo um tema ainda alvo de acalorados debates acadêmicos e institucionais.

Teixeira (2019, p. 82), aproximadamente 63% das pessoas detidas em flagrante tem sua prisão preventiva decretada. Nesta localidade a implementação das audiências de controle de detenção ocorreu através da inserção desta figura no Código de Processo Penal. Contudo, não atingiu grandes êxitos na redução do encarceramento provisório, o que demonstra que a inclusão de um instituto garantista no cerne de uma legislação autoritária e permeada de práticas judiciais encarceradoras acaba sendo infrutífera.

Na Argentina as audiências de controle de detenção nunca foram adotadas integralmente, sendo que apenas algumas províncias, através de regulações independentes, adotam esta prática.

Por fim, na Colômbia este procedimento foi adotado sob a denominação de audiência de legalização da captura, sendo atrelada ao reconhecimento do juiz de garantias, previsto na Lei 906 de 2004 que também reconheceu o sistema acusatório como modelo a ser adotado. Contudo, Teixeira (2009, p. 86) aponta que este país disciplinou tal procedimento de forma distinta, uma vez que possibilitou a confissão do crime neste momento, sendo o custodiado beneficiado com possível redução da pena até a metade.

Em síntese, é possível perceber que todas as experiências enunciadas preocuparam-se em disciplinar as audiências de custódia através de suas Constituições ou de acréscimos aos seus Códigos Processuais Penais, diferentemente da realidade brasileira que, ainda hoje, encontra o procedimento das audiências de custódia regulamentado através de Resolução do CNJ.

Ainda, é válido ressaltar que as experiências mais exitosas na implementação do instituto vieram antes acompanhadas de uma reforma na legislação penal e processual penal dos países, sobretudo preocupada em efetivar o sistema acusatório e rechaçar resquícios autoritários de sua legislação. Este movimento não foi encampado pelo Brasil, uma vez que, como foi anteriormente destacado, a incorporação das audiências de custódia convive com uma série de dispositivos constituídos em períodos autoritários, sobretudo no que tange à disciplina da prisão preventiva. Prova disto reside no fato de que o Brasil nunca adotou expressamente o sistema acusatório, sendo que ainda hoje discute-se a tipologia do sistema processual penal pátrio, sendo que muitos advogam a tese de que se trata de um sistema misto, tendo em vista a existência de diversos dispositivos típicos de sistemas inquisitivos.

5.3 A implantação das audiências de custódia no estado do Maranhão

O processo de implantação das audiências de custódia no estado do Maranhão apresenta interessantes peculiaridades quando comparado ao ocorrido em outros estados da federação. Inicialmente, é necessário destacar que o Maranhão foi pioneiro na implementação das audiências de custódia, tendo este processo ocorrido no ano de 2014, ou seja, antes do julgamento da ADPF 347/15 e, conseqüentemente, da edição da Resolução nº 213 do CNJ, que determinaram a obrigatoriedade da realização do procedimento em todos os estados.

Contudo, o pioneirismo não decorre de um maior avanço do estado do Maranhão na implementação de direitos e garantias fundamentais dos presos, mas sim, pelo contrário, é fruto de um período de intensa pressão internacional sofrida pelo estado em virtude das inúmeras violações de direitos humanos ocorridas nos presídios maranhenses.

Desde o ano de 2010 o Complexo Penitenciário de Pedrinhas, localizado em São Luís/MA, foi alvo de sucessivas chacinas e rebeliões, tendo se tornado manchete nacional e internacionalmente, em virtude do flagrante desrespeito aos direitos humanos dos apenados. Em dezembro de 2013 ocorreu a mais violenta rebelião local, com a morte de aproximadamente 60 presos, com cenas envolvendo vultuoso requinte de crueldade (decapitações, esquartejamentos).

Em virtude do aterrador cenário, a Sociedade Maranhense de Direitos Humanos (SMDH) em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Maranhão (OAB/MA) peticionaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos denunciando as violações de direitos humanos empreendidas pelo Estado brasileiro na gestão do Complexo Penitenciário de Pedrinhas e solicitando a adoção de medidas cautelares destinadas a remediar a situação de barbárie vigente. Ainda no ano de 2013 a Comissão Interamericana reconheceu a gravidade da situação e elencou uma série de medidas cautelares que deveriam ser cumpridas pelo Estado brasileiro para preservação dos tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais é signatário.

Contudo, as determinações não foram suficientes para reduzir a violência no sistema prisional maranhense, tanto que, no ano de 2014, as mortes no Complexo Penitenciário de Pedrinhas persistiram e atingiam, principalmente, os presos provisórios. Isto ocorria, em especial, pelo gradual domínio do sistema prisional pelas facções criminosas, sendo que os

presos provisórios, ao ingressarem no presídio, eram alocados em pavilhões dominados por facções rivais e, por isso, acabavam sendo alvo de violentas torturas e, posteriormente, mortos.

Em virtude da insuficiência das medidas cautelares a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, alertada pelos peticionários, provocou a Corte Interamericana de Direitos Humanos que, no próprio ano de 2014, reconheceu a gravidade da situação e determinou a conversão das medidas cautelares em medidas provisórias. Dentre as negociações com o Estado brasileiro uma das principais pautas consistiu na readequação do tratamento dispensado aos presos provisórios, sendo neste cenário que as audiências de custódia pela primeira vez tornaram-se pauta para a realidade maranhense, uma vez que sua implementação poderia gerar maior racionalização no uso da prisão cautelar.

Este panorama culminou com a edição do Provimento nº 14/2014 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Maranhão que, pela primeira vez, previu a obrigatoriedade e regulamentou a realização das audiências de custódia no estado. Este Provimento instituiu a Central de Inquéritos como órgão responsável para realização de tal procedimento para os flagrantes oriundos da cidade de São Luís/MA.

Após a edição da Resolução nº 213/2015 do CNJ houve a edição do Provimento nº 11/2016, também da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Maranhão, que substituiu o anterior Provimento nº 14/2014, e passou a disciplinar a realização de audiências de custódia no Estado do Maranhão, agora com o procedimento atualizado em relação às recomendações emitidas nacionalmente.

Tal normativa previu em seu Art. 3º a obrigatoriedade de implementação da audiência de custódia em todos os municípios maranhenses, sendo que, nas comarcas que possuíam mais de 100.000 habitantes a implantação deveria ser imediata e as audiências de custódia realizadas até 48 horas após a comunicação da prisão em flagrante. Nas comarcas com população inferior a 100.000 habitantes a implantação deveria ser gradual, considerando as peculiaridades de cada município.

No que tange a cidade de São Luís o Provimento nº 11/2016 manteve, em seu Art. 3º, § 1º a competência da Central de Inquéritos para a “realização das audiências de custódia referentes aos autos de prisão em flagrante lavrados no Termo Judiciário de São Luís, no prazo de 48 horas, nos dias úteis durante o expediente forense”. Já nos demais termos judiciários da Comarca da Ilha de São Luís (cidades de São José de Ribamar, Raposa e Paço do Lumiar) as

audiências de custódia deveriam ser realizadas pelos juízes dos respectivos termos, também no prazo de 48 horas.

Atualmente, a Central de Inquéritos é a instituição competente para realização das audiências de custódia oriundas das prisões em flagrante ocorridas na cidade de São Luís/MA, sendo órgão integrante da justiça estadual e, por isso, não atuando em relação ao flagrante de crimes que envolvam a jurisdição federal, uma vez que a realização das audiências de custódia, nestes casos, é de competência da Justiça Federal.

No momento de realização da presente pesquisa a Central de Inquéritos funciona no Fórum Desembargador Sarney Costa, na cidade de São Luís/MA, tendo a sua disposição duas salas de audiência⁵². Atuam vinculados ao órgão três juízes, todos substitutos, uma vez que a Central de Inquéritos ainda não dispõe de juiz titular, o que contribui para rotatividade das figuras decisórias no órgão, um Defensor Público e um Promotor de Justiça, além de 21 funcionários com os seguintes cargos: 1 Secretária Judicial, 2 Técnicos Judiciários, 1 Secretário de Administração, 4 Auxiliares Judiciários, 1 Oficial de Gabinete, 1 Assistente de Informação, 3 Assessores de Juízes e 8 Técnicos Administrativos⁵³.

⁵² Durante a realização da pesquisa a Central de Inquéritos encontrava-se em mudança para uma nova sede, no bairro Outeiro da Cruz, onde faria parte da Central Integrada de Inquéritos e Custódia da Comarca da Ilha de São Luís. Este espaço congregaria todos os serviços essenciais destinados ao atendimento do flagranteado. Sendo assim, contaria com núcleos da Defensoria Pública, Ministério Público, Judiciário, equipe multidisciplinar, entre outros. Sua principal vantagem seria a promoção de economia de recursos, evitando o traslado do preso entre diversos espaços.

⁵³ As informações quanto ao quadro de funcionários vinculados à Central de Inquéritos foram levantadas ao tempo da coleta de dados, ou seja, entre o segundo semestre de 2019 e o início do ano de 2020. Por isso, é possível que, contemporaneamente, tenha havido alterações nesses quantitativos.

6 APRESENTAÇÃO E DISCUSSÃO DOS DADOS

6.1 Percurso metodológico

Neste tópico buscar-se-á delinear a proposta metodológica que foi utilizada para investigar o objeto de estudo em questão. Para atingir tal finalidade serão descritos os métodos e técnicas empregados para o cumprimento dos objetivos delineados nesta pesquisa científica.

Inicialmente, é válido destacar que se trata de uma pesquisa quali-quantitativa, do tipo avaliativa. Já o método de abordagem foi o indutivo. No caso, busca-se avaliar a inter-relação entre a (in)eficácia das audiências de custódia como mecanismo de redução do encarceramento provisório e o modo de atuação e aplicação deste instituto por parte da Central de Inquéritos de São Luís/MA.

Ressalte-se ainda que a presente pesquisa visa proporcionar a produção de conhecimentos a serem aplicados de forma prática, auxiliando na compreensão do modo de funcionamento das instituições do sistema de justiça ludovicense, podendo fomentar reflexões e reformas que tenham em vista seu aprimoramento.

O estudo foi realizado no município de São Luís, Maranhão, para o qual há estimativa populacional de 1.082.935 habitantes para o ano de 2016 e área territorial de 834.785 km² (IBGE, 2010). Já a pesquisa, ocorreu na Central de Inquéritos do termo judiciário de São Luís, localizada no Fórum Desembargador Sarney Costa.

Para investigação do objeto proposto fez-se indispensável a realização da pesquisa de campo, uma vez que, segundo Gustín e Dias (2002, p. 100-102), possui como característica primordial o detalhamento, oferecendo dados meticulosos sobre as organizações analisadas. Além disto, o trabalho em campo proporciona uma familiarização do pesquisador com o objeto estudado, sendo este contato essencial para investigação de objetos afetos ao campo da pesquisa em ciências sociais.

Quanto ao método de procedimento foi efetivado um estudo de caso sobre a Central de Inquéritos de São Luís/MA, órgão judicial competente para realização das audiências de custódia neste município, proporcionando uma análise concreta sobre a eficácia das audiências de custódia como ferramenta apta a reduzir o encarceramento provisório nesta localidade.

Yin (2010, p. 39) define o estudo de caso como “uma pesquisa empírica que investiga um fenômeno contemporâneo em seu contexto natural, em situações em que as fronteiras entre o contexto e o fenômeno não são claramente evidentes, utilizando múltiplas fontes de evidência”. Já Gustín e Dias (2002, p. 103) tratam o estudo de caso como técnica adequada para descrição detalhada de grupos, instituições ou programas sociais, empregando a utilização de dados quantitativos e qualitativos. O caso é uma unidade específica, bem delimitada, cujo estudo se justifica por sua singularidade, podendo sua análise possibilitar a compreensão de questões mais amplas.

Fonseca (2019, p. 49) relata que o estudo de caso é uma técnica de pesquisa que nasceu na área médica e psicológica. Contudo, tem sido progressivamente incorporada ao campo da pesquisa em ciências sociais. Ela consiste, primordialmente, em lançar um olhar atento sobre um fato especial para captá-lo em todos os seus detalhes e especificidades, podendo levar ao conhecimento aprofundado da realidade no qual está inserido. Sua viabilização se dá através do emprego de múltiplas técnicas de pesquisa, podendo envolver a realização de entrevistas abertas ou fechadas; recolhimento de dados, observação sistemática, dentre outras.

Acredita-se que a técnica do estudo de caso seja apta para consecução dos objetivos ora propostos, uma vez que a avaliação da atuação da Central de Inquéritos proporcionará um panorama completo sobre a aplicação das audiências de custódia e o uso das prisões provisórias na seara local, uma vez que esta instituição é responsável pela realização da totalidade das audiências de custódia pertinentes à cidade de São Luís/MA.

Quanto aos procedimentos utilizados para viabilizar a consecução do estudo de caso proposto, optou-se pela utilização das seguintes técnicas: a pesquisa bibliográfica, a análise de decisões judiciais exaradas pela Central de Inquéritos e a análise de documentos e relatórios oficiais pertinentes a atuação da Central de Inquéritos. Segundo Mezzaroba e Monteiro (2014) os procedimentos de pesquisa são técnicas essenciais para proporcionar a operacionalização da proposta metodológica formulada. Dito isto, passar-se-á a descrição de cada uma das técnicas que foram utilizadas.

6.1.1 Pesquisa bibliográfica

Para que fosse possível uma aproximação inicial com o objeto de estudo proposto foi necessária uma revisão bibliográfica e documental buscando informações já existentes sobre a temática na literatura científica e nas legislações brasileiras relativas aos direitos humanos, direito penal, processual penal, bem como especificamente sobre encarceramento provisório e audiência de custódia. Neste sentido, a consulta em documentos (portarias, editais, publicações no diário oficial, projetos de implantação etc.), livros, folhetos, relatórios, dissertações e jurisprudências, dentre outros materiais de apoio, muito contribuiu para construir uma visão mais ampla sobre o processo de implementação das audiências de custódia no termo judiciário de São Luís/MA.

