

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS**  
**MESTRADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS**

**Alexandre José Salles de Freitas**

**Prisão preventiva e drogas: “a polícia prende e a Justiça não solta”**

Juiz de Fora

2017

**Alexandre José Salles de Freitas**

**Prisão preventiva e drogas: “a polícia prende e a Justiça não solta”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Sociais.

Área de concentração: Cultura, democracia e instituições.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cesar Pontes Fraga

Juiz de Fora

2017

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Freitas, Alexandre José Salles de.  
Prisão preventiva e drogas : "a polícia prende e Justiça não solta"  
/ Alexandre José Salles de Freitas. -- 2017.  
202 f.

Orientador: Paulo Cesar Pontes Fraga  
Dissertação (mestrado acadêmico) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Instituto de Ciências Humanas. Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais, 2017.

1. Prisão preventiva. 2. tráfico de drogas. 3. sistema de justiça criminal. I. Fraga, Paulo Cesar Pontes, orient. II. Título.

ALEXANDRE JOSÉ SALLES DE FREITAS

**PRISÃO PREVENTIVA E DROGAS:  
“A POLÍCIA PRENDE E A JUSTIÇA NÃO SOLTA”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais, Área de concentração: Cultura, democracia e instituições, da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Sociais.

Aprovado em 12 de abril de 2017.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Paulo Cesar Pontes Fraga (Orientador)  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof.ª. Dr.ª. Christiane Jalles de Paula  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Dr. Marcelo da Silveira Campos  
Universidade Federal da Grande Dourados

## AGRADECIMENTOS

Tantas foram as ajudas que recebi que seria impossível listar todas as pessoas que contribuíram e tornaram viável a concretização deste trabalho, mas uma em especial representa a encarnação de três elementos que me sustentaram ao longo desta caminhada: a ajuda material, o incentivo fraterno e a fé. Vera, minha amiga, minha irmã, sem você eu realmente não conseguiria. Muito obrigado!

Agradeço ao povo brasileiro por me proporcionar esta oportunidade de estudo, crescimento pessoal e profissional. Assumo aqui o compromisso de retribuir o voto de confiança e renovo a crença de que é possível uma nação socialmente mais justa. Apesar dos pesares... este sentimento é uma das forças motrizes deste trabalho e de muitos outros que virão.

Ao meu orientador, Professor Dr. Paulo Cesar Pontes Fraga, por me acolher, por confiar, por estender as mãos e por ser paciente. Agradeço imensamente pela orientação, pelas lições e pelo exemplo de como deve ser um verdadeiro MESTRE, no sentido mais genuíno da palavra. GRATIDÃO!

Aos professores do PPGCSO pelos inestimáveis ensinamentos. Vida longa a este Programa!

Ao Daniel, irmão, amigo, o primeiro a acreditar e a incentivar este trabalho, sem sua ajuda eu certamente não teria dado sequer o primeiro passo!

Ao amigo Nelsinho, cujos incentivos e conselhos foram, como sempre, na hora certa, de precisão cirúrgica, fundamentais.

Lorena, Mariah e Anita – AMOR... não dá para definir. Minha ausência foi só física, meu coração sempre esteve com vocês e vocês o mantiveram aquecido e pulsando enquanto estive fora!

À minha mãe Angélica, ao meu pai Eduardo, à minha irmã Luciana e ao meu cunhado Crepaldi que fazem parte da base na qual me apoio e busco forças para os impulsos.

Quanto mais eu estudo mais cresce a minha devoção por todos vocês!

What would you think if I sang out of tune  
Would you stand up and walk out on me  
Lend me your ears and I'll sing you a song  
And I'll try not to sing out of key

Oh I get by with a little help from my friends  
hm I get high with a little help from my friends  
hm Gonna try with a little help from my friends

**(The Beatles, With a little help from my friends).**

FREITAS, Alexandre José Salles de. *Prisão preventiva e Drogas: “a polícia prende e a Justiça não solta”*. 2017. 198 p. Dissertação (mestrado acadêmico) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Instituto de Ciências Humanas. Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais, 2017.