Para Polit, Beck e Hungler (2004), uma revisão de pesquisa deve proporcionar aos leitores um resumo objetivo e minucioso do conhecimento atual sobre um tópico. A revisão deve apontar tanto as consistências quanto as contradições na literatura e oferecer possíveis explicações para as inconsistências. Severino (2007) ainda aponta que a pesquisa bibliográfica se realiza a partir do registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros, artigos, dissertações e teses.

O uso de documentos em pesquisa deve ser apreciado e valorizado, uma vez que a riqueza de informações que se pode extrair e resgatar dos documentos possibilita a ampliação do entendimento sobre objetos cuja compreensão necessita de contextualização histórica e sociocultural.

Toda a pesquisa bibliográfica tem como principal função servir de pano de fundo para a compreensão do material apreendido. Sendo assim, a imersão inicial na teoria já construída acerca da temática tem por intuito subsidiar o pesquisador na análise dos dados colhidos através da pesquisa de campo, proporcionando uma articulação entre a teoria e a realidade que se manifesta.

A revisão bibliográfica realizada também foi fundamental para construção do arcabouço teórico que serviu de fundamento para a análise e discussão dos dados colhidos em campo. No caso do presente trabalho, optou-se, como já exposto nos capítulos anteriores, pelo aporte teórico da criminologia crítica que em muito contribuiu para compreensão e interpretação dos dados oriundos da pesquisa de campo.

6.1.2 Análise documental

Neste campo, a pesquisa centrou-se em duas frentes de análise. Em um primeiro momento foram organizados e compilados dados oficiais acerca da situação do encarceramento provisório na seara estadual e municipal, bem como aqueles referentes à atuação da Central de Inquéritos desde a implementação das audiências de custódia. Em um segundo momento foram analisadas decisões judiciais exaradas pela Central de Inquéritos em audiências de custódia. Neste caso, diferencia-se da pesquisa bibliográfica por trabalhar com materiais que ainda não receberam um tratamento analítico apropriado.

Esta técnica possibilitou a obtenção de dados quantitativos relacionados ao objeto em análise. Contudo, apesar da análise resultar, essencialmente, na compilação de dados, que serão apresentados na forma de gráficos e tabelas, entende-se que a interpretação deste material não se reduz apenas a questões matemáticas, exigindo um enfoque reflexivo e analítico, daí também exurgindo seu caráter qualitativo.

Quanto à organização e compilação de dados oficiais buscou-se, primeiramente, traçar um panorama sobre a situação do encarceramento provisório no Estado do Maranhão e, em especial, no município de São Luís, abarcando um período anterior e posterior a implementação da audiência de custódia para que, assim, fosse possível avaliar os impactos da inserção deste instituto nos índices de aprisionamento provisório locais. Neste caso, as principais fontes de consulta foram os relatórios anuais publicados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) entre os anos de 2014 a 2019 e, complementarmente, os relatórios produzidos pela Unidade de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (UMF), órgão atrelado ao Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, referentes aos anos de 2017 a 2019.

Também foram compilados dados oficiais acerca da atuação da própria Central de Inquéritos, sendo que a fonte principal utilizada foram os relatórios elaborados mensalmente pela Unidade de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (UMF) com a finalidade de acompanhar a aplicação das audiências de custódia na cidade de São Luís/MA. Neste caso, foi possível a organização de dados referentes ao lapso temporal entre 2014 (momento de criação da instituição bem como da implementação das audiências de custódia no Maranhão) até o ano de 2019 a partir dos quais foram aferidas relevantes informações como número de audiências realizadas e quantidade de prisões e solturas decretadas em audiência de custódia, dentre outras.

Quanto à análise de decisões judiciais proferidas pela Central de Inquéritos em audiências de custódia, ponto central da presente pesquisa, foi definido que o universo da pesquisa englobaria as decisões judiciais tomadas em audiências de custódia entre os meses de fevereiro a agosto de 2019, totalizando sete meses de análise.

A reunião do material empírico para análise foi tarefa árdua, exigindo o redimensionamento da metodologia inicialmente planejada. Em primeiro lugar, foram realizados contatos com a secretaria da Central de Inquéritos pleiteando o fornecimento das atas de audiência de custódia do citado período. Contudo, o material fornecido estava incompleto, sendo que havia uma nítida defasagem entre o número total de audiências realizadas no período e o quantitativo de decisões fornecidas⁵⁴.

Em face desta informação foi solicitado ao órgão a listagem nominal de todos os indivíduos submetidos à audiência de custódia no citado período. Em posse dos nomes foram realizadas pesquisas na plataforma virtual de consulta processual do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, o sistema Jurisconsult, onde foi possível ampliar o corpus da pesquisa. Contudo, muitas decisões não foram localizadas, pois na consulta processual, apesar de haver a menção à realização da audiência de custódia, não constava o texto decisório.

No mesmo período, a Sociedade Maranhense de Direitos Humanos (SMDH), organização não governamental que atua com a temática do encarceramento em massa no Maranhão, realizou uma pesquisa sobre audiências de custódia, na qual haviam sido reunidas decisões judiciais exaradas durante todo o ano de 2019, incluindo aquelas oriundas da Central de Inquéritos. Em posse desta informação foi solicitado o compartilhamento do material, pedido este que foi prontamente atendido e franqueado o acesso às decisões judiciais, sendo selecionadas as decisões pertinentes ao lapso temporal da presente pesquisa.

Em suma, foram obtidas decisões judiciais através de três fontes: da própria Central de Inquéritos, através de pesquisas ao sistema Jurisconsult e aquelas fornecidas pela SMDH.

Ao fim, foram reunidas 279 decisões judiciais de audiências de custódia exaradas pela Central de Inquéritos envolvendo 387 pessoas. Isto ocorre, pois algumas decisões judiciais envolviam mais de uma pessoa, em especial aquelas referentes aos crimes supostamente praticados em concurso. Contudo, apesar da decisão ser una, seus fundamentos eram distintos

⁵⁴ A Central de Inquéritos não possuía, ao tempo da pesquisa, juízes titulares em sua estrutura, sendo que sua composição era rotativa, marcada pela diversificação das figuras decisórias. Além disto, muitas decisões são tomadas nos plantões judiciários, por magistrados não vinculados ao órgão. Todos estes fatores dificultam a organização e catalogação das decisões judiciais.

em relação a cada um dos envolvidos. Sendo assim, a decisão final e os fundamentos invocados para motivá-la eram diversos. Por isso, para consecução dos objetivos da presente pesquisa, optou-se por realizar a análise em relação a cada indivíduo, como se a cada um correspondesse uma decisão distinta, ainda que as decisões estivessem contidas num mesmo documento.

Impende ressaltar que, segundo os relatórios fornecidos pela UMF (2019), foram realizadas pela Central de Inquéritos, no período de fevereiro a agosto de 2019, audiências de custódia referentes a 964 pessoas. A presente pesquisa analisou as decisões judiciais pertinentes a 387 destes sujeitos, perfazendo aproximadamente 40% do universo total, sendo esta considerada uma amostra representativa e capaz de fornecer conclusões sobre a realidade estudada.

Ressalte-se mais uma vez que o grupo amostral de decisões analisadas foi selecionado de forma aleatória, a partir do critério de disponibilidade. O objetivo inicial da pesquisa era a análise de todas as decisões tomadas no citado período. Entretanto, as dificuldades já evidenciadas impossibilitaram o acesso ao universo total. Todas as decisões obtidas e que se encontravam dentro do marco temporal definido foram analisadas não havendo descartes em virtude de outros fatores.

Em posse do material empírico foi selecionado, aleatoriamente, um grupo de 40 decisões judiciais que seriam previamente analisadas. O objetivo desta etapa foi familiarizar o pesquisador com o modo de organização das decisões judiciais proferidas em audiências de custódia, bem como identificar quais informações poderiam ser extraídas de tal documento.

A partir desta leitura foi possível constituir um instrumental (Apêndice A), contendo 10 campos de informações, que deveriam ser preenchidos a partir da análise de cada decisão. Isto foi possível, pois as decisões obedeciam a um padrão organizatório, ainda quando exaradas por juízes distintos, possuindo informações similares.

Após a análise de cada decisão eram extraídas as seguintes informações, conforme consta no instrumental apensado: número do processo, data da audiência de custódia, nome do custodiado, sexo, raça/cor, idade, tipo penal, decisão final – se ocorreu o relaxamento da prisão em flagrante, decretação da prisão preventiva, concessão de liberdade provisória com medidas cautelares ou concessão de liberdade provisória sem medidas cautelares – e os principais fundamentos fáticos, normativos e jurisprudenciais que justificaram a decisão final. Caso a decisão final fosse a decretação da prisão preventiva também foi verificado qual – ou quais – dos fundamentos do art. 312 do CPP (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica,

conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal) havia(m) sido invocado(s) pelo julgador.

É válido ressaltar que as informações socioeconômicas dos custodiados (sexo, idade e raça/cor) não constavam no corpo da decisão judicial. Contudo, a SMDH forneceu acesso às fichas do Sistema de Inteligência e Informação do Sistema Prisional (SIISP) que havia reunido para realização de sua pesquisa, sendo que através destas foi possível o levantamento dos citados dados.

Posteriormente, todas as decisões foram analisadas tendo como ponto de orientação o instrumental ora constituído. Após a finalização da etapa de análise foi organizado um banco de dados congregando as informações oriundas de todos os processos pertinentes ao presente estudo, cujos dados foram posteriormente quantificados, catalogados e serão apresentados nas seções seguintes.

Nos tópicos seguintes serão expostos os dados obtidos através da pesquisa de campo. Primeiramente, serão apresentados os dados organizados através de consultas aos relatórios oficiais, a partir dos quais se buscou apresentar um panorama do encarceramento provisório no Maranhão nos últimos anos, bem como informações sobre a atuação da Central de Inquéritos, englobando o período entre sua instituição, ocorrida em 2014, até o final do ano de 2019. Posteriormente, serão apresentadas as informações obtidas após a análise das decisões judiciais proferidas pela Central de Inquéritos de São Luís/MA.

6.2 Encarceramento provisório no Maranhão e a atuação da Central de Inquéritos entre 2014 a 2019

Antes de apresentar os dados pertinentes a atuação da Central de Inquéritos de São Luís/MA é importante que se trace o panorama do encarceramento provisório no Estado do Maranhão e também na cidade de São Luís, uma vez que, como já ressaltado, a presente pesquisa objetiva avaliar a eficácia das audiências de custódia como mecanismo de redução do encarceramento provisório na seara municipal.

Segundo dados do INFOPEN (2019), organizados pelo Ministério da Justiça, a população carcerária maranhense tem estado em constante expansão, seguindo um movimento similar àquele apresentado nacionalmente. No ano de 2008 o Maranhão possuía 4.615

encarcerados (número que engloba tanto os presos provisórios como os condenados); posteriormente, ano após ano – salvo por uma redução ocorrida entre os anos de 2011 e 2012 – o Estado tem experimentado sucessivas ampliações em sua população carcerária, sendo que, no ano de 2019 o Maranhão atingiu seu maior quantitativo geral, contabilizando 12.387 pessoas presas. Isto implica que, entre o período de 2008 a 2019, o Maranhão expandiu em 268,4% seu contingente carcerário.

Tabela 1 – Presos no Estado do Maranhão entre 2008 e 2019

Ano	Total de Presos (Provisórios e condenados)	Condenados	Presos provisórios	Presos Provisórios (%)
2008	4.615	2.768	1.847	40%
2009	5.222	3.152	2.070	39,6%
2010	5.517	3.764	1.753	31,7%
2011	6.703	5.064	1.639	24,4%
2012	5.417	3.081	2.336	43,1%
2013	6.499	3.661	2.838	43,3%
2014	6.703	3.759	2.944	43,9%
2015	7.892	4.249	3.643	46,1%
2016	8.189	4.382	3.807	46,5%
2017	9.627	5.211	4.416	45,1%
2018	11.398	6.353	5.045	44,3%
2019	12.387	7.954	4.433	35,8%

Fonte: Dados organizados pelo pesquisador através de consulta ao INFOPEN⁵⁵.

O dado que reflete o movimento de expansão carcerária maranhense diz respeito a população prisional por grupo de 100.000 habitantes que, segundo dados da Unidade de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (UMF, 2019), era de 88,19 pessoas presas a cada 100.000 habitantes no ano de 2010 e, no ano de 2019, este número é elevado para 174,16 pessoas presas a cada grupo de 100.000 habitantes. Este dado evidencia que a população carcerária tem aumentado em ritmo superior ao crescimento populacional geral deixando cristalino o movimento de expansionismo carcerário no Estado.

⁵⁵ Os relatórios formulados pelo INFOPEN podem ser consultados através do sítio eletrônico: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/MA>.

Em relação ao perfil do encarcerado maranhense o INFOPEN (2019) destaca que são, majoritariamente, pessoas jovens (52,5%), com idade entre 18 e 29 anos, negras ou pardas (81,1%), com baixo grau de escolaridade (66,7%) – ensino fundamental completo, ensino fundamental incompleto, alfabetizado sem cursos regulares ou analfabeto – e presos em virtude do cometimento de crimes contra o patrimônio (67,2%). O perfil típico do preso maranhense evidencia as constatações anteriormente traçadas sobre a clientela preferencial do sistema de justiça penal que, em geral, apresenta maior rigorosidade com os delitos provenientes das parcelas menos abastadas da sociedade.

No que pertine ao número de presos provisórios percebe-se que os números acompanham a linha de crescimento da população carcerária em geral. Em 2008 o Maranhão contava com 1.847 presos provisórios, sendo que este número tem aumentado gradativamente, salvo com leves reduções nos anos de 2010, 2011 e 2019, tendo atingido seu ápice em 2018, quando o Estado contabilizou 5.045 pessoas presas sem condenação.

Também é possível destacar que o percentual de presos provisórios no Estado do Maranhão tem transitado, em média, entre 40 a 45% do total de encarcerados. Este número é um pouco superior à média nacional que, segundo o próprio INFOPEN (2016, 2019), tem se apresentado entre 32 a 35% dos presos brasileiros.

Embora entre os anos de 2018 e 2019 tenha se verificado uma significativa redução do percentual de presos provisórios (de 44,3% para 35,8%) ainda não é possível decretar uma tendência absoluta de decréscimo, uma vez que trata-se de um ano isolado, podendo esse quantitativo ter sofrido a interferência de fatores estranhos ainda não identificados. É válido evidenciar que redução também significativa ocorreu entre os anos de 2010 e 2011 (de 31,7% para 24,4%). Todavia, nos anos seguintes voltou-se a verificar uma progressiva expansão do número de presos provisórios.

Buscando dar maior fidedignidade aos dados apresentados buscou-se diversificar as fontes oficiais investigadas. Por isto, também foram levantados os quantitativos sobre a população carcerária maranhense apresentados pela UMF, órgão criado através da Lei nº 9.551 de 2012 no âmbito do Tribunal de Justiça do Maranhão, visando monitorar e fiscalizar o cumprimento da legislação vigente em relação à população carcerária maranhense.

A UMF iniciou seus levantamentos periódicos em relação ao quantitativo de presos no Maranhão a partir do ano de 2017, sendo possível constatar uma considerável discrepância, principalmente nos anos de 2017 e 2018, em relação aos dados apresentados pelo Estado do

Maranhão para formulação do INFOPEN. Apenas no ano de 2019 os números apresentados foram similares, entretanto, ainda não idênticos. Veja-se:

Tabela 2 – Presos no Estado do Maranhão entre 2017 a 2019.

Ano	Total de Presos (Provisórios e condenados)	Condenados	Presos Provisórios	Presos Provisórios (%)
2017	13.590	9.173	4.417	32,5%
2018	14.471	9.854	4.617	31,3%
2019	12.322	7.915	4.407	35,7%

Fonte: Dados organizados pelo pesquisador através de consulta aos relatórios da UMF⁵⁶.

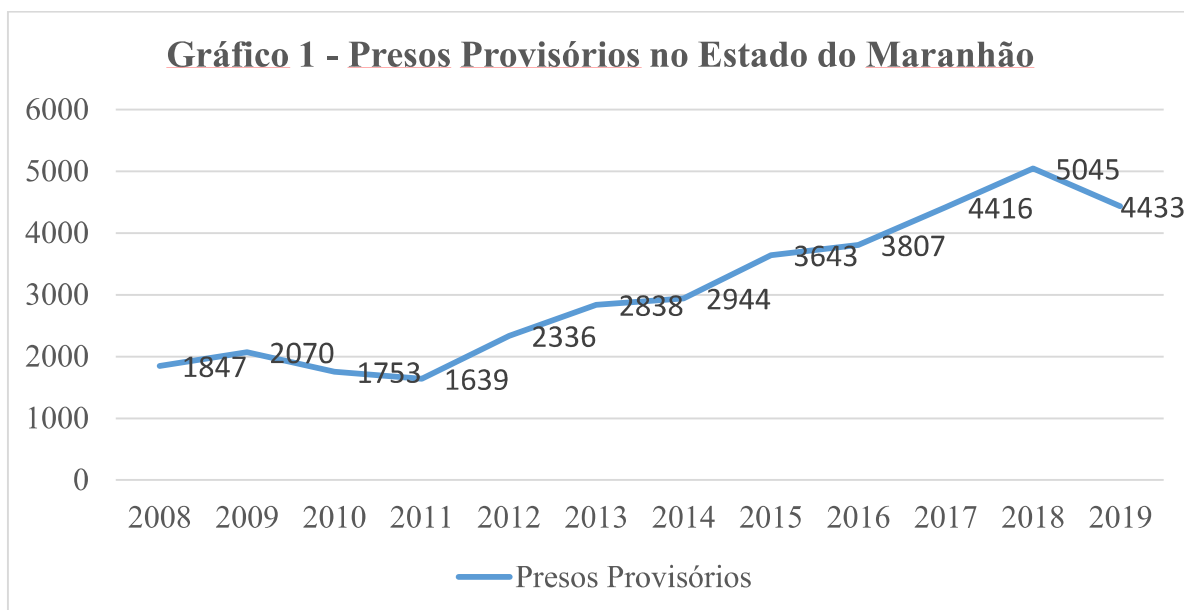
Diferentemente daquilo que aponta o INFOPEN, a UMF destaca que o percentual de presos provisórios sofreu acréscimo entre os anos de 2018 e 2019, embora não estivesse transitando acima dos 40% entre os anos anteriores, conforme aponta o levantamento do Ministério da Justiça.

A disparidade entre as fontes oficiais⁵⁷ dificulta a realização de um diagnóstico preciso acerca do encarceramento provisório no Estado do Maranhão. Contudo, ainda assim é possível evidenciar a seriedade da questão no âmbito local, uma vez que ambos os relatórios apresentam números elevados no que diz respeito ao número de presos sem condenação.

Outro ponto relevante a se destacar refere-se ao interregno temporal entre os anos de 2014 e 2019, uma vez que foi neste período que as audiências de custódia foram implementadas perante a realidade maranhense, tendo como um dos principais objetivos, como já ressaltado, reduzir o encarceramento provisório. O que se percebe é que, após o ano de 2014, o número de presos provisórios prosseguiu em expansão, mantendo a tendência dos anos anteriores, salvo pelo já mencionado decréscimo ocorrido em 2019. Deste modo, a análise puramente quantitativa aponta que as audiências de custódia não alteraram de forma significativa o cenário de encarceramento provisório no Maranhão, uma vez que não houve ampliação, nem tampouco redução das tendências já visualizadas nos anos anteriores.

⁵⁶ Os relatórios elaborados pela UMF podem ser consultados através do seguinte sítio eletrônico: <http://site.tjma.jus.br/umf/noticia/sessao/2192/publicacao/415088>.

⁵⁷ O INFOPEN limita-se a destacar que os dados apresentados são atualizados pelos gestores estaduais sem, contudo, especificar quem são estas figuras. Já os relatórios da UMF são confeccionados através da consulta aos sistemas SIISP (Sistema de Inteligência, Informação e Segurança Prisional), SIGO (Sistema Integrado de Gestão Operacional – Segurança Pública) e a SEAP (Secretaria de Estado de Administração Penitenciária).



Fonte: Dados organizados pelo pesquisador a partir dos relatórios do INFOPEN.

Também é relevante traçar a distribuição geográfica da população carcerária maranhense, sendo possível verificar que existe uma distribuição equitativa de presos entre a capital do Estado e as demais cidades interioranas. Segundo os dados de dezembro de 2019 da UMF, São Luís conta com 5.740 presos, sendo que destes 4.164 (72,6%) são condenados e 1.576 (27,4%) são provisórios. Já as regiões do interior do Estado congregam 6.226 pessoas presas, com 3.395 condenados (54,6%) e 2.831 presos provisórios (45,4%).

Tabela 3 – Distribuição da população carcerária maranhense entre capital e interior do estado em dezembro de 2019.

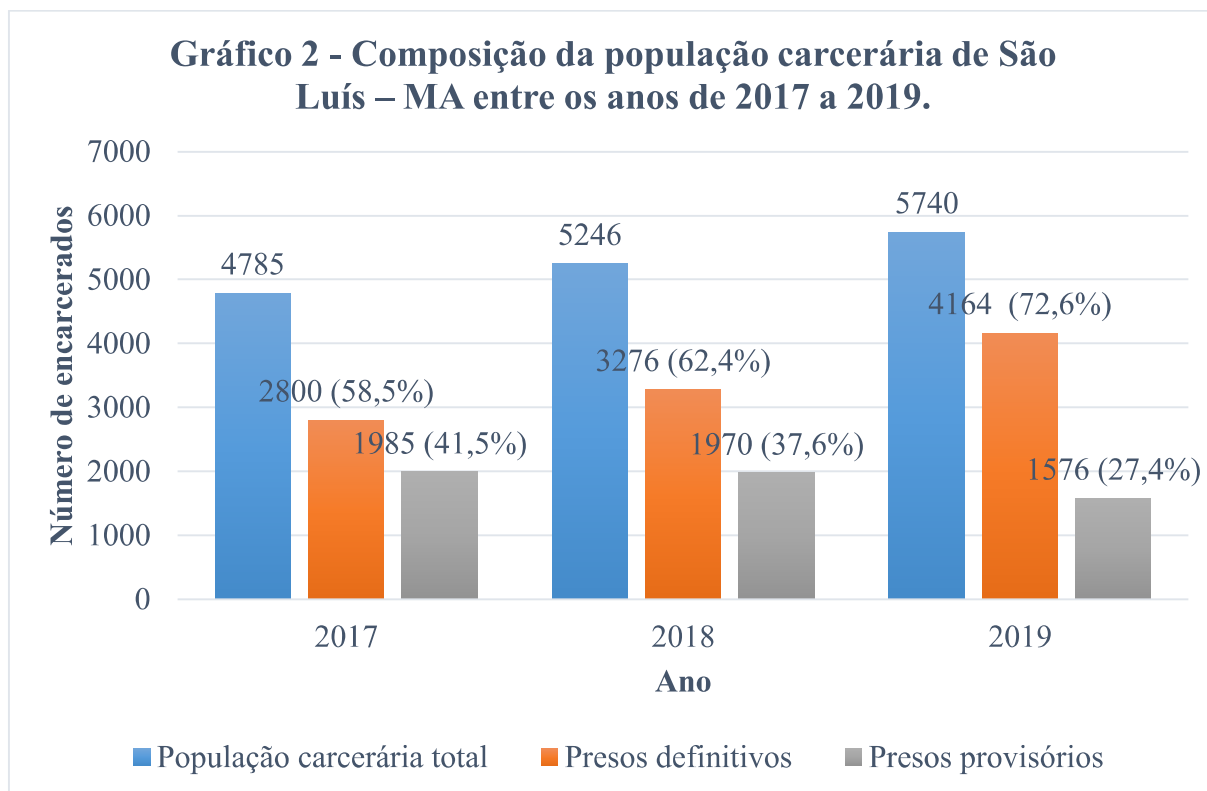
Local	Total de Presos (Provisórios e condenados)	Condenados (em %)	Presos Provisórios (em %)
São Luís	5.740	4.164 (72,6%)	1.576 (27,4%)
Interior	6.226	3.395 (54,6%)	2.831 (45,4%)

Fonte: Dados organizados pelo pesquisador através de consulta aos relatórios da UMF.

Como a presente pesquisa centra seu foco na situação do encarceramento provisório no município de São Luís/MA é interessante notar o quadro evolutivo no sistema prisional ludovicense desde o ano de 2017⁵⁸. Tem-se percebido, nos últimos dois anos, uma tendência de estabilização do número de presos provisórios acompanhada de um acréscimo no número de condenados. Evidência maior deste fenômeno se apresenta através da redução do percentual de

⁵⁸ Não foi possível levantar informações de anos anteriores, uma vez que os relatórios da UMF apenas começaram a ser confeccionados no ano de 2017.

presos provisórios na capital do Estado. Enquanto em 2017 a cidade de São Luís possuía em seu sistema prisional 2.800 condenados (58,5%) e 1.985 (41,5%) presos provisórios, em 2019 o número de condenados cresce para 4.164 (72,5%) e o de provisórios decai para 1.576 (27,5%).



Fonte: Dados organizados pelo pesquisador através de consulta aos relatórios da UMF.

Estes números apontam uma tendência positiva do sistema de justiça ludovicense, uma vez que a maioria dos novos ingressantes no cárcere são presos definitivos, demonstrando uma estabilização e, até mesmo, uma tendência de queda no número de presos provisórios. Contudo, existem dificuldades em associar este movimento de retração do encarceramento provisório à implantação das audiências de custódia, uma vez que uma análise estatística da atuação da Central de Inquéritos de São Luís/MA, responsável pela realização da totalidade das audiências de custódia na capital, evidencia que as prisões provisórias ainda seguem sendo muito utilizadas pelo sistema de justiça local.

Desde sua implantação, no final do ano de 2014, até dezembro de 2019, a Central de Inquéritos de São Luís/MA realizou 8.127 audiências de custódia, sendo que em 3.167 (39%) oportunidades foi concedida a liberdade provisória ao flagranteado, com ou sem a imposição de medidas cautelares alternativas, enquanto em 4.960 (61%) ocasiões foi decretada a prisão provisória do custodiado.

Tabela 4 – Audiências de custódia realizadas pela Central de Inquiridos de São Luís/MA entre 2014 e 2019

Ano	Total de audiências	Liberdades provisórias (%)	Prisões provisórias (%)
2014 ⁵⁹	92	49 (53,3%)	43 (46,7%)
2015	1.154	589 (51%)	565 (49%)
2016	1.522	702 (46,1%)	820 (54%)
2017	2.082	784 (37,7%)	1298 (62,3%)
2018	1.577	497 (31,5%)	1.080 (68,5%)
2019	1.700	546 (32,1%)	1.154 (67,9%)
TOTAL	8.127	3.167 (39%)	4.960 (61%)

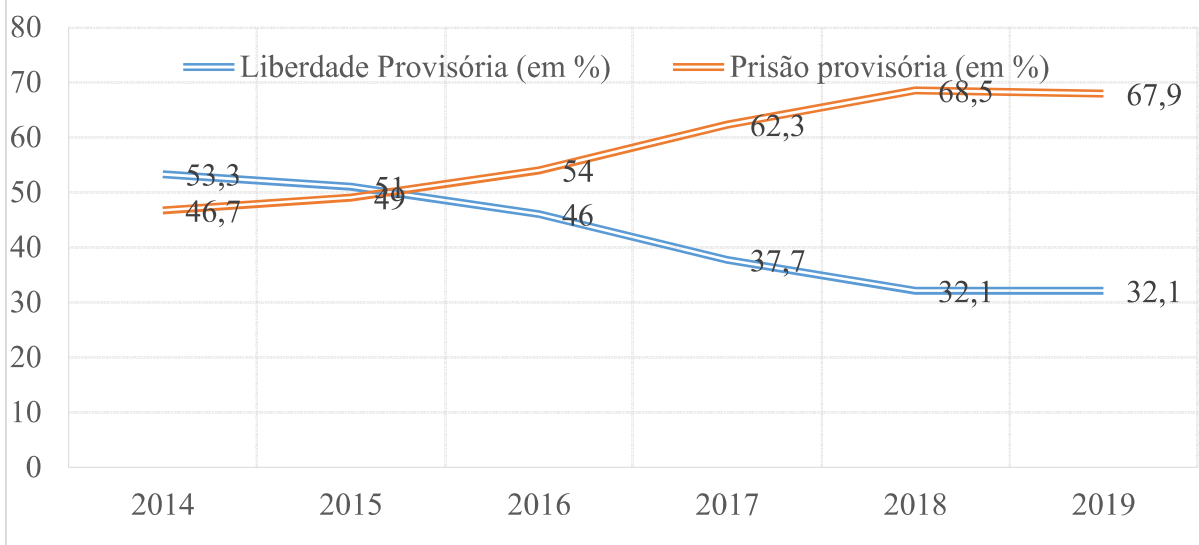
Fonte: Dados organizados pelo pesquisador através de consulta aos relatórios da UMF.