## RESUMO

O presente trabalho estuda a aplicação prática de prisões preventivas, medida processual penal tratada como excepcional pela própria Constituição, mas que vem se tornando cada vez mais usual e recorrente. A fim de explicar o porquê de a exceção estar virando a regra, juristas e acadêmicos já apontam para problemas como falta de um prazo legal para a duração, ampla margem interpretativa dos fundamentos legais, bem como questões mais arraigadas de seletividade dos órgãos ligados à justiça criminal. A partir destes estudos, conjugados com uma revisão bibliográfica sobre a sociologia do crime e do desvio, aliados às discussões sobre o atual modelo de proibicionismo que resulta na política de “guerra às drogas”, o trabalho promove o estudo de 155 ações penais referentes ao crime de tráfico de drogas, distribuídas a uma das Varas Criminais da Justiça Estadual da comarca de Juiz de Fora – MG, num lapso temporal de dois anos, compreendidos entre as datas de 01/01/2014 e 31/12/2015. Os dados quantitativos e qualitativos extraídos destes processos foram interpretados com enfoque na questão da prisão preventiva e seu efeito no fluxo processual. Na sequência, seleciona-se 83 sentenças das quais se passa a analisar, tendo-se por base a *theory of sentencing*, as fundamentações para condenar, as penas utilizadas pelo magistrado dentre outros fatores, que permitem constatar um alto índice de condenações e uma predileção por penas privativas de liberdade, confirmando-se na prática a lógica da punição. Finaliza-se com o estudo de um caso modelo, do qual se observa em pormenores, desde a abordagem policial que resulta na prisão em flagrante, perpassando-se por sua conversão em preventiva até a posterior condenação, as correlações entre os órgãos de justiça criminal e a lógica de um processo de tráfico de drogas, onde se aliam dois dos principais gargalos do encarceramento.

**Palavras-chave:** prisão preventiva; tráfico de drogas; sistema de justiça criminal.

## ABSTRACT

The present work studies the practice of pre-trial detention, that should be exceptional, but has been usual. To explain the reason of being the rule, lawyers and specialists point to questions like lack of legal deadline, wide margin about legal grounds and questions like the selectivity of criminal justice. From these studies, with a literature review about sociology's crime and deviance, allied to discussions about the actual model of prohibitionism that results in the public policy of war on drugs, this work promotes the study of 155 criminal actions linked to drug trafficking in a criminal court of State Justice in a city county, in a period between January of 2014 and December of 2015. The quantitative and qualitative data extracted from these cases were interpreted with focus on pre-trial detention and the effects on the process flow. In sequence, 83 were selected and analyzed by the theory of sentencing, the grounds of condemnation, the penalty used by the magistrate and other factors that allow us to verify an high index of condemnations and a preference to custodial sentences which confirms the punishment logical. We finished with a model of case study where were observed, in details, since the police approach that results in detention in the act, passing by conversion to pre-trial detention until the final condemnation, the correlations between criminal justice and the logic in a process of drug trafficking where two of the most important problems of incarceration are allied.

**Keywords:** pre-trial detention, drug trafficking, criminal justice.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1 - O USO EXCESSIVO DA PRISÃO PREVENTIVA: IDENTIFICANDO O PROBLEMA.....</b>	<b>14</b>
1.1 CONCEITUANDO A PRISÃO PREVENTIVA.....	14
1.2 O CRESCENTE ENCARCERAMENTO NO BRASIL E AS ALTAS TAXAS DE PRISÃO PREVENTIVA: IDENTIFICANDO O PROBLEMA.....	16
1.3 A PRISÃO PREVENTIVA NA ÓTICA DA DOCTRINA PROCESSUAL PENAL.....	22
1.4 A PRISÃO PREVENTIVA COMO OBJETO DE ESTUDO.....	33
1.5 RECENTES PESQUISAS INSTITUCIONAIS SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA.....	53
1.6 O DESENHO INSTITUCIONAL DOS ÓRGÃOS DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL.....	75
1.6.1 - Estrutura de segurança pública.....	75
1.6.2 - Estrutura dos órgãos de Justiça Criminal.....	78
1.6.3 - Estrutura dos órgãos de execução penal.....	79
1.7 - CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E SUA RELAÇÃO COM A PRISÃO.....	80
<b>2 - APORTES TEÓRICOS SOBRE CRIME DESVIO E CONTROLE SOCIAL.....</b>	<b>84</b>
2.1 O CONTROLE SOCIAL.....	85
2.2 O CONTROLE SOCIAL NA MODERNIDADE TARDIA.....	89
2.3 VISÃO SOCIOLÓGICA SOBRE AS INSTITUIÇÕES.....	97
2.4 RELAÇÕES INSTITUCIONAIS E A SELETIVIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL.....	108
2.5 POLÍTICAS PROIBICIONISTAS E O CONTROLE PENAL DAS DROGAS....	114
2.5.1 Possíveis marcos da internacionalização da política proibicionista.....	116
2.5.2 Os efeitos do proibicionismo.....	119
2.5.3 Uma visão socioeconômica sobre a questão das drogas.....	121
2.5.4 A Política de drogas no Brasil.....	124