Todavia, uma análise mais apurada dos números acima apresentados traz à tona outra intrigante questão, pois percebe-se que, desde o ano de implantação do instituto, o percentual de prisões decretadas em audiências de custódia tem sido acrescido ano após ano. Nos anos de 2014 e 2015 a maioria das audiências de custódia se encerrava com a concessão da liberdade provisória ao investigado. Todavia, a partir do ano de 2016 a situação se inverte e a decretação da prisão passa a ser a decisão judicial adotada na maior parte dos casos. Se em 2014 a restrição da liberdade era decretada em 46,7% dos casos em 2019 este número sobe para 67,9%.

Tais números revelam um preocupante cenário. Se as audiências de custódia foram criadas tendo como um dos seus objetivos reduzir o encarceramento provisório, combatendo a chamada “cultura do encarceramento”, tal quadro demonstra que a Central de Inquiridos tem atuado em sentido oposto, haja vista que, desde a implementação do instituto, o número de decretos privativos de liberdade tem aumentado ano após ano.

⁵⁹ O baixo número de audiências de custódia realizadas no ano de 2014 se deve ao fato de que a implantação do instituto ocorreu no mês de dezembro.

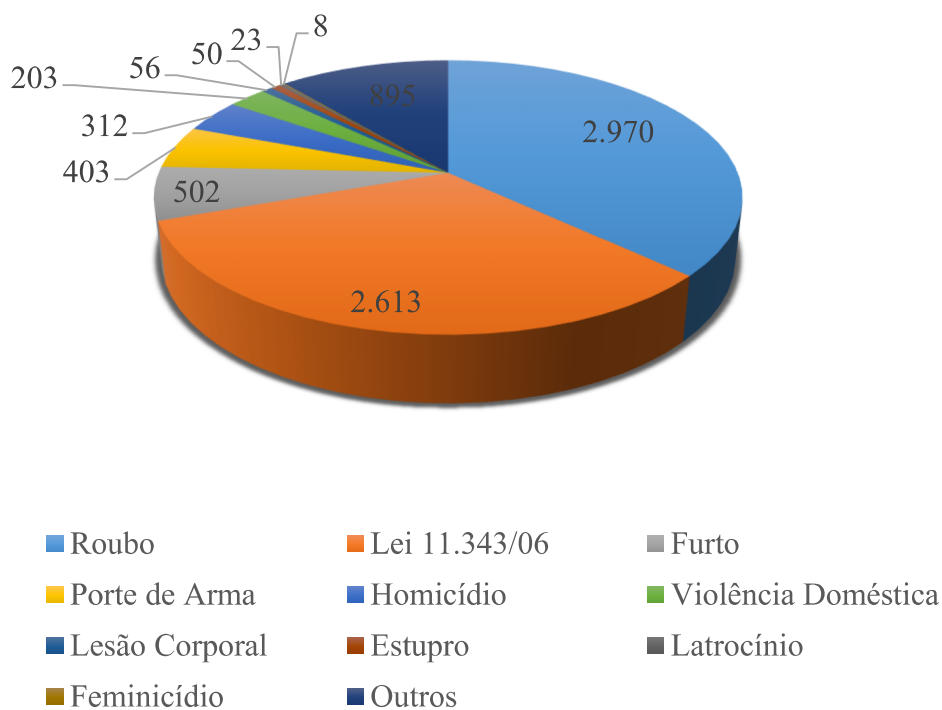
**GRÁFICO 3 - AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA
REALIZADAS PELA CENTRAL DE INQUÉRITOS DE
SÃO LUÍS – MA ENTRE 2014 A 2019**



Fonte: Dados organizados pelo pesquisador através de consulta aos relatórios da UMF.

Neste período a Central de Inquéritos realizou audiências de custódia referentes ao total de 8.035 fatos delitivos, sendo que a maioria dos flagrantes apresentados refere-se ao crime de roubo (37%) ou então a figuras tipificadas na Lei 11.343/06 (32,5%), relacionados ao tráfico de entorpecentes. Veja-se:

Gráfico 4 - Crimes em audiência de custódia



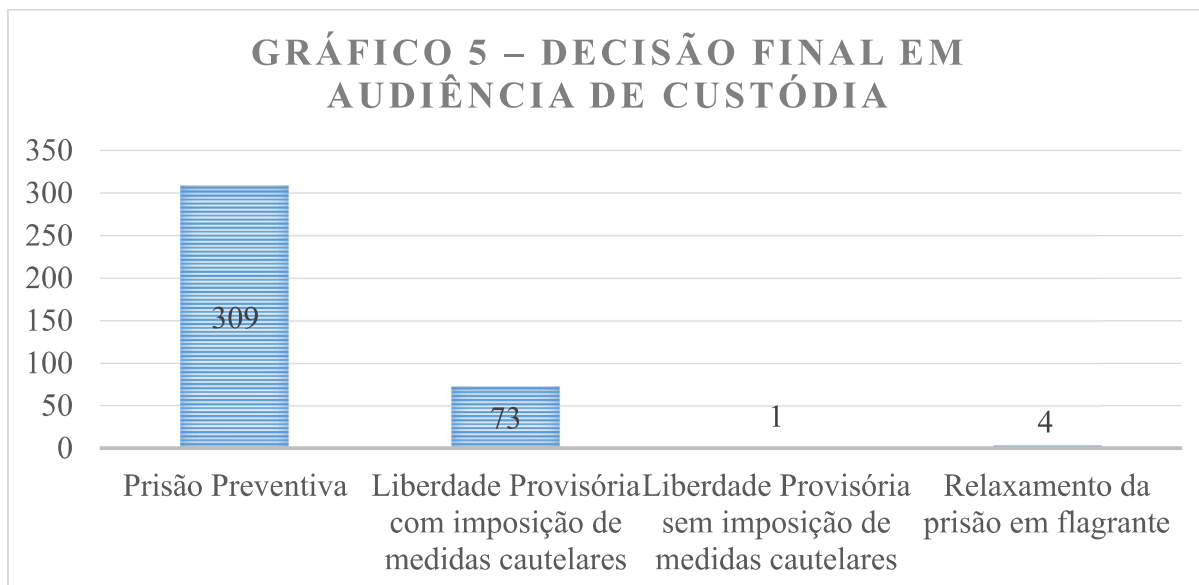
Fonte: Dados organizados pelo pesquisador através de consulta aos relatórios da UMF.

À guisa de conclusão do presente tópico é possível constatar que, embora a cidade de São Luís/MA vivencie um cenário de decréscimo do encarceramento provisório não é possível definir que este movimento decorra de uma maior racionalização no uso da prisão cautelar proveniente da implantação das audiências de custódia, pois, como visto, os índices de prisões provisórias seguem uma tendência de crescimento desde o ano de 2014. Com isto, é possível que a diminuição percentual do número de presos sem condenação ocorra em virtude do aumento do número de condenados no Estado, fato este que pode ser originado por uma maior preocupação das varas criminais em garantir a celeridade no julgamento das demandas ou ainda por outras causas não previstas, mas que fogem ao objeto do presente estudo.

6.3 Decisões judiciais exaradas em audiência de custódia pela Central de Inquéritos de São Luís/MA

Este tópico centrará atenção na apresentação e discussão dos dados obtidos através da análise das decisões judiciais proferidas em audiência de custódia pela Central de Inquéritos de São Luís/MA. Seu objetivo primordial consiste em apresentar o perfil das pessoas submetidas a audiências de custódia, bem como quais são os principais fundamentos utilizados pelos julgadores para decretar a prisão ou mesmo para conceder a liberdade provisória.

Dos 387 indivíduos conduzidos para audiência de custódia cujas decisões foram analisadas pela presente pesquisa 309 deles tiveram a prisão preventiva decretada; para 73 foi concedida a liberdade provisória com a imposição de medidas cautelares alternativas; em apenas um caso houve concessão de liberdade provisória sem imposição de cautelares; e em quatro oportunidades foi relaxada a prisão em flagrante.



Fonte: Dados organizados pelo pesquisador.

Como forma de otimizar a exposição dos resultados optou-se por dividi-la em dois grupos. Primeiramente, serão apresentadas as informações obtidas em relação às pessoas cuja decisão final foi de decretação da prisão provisória. Posteriormente, será feito o mesmo procedimento em relação aquelas que obtiveram liberdade provisória ou que tiveram a prisão em flagrante relaxada. Em cada tópico se exporá: o perfil das pessoas presas e daquelas soltas (idade, sexo, raça/cor), tipo penal e também os principais fundamentos utilizados pelos julgadores para decretação da prisão, bem como para concessão da liberdade provisória.

6.3.1 Apresentação e discussão dos decretos prisionais exarados em audiência de custódia

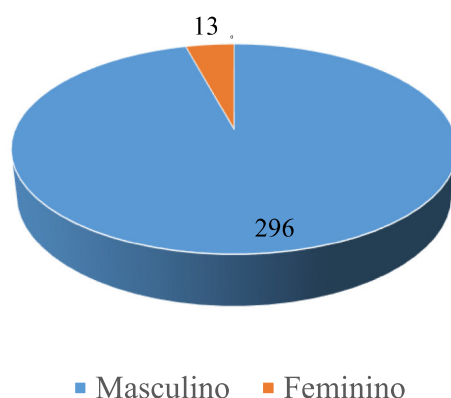
6.3.1.1 Perfil das pessoas encarceradas em audiência de custódia

O perfil dos 309 indivíduos encarcerados em audiência de custódia não difere significativamente daquele apresentado no tópico anterior, pertinente ao preso maranhense. São, em sua maioria, homens, jovens, negros ou pardos e que foram presos em flagrante pela suposta prática de delitos patrimoniais ou relacionados ao tráfico de drogas.

Em relação ao sexo⁶⁰, 296 dos indivíduos que tiveram a prisão preventiva decretada são do sexo masculino, enquanto apenas 13 do sexo feminino.

⁶⁰ As classificações aqui utilizadas como “sexo” e “raça/cor” apenas reproduziram aquelas empregadas pelo SIISP, sistema de informações da polícia de onde foram extraídos os dados. Neste caso, entendeu-se que a alteração das

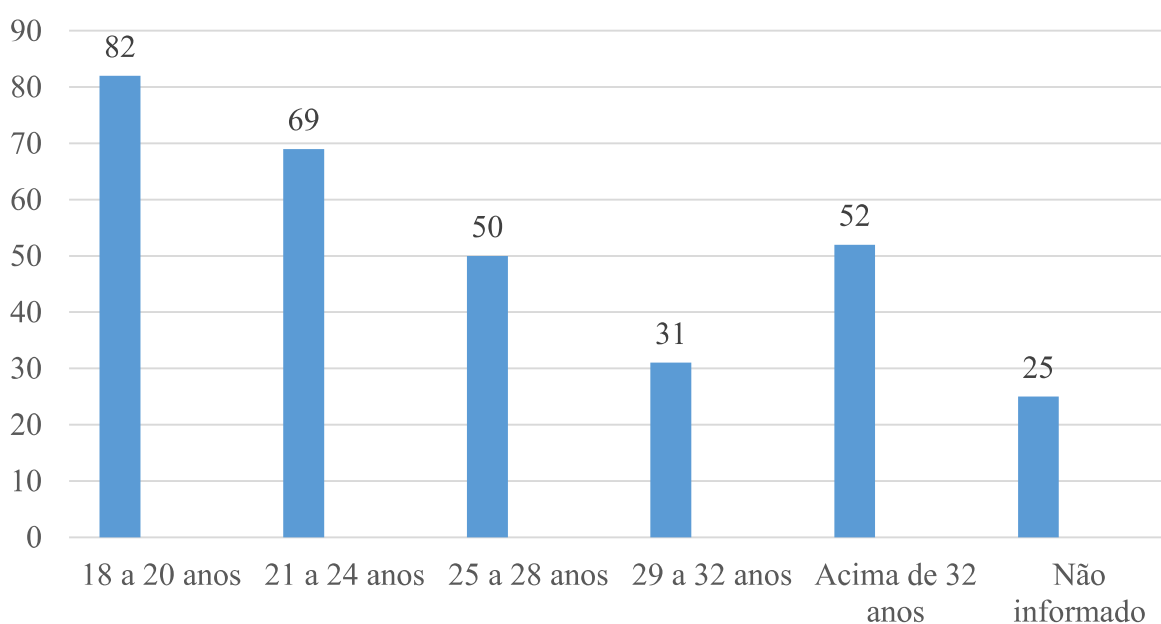
Gráfico 6 – Pessoas presas em audiência de custódia por sexo



Fonte: Dados organizados pelo pesquisador através de consulta aos relatórios da SIISP.

Já em relação à idade percebe-se que não somente a maioria dos presos preventivamente são jovens como encontram-se no limiar da idade mínima para responsabilização penal, uma vez que a faixa etária com maior recorrência entre os decretos prisionais é aquela entre 18 a 20 anos, seguida pelos indivíduos que possuem idade entre 21 e 24 anos. Veja-se:

Gráfico 7 – Pessoas presas preventivamente em audiência de custódia por faixa etária

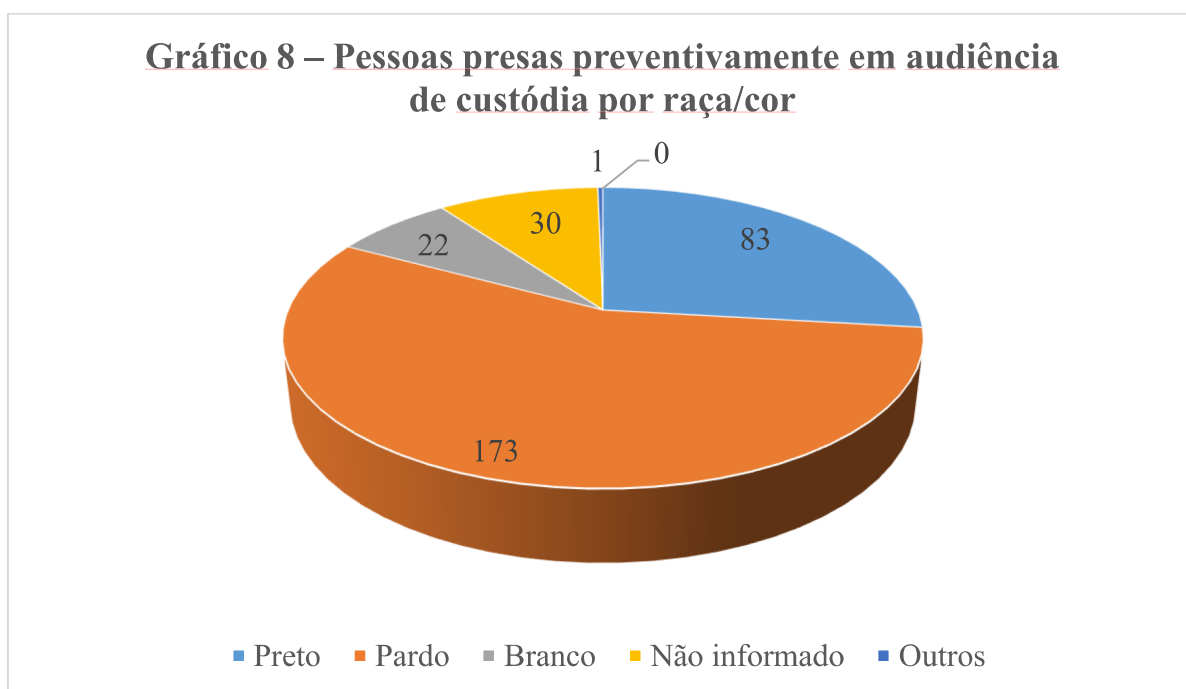


Fonte: Dados organizados pelo pesquisador através de consulta aos relatórios da SIISP.

categorias pelo pesquisador poderia não refletir a realidade concreta, gerando o risco de contaminação dos resultados pela percepção individual dos encarregados pela coleta das informações.

Estes números demonstram a existência de um processo de encarceramento da população jovem e evidencia um sentimento de desesperança em relação às novas gerações que são, desde cedo, lançadas no sistema prisional, não havendo a busca por alternativas penais que visem sua ressignificação.

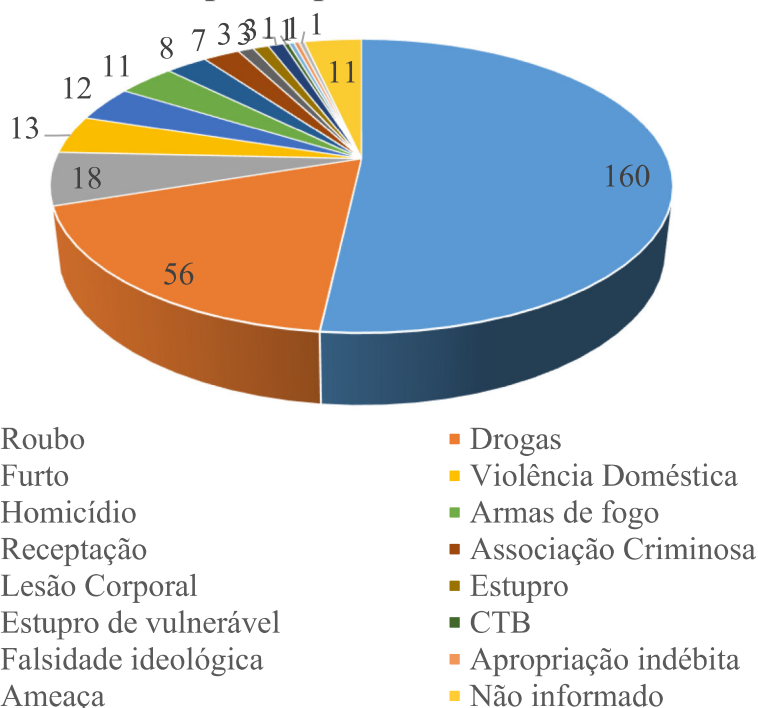
No que diz respeito à raça/cor das pessoas encarceradas constatou-se que a maioria são pessoas pardas (173) ou pretas (83), sendo minoritário o número de brancos (22). Este perfil reflete as considerações já exaustivamente expostas neste trabalho, principalmente no que diz respeito ao redirecionamento do aparato penal para as parcelas da população historicamente vilipendiadas e excluídas do usufruto de seus direitos e garantias fundamentais.



Fonte: Dados organizados pelo pesquisador através de consulta aos relatórios da SIISP.

Por fim, em relação aos tipos penais supostamente praticados pelas pessoas presas em audiência de custódia foram identificados 15 tipos delitivos, sendo que a maioria dos casos envolvia o delito de roubo, tipificado no Art. 157 do Código Penal, seguido pelos delitos tipificados na Lei 11.343/06 (Drogas).

Gráfico 9 - Tipos penais em decisões de decretação de prisão preventiva



Fonte: Dados organizados pelo pesquisador através de consulta aos relatórios da SIISP.

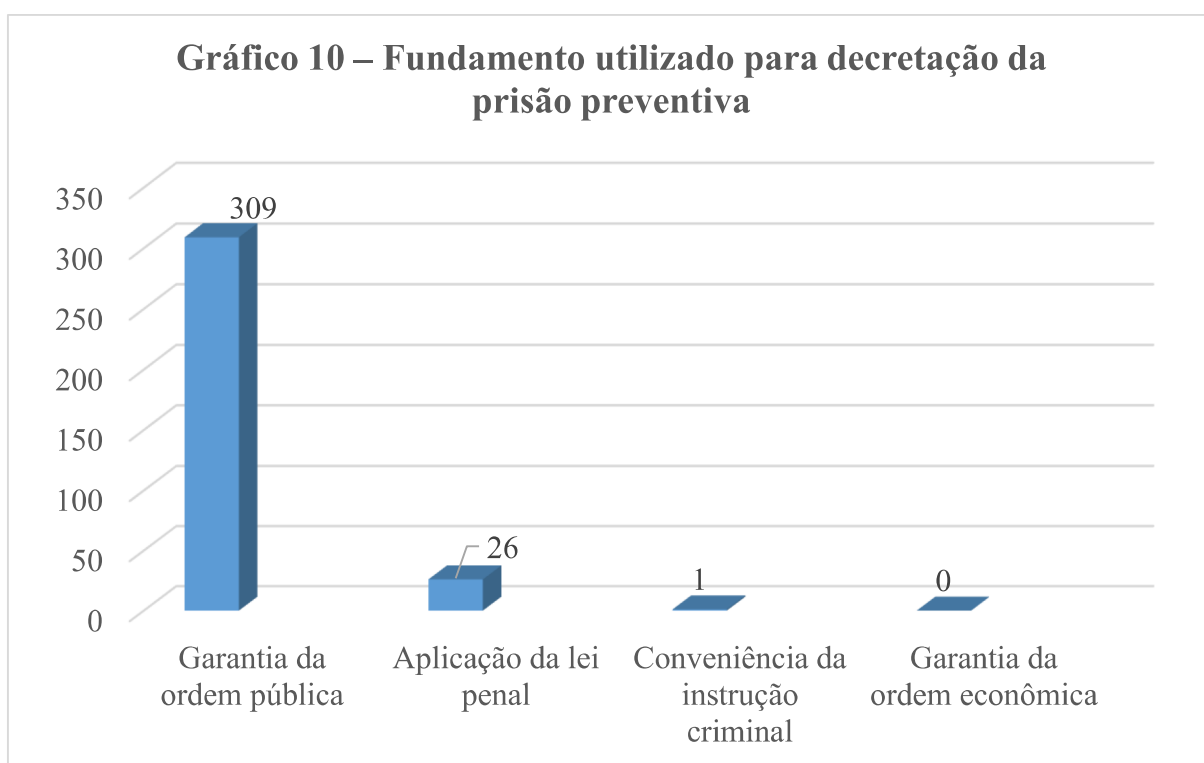
6.3.1.2 Fundamentos para decretação da prisão preventiva em audiência de custódia

Quanto à análise das decisões judiciais exaradas em audiência de custódia percebeu-se que todas possuíam um padrão de organização similar. Em seu início havia um cabeçalho onde constavam informações gerais pertinentes ao caso (número do processo, data da audiência, nome do custodiado, tipo penal supostamente praticado e o nome do magistrado responsável pela realização da audiência). Logo após, eram apresentadas, em tópicos apartados e de forma sintética, as manifestações do Ministério Público, bem como do Defensor Público ou advogado particular do investigado.

Em seguida passava-se à decisão proferida pelo juiz que, em primeiro lugar, avaliava a regularidade da prisão em flagrante e, posteriormente, apresentava uma versão resumida do suposto fato delitivo que gerou a necessidade de realização da audiência de custódia. A visão dos fatos apresentada era sempre aquela trazida pela autoridade policial, sendo que em nenhuma decisão foi feita referência a palavra do custodiado, limitando-se a aduzir que seu depoimento havia sido coletado e armazenado através de recursos audiovisuais. A partir destas informações o juiz avaliava a existência de indícios mínimos de autoria e materialidade, caracterizadores do *fumus comissi delicti*.

Na sequência era feita a análise quanto à presença ou ausência do *periculum libertatis*, onde o magistrado avaliava se encontravam-se preenchidos os requisitos de legitimação da prisão preventiva elencados no Art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam: a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a garantia da aplicação da lei penal. Em todas as decisões de decretação da prisão preventiva o magistrado se utilizou de um ou mais destes fundamentos. Após a fundamentação havia a apresentação da decisão final e, por fim, eram determinadas algumas medidas burocráticas para condução do indivíduo ao cárcere.

Após a quantificação das informações percebeu-se que a garantia da ordem pública é amplamente o fundamento mais utilizado pelos julgadores para motivar a constrição da liberdade dos custodiados, tendo sido citada em todos os 309 decretos prisionais analisados. O segundo fundamento mais utilizado foi a necessidade da prisão para garantia da aplicação da lei penal que, contudo, só foi invocada em 26 das decisões analisadas. Já a conveniência da instrução criminal foi citada em apenas uma oportunidade, enquanto a garantia da ordem econômica não foi destacada em nenhuma situação.

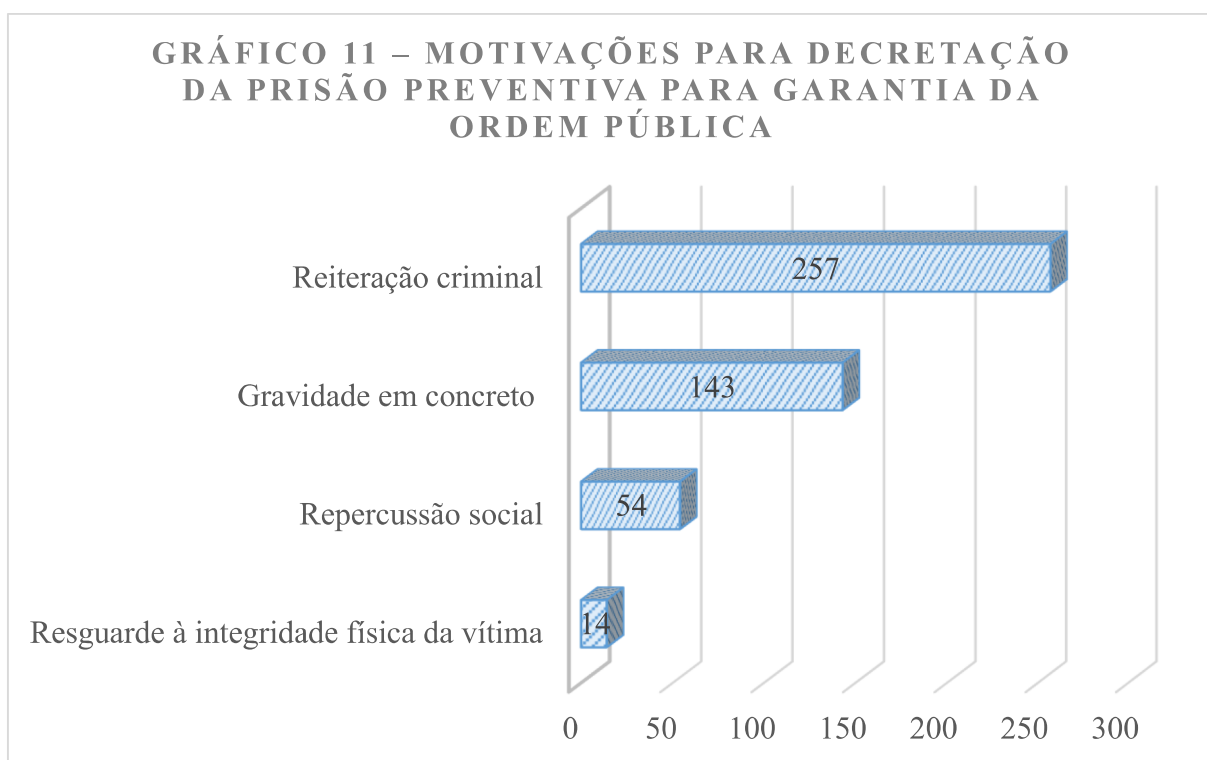


Fonte: Dados organizados pelo pesquisador.