2.5.5 A questão do encarceramento.....	126
2.6 <i>TEORY OF SENTENCING</i> .....	129
<b>3 A PESQUISA DE CAMPO.....</b>	<b>138</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS.....	138
3.2 A PRISÃO PREVENTIVA NO CAMINHO INSTITUCIONAL: O FLUXO PROCESSUAL.....	139
3.3 DELIMITANDO OS CONTORNOS DA PESQUISA.....	144
3.4 IMERSÃO NO CAMPO DE PESQUISA .....	146
3.4.1 O acesso aos processos.....	147
3.4.2 Breve descrição sobre a disposição humana e física da 4ª Vara Criminal.....	149
3.5 APRESENTAÇÃO GERAL DOS PROCESSOS.....	150
3.5.1 Dados numéricos.....	151
3.5.2 Dados práticos observados: considerações gerais para a compreensão do fenômeno da prisão preventiva.....	154
3.6 ANÁLISE PORMENORIZADA DE 83 SENTENÇAS.....	161
3.6.1 Materialidade.....	162
3.6.2 Formas de tipificação na denúncia e na sentença.....	166
3.6.3 Forma de aplicação de pena.....	168
3.7 ANÁLISE DE UM CASO MODELO.....	174
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>191</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>195</b>

## INTRODUÇÃO

Os dados do Ministério da Justiça (2015) indicam que mais de 40% da população carcerária brasileira é composta por presos provisórios. Em outros termos, isso significa que num sistema prisional que oferece oficialmente 375.892 vagas e “abriga” mais de seiscentas mil pessoas, aproximadamente duzentas e quarenta mil estão encarceradas sem que haja uma condenação e declaradamente (pela lei) não estão cumprindo pena. Quem é o responsável por essa estranha matemática?

As democracias modernas, incluindo-se a nossa, adotam como um de seus fundamentos constituintes o princípio da presunção de inocência que diz que ninguém poderá ser considerado culpado antes de ser regularmente processado e julgado sob o crivo do devido processo legal. Contudo, a partir das próprias regras constitucionais especificadas pela legislação processual penal, abre-se uma excepcional possibilidade de se prender uma pessoa suspeita de ter cometido crime, quando isto seja necessário para se assegurar a efetividade do processo criminal – é a chamada prisão preventiva.

Destes conceitos se depreende que, como regra, o Estado só poderá submeter um cidadão ao cárcere como forma de punição determinada na sentença condenatória transitada em julgado e excepcionalmente poderá prender preventivamente quando for estritamente necessário para a efetividade do devido processo legal, o que implica na afirmação de que a prisão preventiva não pode ser uma antecipação punitiva.

A explicação jurídica não consegue tornar claros os cálculos do sistema prisional e trazem mais uma questão: se 40% das pessoas que estão presas sequer foram condenadas, como a exceção está se tornando a regra?

Estas indagações fizeram com que muitos estudiosos se debruçassem sobre a questão na busca de causas e soluções. Grande parte dos trabalhos realizados apontam problemas na regulamentação legal da prisão preventiva, asseveram a ausência de um prazo máximo para sua duração e indicam também que os fundamentos desenhados pela legislação, sobretudo a expressão “garantia da ordem pública”, dão uma margem interpretativa muito extensa para o magistrado aplicá-la e concluem pela necessidade de alterações legais a fim de se garantir a diminuição das taxas de presos provisórios. Estes estudos enfatizam ainda que a atual forma de utilização da prisão preventiva, na maioria

dos casos desrespeita princípios e garantias fundamentais que embasam a condição de cidadania, tais como presunção de inocência e devido processo legal.

Além dos problemas de desenho legal, outras pesquisas identificam a utilização da prisão preventiva como uma antecipação punitiva e uma questão de seletividade do sistema de justiça criminal, mas não conseguem identificar com precisão a relação de causa e efeito mais imediata ocasionada por esta prática. O enfoque das pesquisas e as suas conclusões são pertinentes, mas ainda deixam inconclusivas as explicações sobre as altas e crescentes cifras de presos provisórios, também não apontam outros efeitos ocasionados pela prisão preventiva no fluxo processual por encararem-na apenas como uma decisão do judiciário, muitas vezes deixam de observar suas relações com os demais órgãos do sistema de justiça criminal.