Nas poucas situações em que invocadas a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal o foram conjuntamente a garantia da ordem pública, como forma de reforçar a necessidade de decretação da prisão preventiva. Ainda, sua utilização foi acessória,

pois o fator legitimante do decreto prisional era a necessidade da garantia da ordem pública, sendo os demais fundamentos apresentados apenas de forma adicional. Havia uma extensa construção fundada em fatos, normas e jurisprudências para justificar a periculosidade social do custodiado, enquanto os riscos para aplicação da lei penal ou para conveniência da instrução criminal eram apresentados ao fim da fundamentação, na maioria das vezes em poucas linhas e sem maior aprofundamento.

Como já ressaltado anteriormente, a recorrente utilização da garantia da ordem pública não é surpreendente, principalmente em virtude da abertura semântica do requisito. Diante disto, buscou-se avaliar em quais situações os julgadores compreendiam que a ordem pública encontrava-se ameaçada. Diferentemente do inicialmente ventilado verificou-se que existe um entendimento entre os juízes acerca das situações hipoteticamente geradoras de risco social, haja vista que foram identificadas apenas quatro situações fáticas que motivaram a invocação da garantia da ordem pública, quais sejam: a reiteração criminal, a gravidade em concreto do suposto delito, a repercussão social e a necessidade de garantir a integridade física da vítima.



Fonte: Dados organizados pelo pesquisador.

Importante ressaltar que, em algumas decisões, o magistrado se utilizava de mais de um dos motivos acima delineados para motivar a segregação do custodiado.

A reiteração criminal, representada pelo histórico delitivo do custodiado, foi o motivo mais utilizado para justificar a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, tendo sido invocada em 257 decisões. Em todos os casos o magistrado realizava uma consulta a diversos sistemas de informações para apurar qualquer tipo de registro criminal que existisse em desfavor do custodiado. Após a consulta o histórico delitivo era condensado e apresentado de forma resumida na fundamentação da decisão.

Nestes casos, qualquer registro criminal existente contra o custodiado era interpretado em seu desfavor e utilizado como justificativa para determinar sua periculosidade social e, com isso, decretar sua prisão. Fossem atos infracionais cometidos durante a adolescência, inquéritos policiais instaurados, processos em curso sem sentença condenatória transitada em julgado ou processos com sentença condenatória transitada em julgado, todos eram utilizados como forma de aferir a propensão do indivíduo à reiteração criminosa.

Tanto que nas 257 vezes em que a reiteração criminal foi utilizada como motivo para decretação da prisão para garantia da ordem pública em 128 delas, maioria das situações analisadas, o custodiado era tecnicamente primário, ou seja, nunca havia sido condenado definitivamente, sendo preso exclusivamente em virtude de possuir registros relacionados a atos infracionais, inquéritos policiais instaurados ou processos em curso. Em outras 104 oportunidades o custodiado já havia sofrido alguma condenação transitada em julgado, enquanto em 25 casos não foi possível obter esta informação.

Este entendimento fere triplamente o princípio da presunção da inocência, uma vez que o indivíduo é presumido culpado tanto em relação ao passado, vez que os fatos não transitados em julgado são interpretados em seu desfavor, mas também em relação ao presente, pois considera-se que cometeu o delito discutido em audiência de custódia, e ao futuro, haja vista que realiza-se um prognóstico que caso o sujeito seja libertado e estando sujeito aos mesmos estímulos voltará a delinquir, fazendo do crime um meio de vida. Esta frase final, inclusive, é repetida em centenas das decisões judiciais analisadas.

O segundo motivo mais invocado pelos juízes para justificar a necessidade da prisão para garantia da ordem pública foi a gravidade em concreto do delito supostamente praticado. Nestas situações, o magistrado entendia que o crime havia sido praticado de modo mais gravoso que aquele inerente ao tipo penal, sendo que as circunstâncias, o modo de execução, os motivos, dentre outros aspectos relacionados ao fato, denotavam uma maior periculosidade do

custodiado, justificando assim sua segregação cautelar. A gravidade em concreto foi citada 143 vezes pelos julgadores.

Contudo, é relevante destacar que em muitas situações não havia uma clara diferenciação entre a gravidade em concreto e a gravidade em abstrato. Nestes casos, o magistrado considerava que o delito praticado pelo custodiado era grave e possuía repercussões sociais negativas, ainda que as circunstâncias do delito não extravasassem o mínimo exigido para configuração da conduta delitiva. Tal fato foi visualizado principalmente em relação aos casos que envolviam o tráfico de drogas, vez que indivíduos flagrados com pequena quantidade de droga tinham a prisão preventiva decretada em virtude de o magistrado acreditar que aquela espécie de delito era gravosa.

A terceira situação ensejadora da prisão para garantia da ordem pública foi a repercussão social do crime. Nestes casos, os magistrados entendiam que o delito havia gerado uma repercussão negativa no seio social exigindo dos poderes públicos encarregados uma atitude severa, para que assim fosse resguardada a credibilidade das instituições de justiça.

Esse caso evidencia uma forma de utilização da prisão preventiva, aproveitando-se de suas lacunas legislativas, como mecanismo de legitimação das instituições públicas, ou seja, a custódia cautelar é utilizada como forma de atender aos anseios punitivistas e encarceradores de parcela da sociedade. Contudo, é válido ressaltar que a repercussão social não foi utilizada, em nenhuma situação, como único elemento motivador da decretação da prisão preventiva. Em geral, era invocada de forma conjunta a reiteração criminal ou mesmo a gravidade em concreto do delito.

A última das motivações utilizada pelos julgadores para justificar a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública foi a necessidade de resguardar à integridade física da vítima. Sua ocorrência foi pequena, tendo sido identificada em apenas 14 situações, em especial por estar associada a uma ordem específica de delitos, sobretudo relacionados a prática de violência doméstica. Nestas situações entendia-se que a manutenção em liberdade do custodiado ofereceria riscos à vida da vítima e, por isso, sua segregação seria essencial.

É importante que se perceba que todas as situações que motivaram a decretação da prisão para garantia da ordem pública possuem como vértice comum a definição da periculosidade social do custodiado, sendo a restrição da liberdade utilizada como um mecanismo de resguardo contra um potencial inimigo coletivo.

As situações analisadas em nada se referem a qualquer tipo de risco que o custodiado possa oferecer ao desenvolvimento válido e regular do processo penal, daí restando evidente a inexistência de qualquer caráter cautelar em seu emprego. Por outro lado, as prisões cumprem uma função típica da pena privativa de liberdade, a preventiva, estando voltadas para segregação de indivíduos considerados indesejáveis e irrecuperáveis. Deste modo, a utilização da prisão preventiva para garantia da ordem pública se aproxima muito mais de uma antecipação da pena privativa de liberdade do que de qualquer medida de natureza cautelar.

A utilização da custódia provisória com este viés não é exclusividade da Central de Inquéritos de São Luís/MA, mas faz parte de um processo sistêmico que possui sua origem nos tribunais superiores. Tanto que em 183 das 309 decisões judiciais que decretaram a prisão preventiva para garantia da ordem pública foram colacionadas ementas de julgados oriundos dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça ou Tribunais de Justiça dos Estados) que davam sustentação aos fundamentos mencionados, solidificando a utilização da prisão preventiva como mecanismo de antecipação da pena.

Situação diferente é percebida nas situações em que a prisão foi decretada com base na garantia da aplicação da lei penal ou por conveniência da instrução criminal.

No que tange à primeira, nas 26 oportunidades em que invocada, em 20 delas o foi em virtude do risco concreto de que o custodiado pudesse fugir caso permanecesse em liberdade e que, assim, uma possível execução penal fosse frustrada. Nas outras seis oportunidades a prisão para garantia da aplicação da lei penal motivou-se para possibilitar o cumprimento de medidas protetivas de urgência determinadas em desfavor do investigado e que estavam sendo reiteradamente descumpridas. Essas situações também encontravam-se atreladas, essencialmente, a casos de violência doméstica.

Já no que tange à conveniência da instrução criminal, na única situação em que foi mencionada, foi motivada na necessidade de resguardar a dilação probatória, uma vez que a vítima, cuja oitiva era essencial para o desenrolar da instrução criminal, estava sendo recorrentemente ameaçada pelo custodiado.

Destas duas situações exsurge o verdadeiro caráter cautelar da prisão preventiva, pois percebe-se que a preocupação primordial consiste em resguardar a integridade do processo penal, garantindo seu desenvolvimento válido e regular, evitando a perda dos elementos probantes ou mesmo garantindo a possível execução de uma futura pena privativa de liberdade.

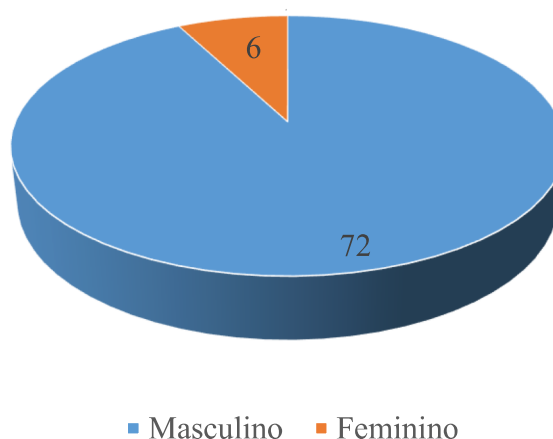
6.3.2 Apresentação e discussão das decisões concessivas de liberdade provisória e de relaxamento da prisão em flagrante

6.3.2.1 Perfil das pessoas libertadas em audiência de custódia

Das 78 decisões judiciais que culminaram com a libertação do investigado após a audiência de custódia, 74 delas ocorreram em virtude da concessão da liberdade provisória, enquanto em quatro ocasiões houve o relaxamento da prisão em flagrante.

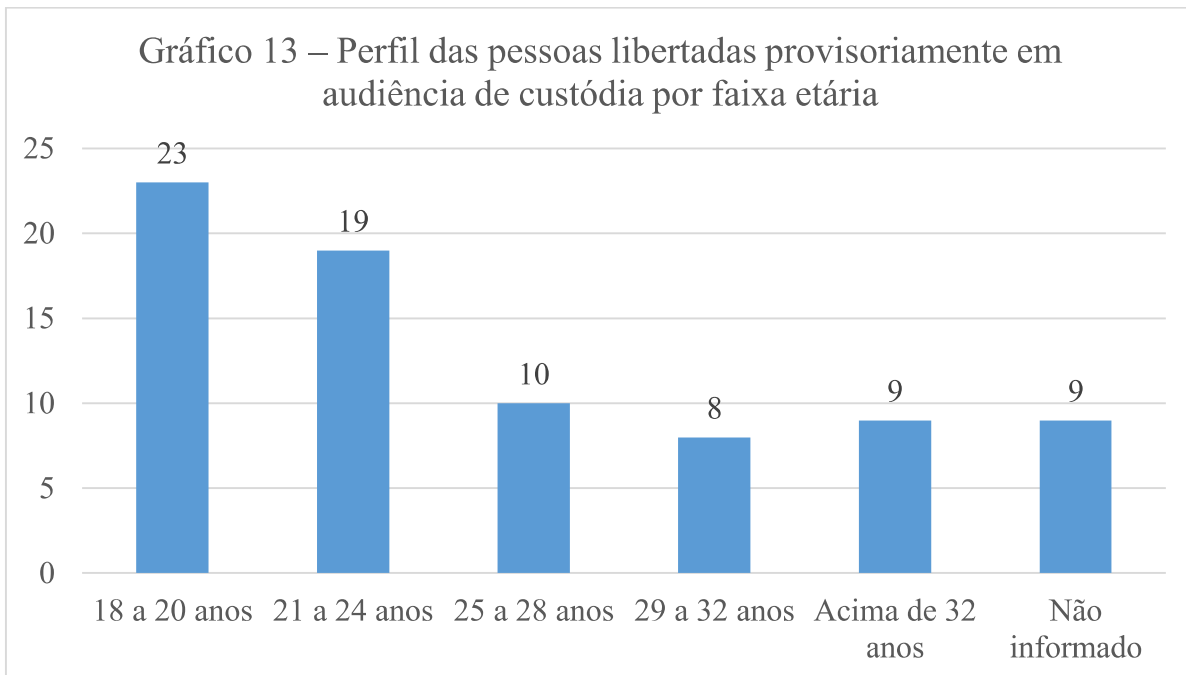
Quanto ao recorte por sexo, 72 dos custodiados eram do sexo masculino, enquanto seis eram do sexo feminino.

Gráfico 12 – Perfil das pessoas libertadas provisoriamente em audiência de custódia por sexo



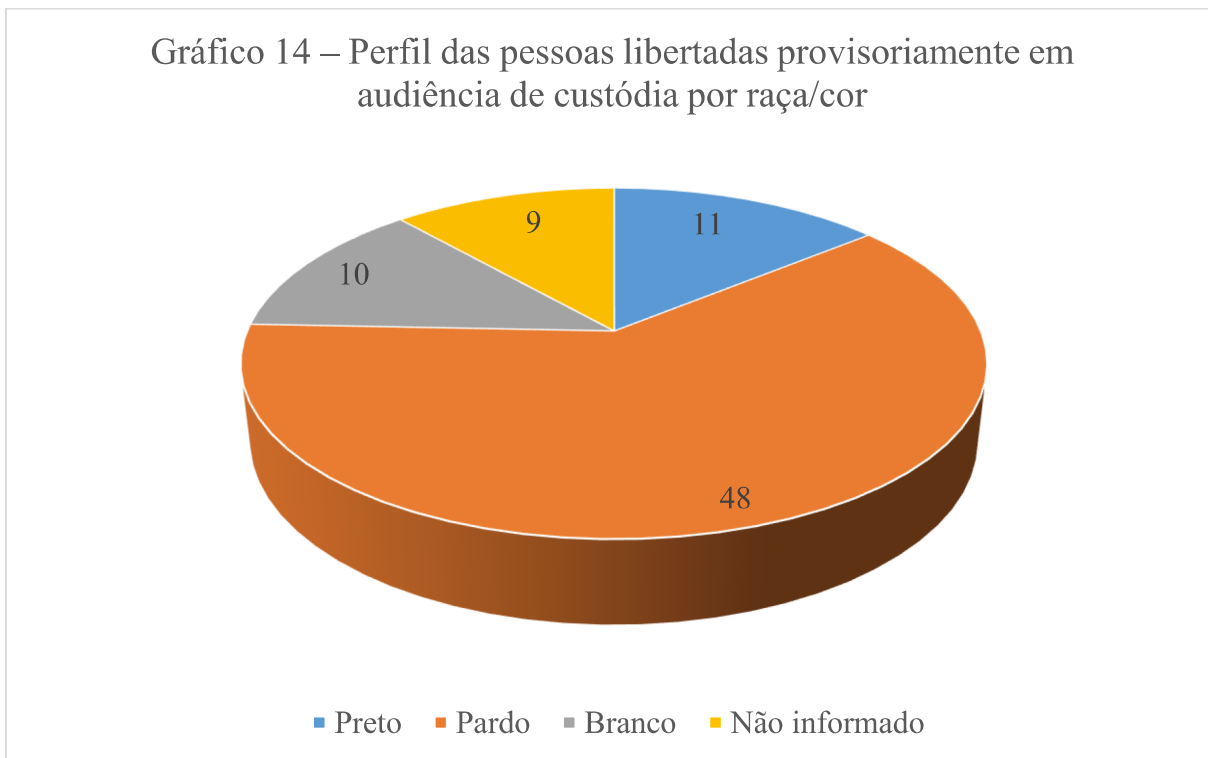
Fonte: Dados organizados pelo pesquisador através de consulta aos relatórios da SIISP.

Em relação à idade percebe-se que a maioria dos libertados também eram jovens, entre a faixa dos 18 aos 24 anos. Quando somados aos índices de decretação de prisão por idade conclui-se que a maioria dos indivíduos conduzidos a audiência de custódia são jovens, com maior ênfase para faixa etária entre os 18 aos 20 anos de idade e que, apenas em uma pequena parcela dos casos são beneficiados com a concessão da liberdade provisória.



Fonte: Dados organizados pelo pesquisador através de consulta aos relatórios da SIISP.

Em relação ao recorte racial, a maioria dos libertos são pardos (48), seguidos por pretos (11) e, por fim, brancos (10), enquanto em nove oportunidades não foi possível obter esta informação.

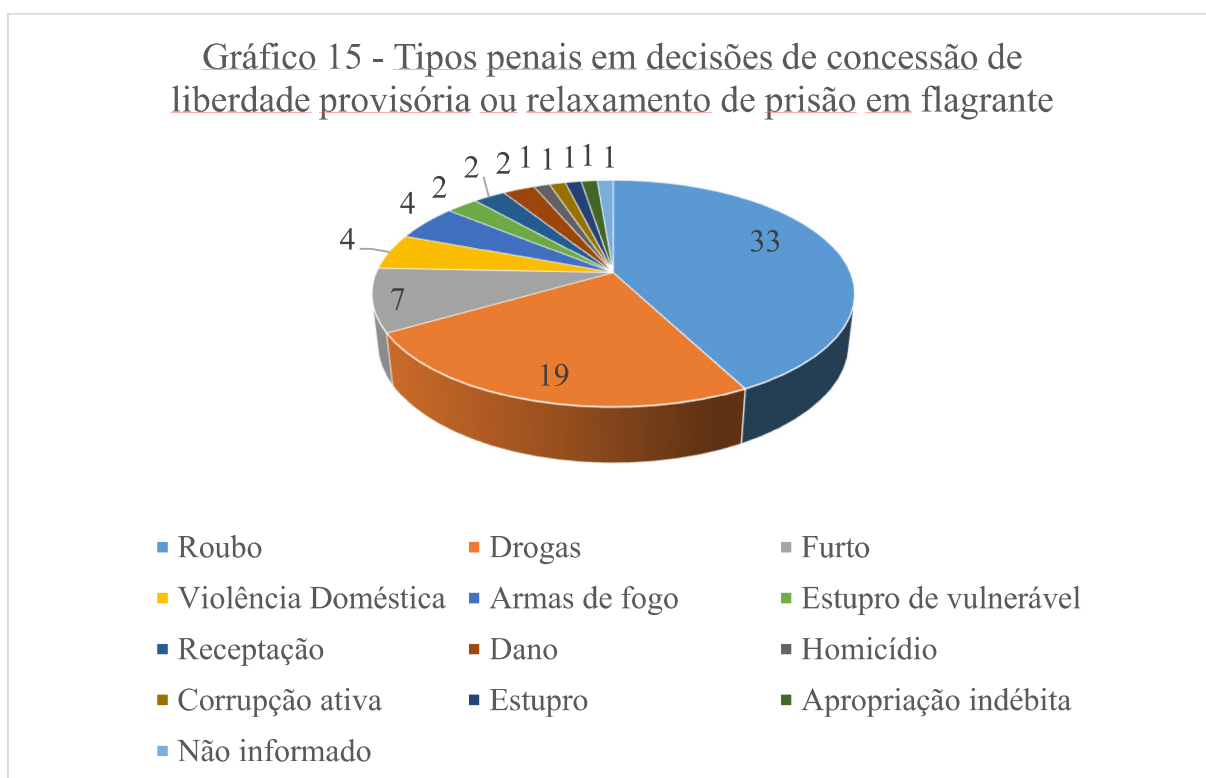


Fonte: Dados organizados pelo pesquisador através de consulta aos relatórios da SIISP.

Entretanto, uma análise conjugada com as informações pertinentes aos decretos prisionais permite concluir que 31,5% dos brancos submetidos a audiência de custódia são

beneficiados com a concessão da liberdade provisória. Em relação aos pardos esta proporção é de 21,7%, enquanto em relação aos negros é de apenas 11,7%. Estes números, embora não conclusivos, alertam para um possível recorte racial no processo de tomada de decisão judicial em audiência de custódia.

No que tange ao tipo penal supostamente praticado pelos indivíduos libertos foram identificadas 12 espécies de infrações penais distintas, sendo que, assim como nas decisões de prisão, a maioria concentra-se entre os crimes de roubo (33) ou aqueles relacionados ao tráfico de drogas (19). Veja-se:



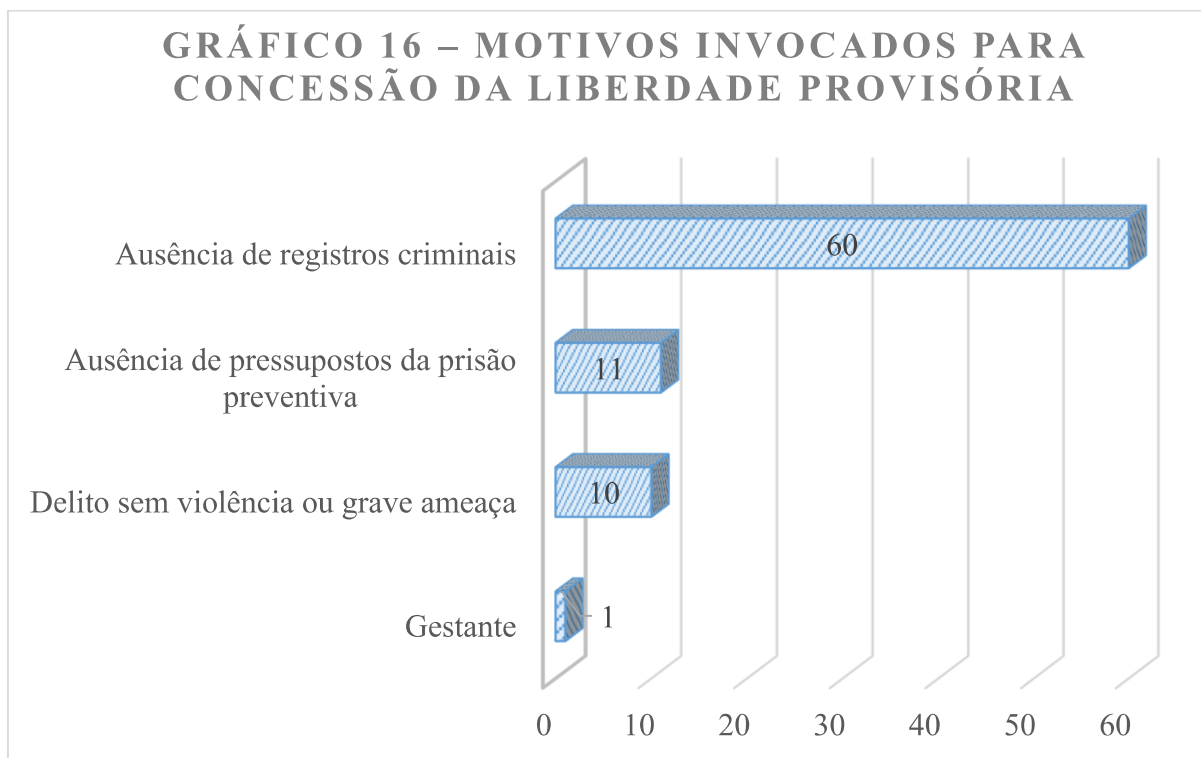
Fonte: Dados organizados pelo pesquisador através de consulta aos relatórios da SIISP.

6.3.2.2 Fundamentos para concessão da liberdade provisória ou relaxamento da prisão em flagrante

O padrão de organização das decisões judiciais concessivas da liberdade provisória ou que determinaram o relaxamento da prisão em flagrante é bastante similar àquele observado nos decretos prisionais. Inicialmente é apresentado o cabeçalho com informações gerais pertinentes ao caso, seguido pelas manifestações do Ministério Público e Defensoria Pública e, posteriormente, a própria decisão judicial, onde ocorre uma sucinta apresentação dos fatos, seguida pela fundamentação, onde o magistrado expõe as razões pelas quais entende que o

fumus comissi delicti ou o *periculum libertatis* não se encontram presentes no caso concreto e, por fim, a decisão final. Caso o magistrado optasse por conceder a liberdade provisória mediante a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão havia uma especificação de quais medidas seriam adotadas e as burocracias e condições necessárias para sua execução.

Após a análise das 74 decisões concessivas da liberdade provisória verificou-se que sua ocorrência se deu diante de quatro situações distintas: o custodiado não possuía registros criminais prévios; em virtude da ausência dos pressupostos essenciais para decretação da prisão preventiva; quando o delito praticado não envolvia o uso de violência ou grave ameaça; e, por fim, o fato da custodiada estar gestante.



Fonte: Dados organizados pelo pesquisador.

Importante ressaltar que, em algumas decisões, o magistrado se utilizava de mais de um dos motivos acima delineados para motivar a liberação do custodiado.

No que tange a ausência de registros criminais, o motivo mais recorrente para concessão da liberdade provisória, tendo sido citado em 60 decisões, ocorria quando o custodiado não possuía nenhuma espécie de anotação em qualquer sistema policial ou judiciário, ou seja, não possuía atos infracionais pretéritos, inquéritos instaurados ou processos em curso ou mesmo já concluídos.

Disso se depreende que a vida pregressa do custodiado consiste no fator decisivo para concessão da liberdade ou para decretação da prisão. Caso ostente algum registro criminal, ainda que não se trate de condenação transitada em julgado, será, salvo raras exceções, preso preventivamente. Contudo, se não possuir um histórico criminal ainda existirá alguma chance de ser concedida a liberdade provisória.

A segunda situação que mais vezes ensejou a concessão da liberdade provisória refere-se à ausência dos pressupostos para decretação da prisão preventiva. Neste caso, a situação analisada não se enquadrava nas hipóteses elencadas no Art. 313 do Código de Processo Penal⁶¹ como autorizadoras da aplicação desta espécie de custódia cautelar. Na maioria das situações a libertação ocorria em virtude do crime supostamente cometido não possuir pena máxima superior a quatro anos.

Em terceiro lugar, a ausência do emprego de violência ou grave ameaça na suposta prática delitiva foi invocada em 10 situações como motivo determinante da concessão da liberdade provisória. Nestes casos, entendia-se que o fato do crime ser praticado sem o emprego destes meios denotava uma menor periculosidade do indivíduo justificando a desnecessidade de sua segregação cautelar.

Por fim, em uma situação houve a libertação da custodiada em virtude de estar gestante, sendo deferidas medidas cautelares alternativas.

É importante ressaltar que das 74 decisões que concederam a liberdade provisória em apenas uma não houve a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal. Este fato demonstra que, ainda nas hipóteses em que o custodiado não é considerado um perigo ao convívio social, existe uma necessidade do sistema

⁶¹ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º – Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º – Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

de justiça de mantê-los sob constante vigilância, seja através da monitoração eletrônica ou mesmo por meio do comparecimento periódico ao juízo.

Nas quatro situações em que houve o relaxamento da prisão em flagrante em duas oportunidades o fator decisivo para tomada da decisão foi a atipicidade da conduta supostamente praticada: em uma oportunidade foi invocada a ausência de materialidade do fato delitivo e, em outra ocasião, a ilegalidade da prisão foi determinada em virtude da apreensão ter sido feita fora das situações caracterizadoras do flagrante estipuladas pelo Art. 302 do Código de Processo Penal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a real compreensão do direito penal, incluindo seu modo de organização, sua aplicação e suas reais funções, somente pode ser alcançada através de um estudo correlacionado com as matizes sociais, econômicas e políticas de um determinado tempo. Desde o surgimento do capitalismo é inegável o relevante papel desempenhado pelo campo penal para a fixação das bases ideológicas deste sistema e, posteriormente, para sua manutenção e perpetuação.