Na presente pesquisa nos atentaremos para outro ponto crítico que gera grande encarceramento, as políticas penais relacionadas às drogas, que se esteiram numa lógica de proibicionismo punitivo e resulta na chamada “guerra às drogas”. Os dados do Ministério da Justiça (2014, p. 71) apontam que 35,1% das pessoas presas no Brasil, respondem por crimes relacionados à lei de entorpecentes (11.343/06). Assim, optamos por formular uma investigação que relacione estes dois pontos nevrálgicos do sistema carcerário: prisão preventiva e drogas.

As perguntas iniciais levantadas são: Para além da mera questão legal, há outros fatores que explicam o alto índice de prisão preventiva? Como a prisão preventiva se dá em casos práticos? Quais fatores operam no momento da decisão judicial? O que antecede e o que se sucede a prisão preventiva? Quais os efeitos da prisão preventiva no fluxo processual? O que a prisão preventiva representa em termos de integração dos órgãos responsáveis pelo sistema de justiça criminal?

A presente pesquisa pretende evidenciar que as altas taxas de prisão preventiva não são simplesmente um problema ocasionado por um instituto processual penal passível de ser resolvido pela simples reconfiguração legal, concordamos com os apontamentos que relacionam o problema às práticas inquisitoriais arraigadas no sistema de justiça criminal, mas acreditamos que isto precisa ser mais bem explorado e evidenciado a partir de observações práticas. Outro objetivo da pesquisa empreendida é demonstrar os efeitos da prisão preventiva no fluxo processual e as intermediações que ela provoca entre as instituições que integram todo o sistema de Justiça Criminal.

Observá-la não apenas a partir da crítica formulada de que a mesma vem sendo empregada como antecipação punitiva, mas tentar evidenciá-la para além desta explicação e apontar outras causas que levam os atores das instituições envolvidas a lançarem mão deste Instituto.

Para isso, no primeiro capítulo apresenta-se a conceituação da prisão preventiva e um mapeamento da atual situação carcerária do Brasil. Em seguida descreve-se o tratamento dado pela doutrina processual penal sobre o instituto, seguindo-se de trabalhos acadêmicos que se debruçaram sobre o tema, faz-se ainda uma síntese de duas recentes pesquisas lançadas pelo Ministério da Justiça e pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa sobre o excesso de prisões provisórias, a partir destes trabalhos são demonstradas as mais recentes discussões travadas sobre o problema em foco, de onde se extrai algumas causas e possíveis soluções propostas. Na sequência fez-se um inventário sobre os órgãos que integram o sistema de justiça criminal, evidenciando-se desde aqueles envolvidos com a segurança pública onde se iniciam as investigações e as prisões em flagrante, passando-se pela justiça criminal especificamente considerada com seus órgãos de acusação, defesa e julgamento; em continuidade, os órgãos envolvidos com a execução penal, desde agentes penitenciários responsáveis pela tutela imediata dos presos até aqueles destinados à fiscalização e análise dos processos.

No segundo capítulo fizemos uma revisão da literatura que versa sobre crime desvio e controle social, passando por uma discussão sobre o controle na modernidade tardia e em seguida um estudo sociológico sobre instituições, para na sequência aprofundarmos na bibliografia que trata especificamente de instituições envolvidas com o controle social, enfatizando-se estudos sobre as organizações do sistema de justiça criminal no Brasil. Em seguida apontamos as discussões sobre política de drogas, proibicionismo e guerra às drogas, destacando alguns antecedentes históricos, política internacional e atual situação no Brasil. Por fim destacamos um estudo da teoria da *sentencing*, por oferecer relevante suporte para empreendermos a observação do Judiciário e suas práticas.

No terceiro capítulo demonstramos a pesquisa realizada, a qual se concentrou na investigação de processos penais referentes aos crimes de tráfico de drogas no recorte temporal de dois anos, compreendidos entre primeiro de janeiro de