Na contemporaneidade, o capitalismo neoliberal apresenta a mais perversa faceta deste sistema. A exclusão social é assumida como inevitável, o mercado de trabalho satura-se e grandes contingentes populacionais são relegados ao patamar de sub-humanidade. O desenvolvimento da tecnologia e a conseqüente automação do trabalho tornam mínima a necessidade de mão de obra, tão necessária no período inicial de consolidação capitalista, criando um exército de indivíduos que não têm – e nem terão – espaço no jogo econômico.

Contudo, essa multidão de excluídos não pode ser ignorada pelos Estados modernos, uma vez que demandarão a criação e a execução de políticas públicas, bem como serão impulsionadas à criminalidade devido à violência estrutural premente à sociedade capitalista neoliberal.

Neste contexto, o direito penal assume uma função primordial neste novo sistema consistente no controle e no sufocamento das parcelas que corporificam a exclusão social. Não há qualquer tipo de preocupação com a recuperação dos indivíduos, mas apenas se busca sua neutralização, sua retirada de circulação, tudo isto acompanhado por um discurso enérgico, que se aproveita do medo e da insegurança da população para insuflar as exigências pelo recrudescimento punitivo, cujo objetivo principal é formar verdadeiros inimigos sociais, aos quais qualquer tipo de punição é aceitável, ainda que injusta e precoce.

A pena privativa de liberdade converte-se no mecanismo punitivo por excelência e as prisões tornam-se depósitos de seres humanos, onde sua dignidade é vilipendiada e seus direitos fundamentais são desrespeitados. Ao mesmo tempo em que se prega a liberdade e a mínima interferência estatal no campo econômico hipertrofia-se o estado penal, dedicado à vigilância e ao controle dos excluídos do emprego.

Uma das principais características dos aparatos punitivos modernos é seu caráter simbólico. Grande parte das medidas tomadas no campo penal busca satisfazer os anseios punitivos de parcela da sociedade dando a falsa impressão de que o Estado está agindo de forma contundente no combate à criminalidade. Contudo, a maioria das medidas cumpre apenas uma função publicitária, uma vez que não são capazes de reduzir a violência criminal, pois não incidem no seu âmago, vez que a violência estrutural, caldo de cultura da criminalidade, permanece inalterada.

Este direito penal publicitário precisa de mecanismos de ação rápida, que perpassem para sociedade a ideia de agilidade na repressão ao crime. Para isto, são necessários instrumentos jurídicos que possibilitem o rápido aprisionamento. No Brasil, conquanto não foi possível a internalização do mecanismo da *bargain* norte-americana, as prisões provisórias cumpriram – e ainda cumprem – a contento este papel, possibilitando a condução imediata de indivíduos ao cárcere, ainda que sem provas e nem mesmo direito de defesa.

Neste contexto, as audiências de custódia, instituto construído nos espaços internacionais de proteção aos direitos humanos, foram incorporadas à realidade brasileira com o objetivo de racionalizar o uso do encarceramento provisório tendo em vista os alarmantes números de presos sem condenação presentes no sistema penitenciário nacional.

Entretanto, no que tange ao município de São Luís do Maranhão, campo territorial pertinente à presente pesquisa, percebe-se que este objetivo não foi atingido. Em que pese a gradativa redução do percentual de presos provisórios verificada na capital nos últimos anos, os dados colhidos evidenciam que este processo não se deve à implementação das audiências de custódia. Os índices de encarceramento permanecem elevados e as decisões judiciais manifestam de forma nítida a presença da cultura do encarceramento dentro do sistema de justiça local.

Esta ineficácia se deve, em parte, à frágil regulamentação legislativa das prisões cautelares, em especial à prisão preventiva, cuja abertura semântica de seus fundamentos, repleta de resquícios de um período autoritário da história brasileira, cria o terreno propício para utilização expansiva por parte do sistema de justiça local.

A garantia da ordem pública, conceito genérico e indeterminado, é amplamente utilizada para justificar qualquer tipo de prisão, tanto que foi invocada em todos os decretos privativos de liberdade analisados na presente pesquisa. Trata-se de uma cláusula geral de encarceramento, cujas situações em que empregada extravasam qualquer tipo de finalidade

cautelar, mas, na verdade, evidenciam a finalidade de proteção social contra indivíduos potencialmente perigosos, cumprindo uma função preventiva que é típica da pena privativa de liberdade.

As decisões judiciais tratam de definir quem são os inimigos da sociedade e que, assim, precisam ser contidos e segregados. Como visto através dos dados apresentados, esses inimigos possuem idade, cor e classe social. O sistema penal possui um público preferencial, em geral representado pelas parcelas da população que corporificam a exclusão social. O desamparo estatal no campo social é compensado pela sua presença intrusiva no campo penal.

São pessoas presas horas após o cometimento do suposto delito, sem direito à produção de provas e incapazes de participar do convencimento do julgador. Como dito, uma das principais funções da audiência de custódia consistia em dar voz ao investigado. Contudo, nenhuma das decisões apresentadas fazia qualquer menção à sua narrativa. A versão apresentada era sempre aquela trazida pela polícia. O inimigo não é digno de ser ouvido, trata-se de alguém cuja palavra não exala a confiança necessária para fundamentar um mandado decisório.

Além disso, garantias fundamentais como a presunção de inocência são solapadas. A liberdade apenas é concedida excepcionalmente, sendo que qualquer mínimo indício de periculosidade, seja atrelado ao fato discutido na audiência ou a fatos anteriores, serve para justificar os decretos privativos de liberdade. O que existe, na verdade, é uma verdadeira presunção de culpa que atinge, em muitas situações, até mesmo o futuro, sendo comum que as decisões se baseiem em prognósticos pessimistas sobre a vida do custodiado – “uma vez criminoso, sempre criminoso”.

Sendo assim, o fracasso das audiências de custódia em reduzir o encarceramento provisório evidencia um problema sistêmico presente tanto no ordenamento jurídico nacional como também nos componentes do sistema de justiça local.

Primeiramente, é preciso uma reforma legislativa no que pertine ao encarceramento provisório no país, expurgando qualquer tipo de resquício de regimes autoritários e ditatoriais e adequando a disciplina processual penal deste instituto às diretrizes traçadas pela Constituição Federal de 1988, pautadas, sobretudo, na preservação dos direitos e garantias fundamentais, estando em consonância com as diretrizes erigidas no campo do direito internacional.

Em segundo lugar, é essencial que a cultura decisória dos julgadores seja modificada. O encarceramento não deve ser sempre a primeira resposta do sistema de justiça. O passado e o presente demonstram que a privação de liberdade, por si só, não possui efeitos diretos na redução dos índices de criminalidade. Não é aceitável que pessoas jovens, como os dados levantados trataram de demonstrar, sejam vistas como indivíduos irrecuperáveis e, assim, lançados ao cárcere logo após atingir a maioridade.

As prisões provisórias devem ser, em sua essência, medidas excepcionais e com finalidade cautelar, não fazendo às vezes da pena privativa de liberdade. Somente assim será possível iniciar a construção de um sistema penal mais digno e que respeite os direitos e garantias fundamentais do acusado, onde instrumentos garantistas, como são as audiências de custódia, consigam cumprir suas reais funções. Enquanto isso não ocorrer, instrumentos como esse serão desvirtuados e se converterão em mais uma etapa do procedimento, realizado em virtude da obrigatoriedade legal, que conduz diariamente diversos brasileiros e brasileiras ao inevitável caminho do cárcere.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, G. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- _____. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____. **Sistema Penal máximo X cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ARENDDT, Hannah. **Sobre a violência**. 7 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BARBOSA, Claudia Maria; POLEWKA, Gabriele. Juristocracia no Brasil a perspectiva de Ran Hirschl sobre o empoderamento judicial. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, Minas Gerais, v.1, n.2, jul/dez, 2015, p. 309-334.
- BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 8, 2012.
- BARLETTA, Junya Rodrigues. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, 2012.
Disponível em:
<https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 14.jun.2019.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**, 1941. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 30.jul.2018.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ nº 213**, de 15 de dezembro de 2015a. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 2.jun.2019.
- _____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992a. Atos Internacionais. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgação. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10.jun.2019.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992b. Atos Internacionais. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10.jun.2019.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** – junho de 2013. Brasília/DF, 2013.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** – junho de 2014. Brasília/DF, 2014.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** – junho de 2015. Brasília/DF, 2015.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** – junho de 2016. Brasília/DF, 2016.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** – junho de 2017. Brasília/DF, 2017.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** – junho de 2018. Brasília/DF, 2018.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** – dezembro de 2019. Brasília/DF, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**, Distrito Federal. Relator Min. Marco Aurélio Mello. Brasília – DF, 9 de setembro de 2015b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 15.jan.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 466343-1**, São Paulo. Relator Min. Cezar Peluso. Brasília/DF, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em 4.fev.2019.

BUTLER, J. **Quadros de Guerra**: quando a vida é passível de luto? Tradução de Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha; revisão de tradução de Marina Vargas; revisão técnica de Carla Rodrigues. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andrea Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CENZANO, José Carlos B. **El orden público como limite al ejercicio de los derechos y libertades**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Anderson Silva da. **Audiências de custódia: garantismo ou simbolismo?** 1 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo da ordem pública.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ESPANHA. **Constituição Espanhola.** (1978) Aprovada em Madri, 28 de dezembro de 1978.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILOCRE, D'aquino. Revisita à ordem pública. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, n. 184, 2009.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. **Iniciação à pesquisa no direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Trad. Roberto Machado. 16. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

_____. **Nascimento da biopolítica.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H. L.; RABINOW, P. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 231-249.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos.** 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1987.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Rediscutindo os fundamentos do direito de punir: do neoretribucionismo e seus reflexos no âmbito do controle social formal (Tese de Pós-Doutorado).** Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 2019.

_____. Reflexões acerca do controle social formal: rediscutindo os fundamentos do direito de punir. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD.** Rio de Janeiro, v. 1, n. 23, 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo,** 2006, p. 139-178.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar.** 2 ed. Niterói: Impetus, 2012.

LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Prisões Cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça** – condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Provimento nº 11**, 2016. Disponível em: <https://mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/caop_crim/provimento_n_o_11-2016_-_publicado_06072016_1122.pdf>. Acesso em: 10.jan.2019.

_____. Unidade de Monitoramento Carcerário. **Relatório Audiências de custódia – Dezembro de 2019**. São Luís, 2019a. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/415083/36_-_relatorio_umf_-_aud_de_custodia_dez_2019_21012020_1330.pdf>. Acesso em: 12.jun.2020.

_____. Unidade de Monitoramento Carcerário. **Relatório Unidades Prisionais e Delegacias – Dezembro de 2019**. São Luís, 2019b. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/415088/36_-_relatorio_umf_-_dados_dos_presos_dez_2019-3_21012020_1051.pdf>. Acesso em: 12.jun.2020.

MARINHO, Maykon dos Santos; REIS, Luciana Araújo dos. O panoptismo como dispositivo de controle social: um breve estudo à luz do pensamento de Michel Foucault. **Pergaminho**, v. 6, n. 2, p. 69-76, 2014.

MAUS, Indeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58. 2000, p. 183-202.

MATTOS, D.; RAMOS, E.; CRUZ, S. A. da. A judicialização da saúde e a gestão biopolítica da vida: o Poder Judiciário e as estratégias de controle do sistema de saúde. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, 2019, p. 1745-1768.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MBEMBE, A. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. 3 ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MCCHESENEY, Robert. Introdução ao livro O lucro ou as pessoas: neoliberalismo e ordem global. In: CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas**: neoliberalismo e ordem global. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MEZZARROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública: uma análise sistêmica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 97, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Informe nº 86/09**. Washington. 2009. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>>. Acesso em: 15.jun.2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007.

POLIT, Denise F.; BECK, Cheryl Tatano; HUNGLER, Bernardeth P. **Fundamentos de pesquisa em enfermagem: métodos, avaliação e utilização**. 5. ed. Porto Alegre: Artmed Editora, 2004.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa (1976)** Aprovada em 2 de abril de 1976.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória – Comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3 ed. Curitiba: Lumen Iuris, 2008.

SÃO JOSÉ, César Augusto Ferreira. Por um processo penal sem prisão preventiva para a garantia da ordem pública. In: SANTORO, Antonio et al (Orgs.). **Crime e segurança pública em perspectiva**. Rio de Janeiro: FGB/Pembroke Collins, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 22. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2007.

SILVA, Artenira da Silva e; SEREJO, Jorge Alberto Mendes. A intolerância religiosa contra as religiões afro-brasileiras e os impactos jurídicos do caso “Edir Macedo”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS**, v. 12, n. 1, 2017.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para garantia da ordem pública. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, 2015, p. 213-244.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. **Direitos Sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

SORIANO, Ramon. La paz y la Constitucion Española de 1978. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid, n. 45, p. 93-123, 1985.

SOUZA, D. W. F. S.; PASSOS, A. A. dos. Soberania, Disciplina e Biopoder: Dimensões da analítica do poder em Michel Foucault. **Cadernos Zygmunt Bauman**, São Luís, v. 3, n. 5, p. 62-81, 2013.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2011.

_____. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12 ed. Salvador. Juspodivm, 2017.

TEIXEIRA, Yuri Serra. **Do grande encarceramento à audiência de custódia: reflexões etnográficas sobre a seletividade penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, n. 4, 2008.

YIN, R. K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 4 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

APÉNDICE

APÊNDICE A – INSTRUMENTAL PARA ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS

- 1) Número do processo
- 2) Data da audiência
- 3) Nome do custodiado
- 4) Sexo: () M () F
- 5) Raça/cor
- 6) Idade
- 7) Tipo Penal
- 8) Decisão Final:
 - () Relaxamento da prisão em flagrante
 - () Decretação da prisão preventiva
 - () Concessão da liberdade provisória com medidas cautelares alternativas
 - () Concessão da liberdade provisória sem medidas cautelares alternativas
- 9) Em caso de decretação da prisão preventiva, qual dos fundamentos do art. 312 do CPP foi invocado pelo julgador?
 - () Garantia da ordem pública
 - () Garantia da ordem econômica
 - () Conveniência da instrução criminal
 - () Garantia da aplicação da lei penal
- 10) Principais fundamentos fáticos/normativos/jurisprudenciais empregados