2014 e 31 de dezembro de 2015, junto à 4ª Vara Criminal da Justiça estadual da Comarca de Juiz de Fora – MG. Após uma breve discussão metodológica seguida de apontamentos sobre o fluxo de processos criminais, apresenta-se uma quantificação dos dados objetivos extraídos do processo, sobretudo o seu tempo de duração, a forma de início se por flagrante ou por investigação policial e as conversões dessa modalidade de prisão em prisão preventiva. Na sequência, delineamos considerações extraídas de uma observação geral dos dados processuais para a compreensão da prática da prisão preventiva. Em seguida, fizemos uma análise pormenorizada de oitenta e três (83) sentenças na tentativa de buscarmos uma compreensão mais abrangente das conexões que se estabelecem entre prisão preventiva e tráfico de drogas. Após referida análise, apresentamos um estudo de caso único no qual buscamos examinar os motivos invocados no Auto de Prisão em Flagrante para privar o indivíduo de sua liberdade, os motivos invocados pelo juiz para negar o pedido de liberdade e converter a prisão em flagrante em prisão preventiva; seguida da análise das motivações aduzidas pelo juiz para reconstruir, interpretar, codificar o caso e condenar o acusado a uma pena privativa de liberdade em regime fechado, bem como para negar o direito do sentenciado de recorrer em liberdade, para cada aspecto destacamos o vocabulário de motivos utilizados pelo juiz.

Nas considerações finais desta dissertação buscamos correlacionar os ensinamentos advindos do estudo empírico com o conhecimento obtido a partir do caminho percorrido nesta pesquisa, para então apontarmos o que observamos dentro do contexto estudado.

## **1 O USO EXCESSIVO DA PRISÃO PREVENTIVA: IDENTIFICANDO O PROBLEMA**

### **1.1 CONCEITUANDO A PRISÃO PREVENTIVA:**

A prisão preventiva é uma medida cautelar tomada no curso de uma investigação criminal ou de um processo penal – antes, portanto, de qualquer decisão condenatória – que consiste na privação da liberdade, mediante o encarceramento do suspeito. Esta só pode ser decretada por um juiz de direito, de ofício, ou a requerimento dos interessados (delegado de polícia, Ministério Público ou vítimas e seus representantes). Considerada uma medida processual penal, inserida num limiar entre direitos e garantias individuais e dever do Estado de garantir segurança pública em sua aplicação prática pode-se observar intrincadas relações entre poderes do Estado, Instituições do sistema de justiça criminal, sociedade e indivíduo.

A Constituição Federal consagra explicitamente o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em complemento a esse princípio, também estabelece que ninguém poderá ser preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI ). Assim, o Código de Processo Penal (CPP) em seu art. 312, dá os fundamentos legais para que esta medida possa ser arbitrada, sendo seus requisitos brevemente comentados e interpretados no verbete emitido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) da seguinte forma:

#### **Prisão preventiva - requisitos**

**Descrição do Verbetes:** A prisão preventiva é um instrumento processual que pode ser utilizado pelo juiz durante um inquérito policial ou já na ação penal, devendo, em ambos os casos, estarem preenchidos os requisitos legais para sua decretação. O artigo 312 do Código de Processo Penal aponta os requisitos que podem fundamentar a prisão preventiva, sendo eles: a) garantia da ordem pública e da ordem econômica (impedir que o réu continue praticando crimes); b) conveniência da instrução criminal (evitar que o réu atrapalhe o andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas); c) assegurar a aplicação da lei penal (impossibilitar a fuga do réu, garantindo que a pena imposta pela sentença seja cumprida).

O princípio da presunção de inocência, um dos pilares das democracias modernas, implica que a prisão preventiva não pode ser uma antecipação punitiva, mas

simplesmente uma forma de garantia ao andamento do processo ou à preservação da ordem pública e econômica. Assim, o discurso oficial do Judiciário para a fundamentação de prisões preventivas segue os parâmetros delimitados pela própria legislação, segundo a qual a prisão preventiva deve ser sempre medida assecuratória, cautelar, jamais punitiva, conforme se depreende do próprio verbete interpretativo transcrito acima, portanto, do ponto de vista jurídico e estritamente legal, a questão não suscita maiores problemas, está resolvida da seguinte maneira: como regra só se pode prender quem foi condenado e tem uma pena estabelecida; e, excepcionalmente pode-se decretar a prisão preventiva para que o suspeito de ter cometido um crime fique acautelado durante o curso da investigação ou do processo, sem que isso represente uma antecipação de pena.

Destacam-se algumas modalidades de prisão em nosso ordenamento jurídico, conforme assevera LOPES JR. (2012): a mais recorrente é a chamada prisão por cumprimento de pena, destinada aos autores de crimes que foram devidamente processados, julgados e condenados a uma punição de privação de liberdade; a segunda é a prisão em flagrante delito, nesta a legislação determina às autoridades competentes e permite a qualquer cidadão prender quem esteja praticando, ou seja, visto imediatamente após praticar um crime, sendo que a pessoa presa deve ser prontamente encaminhada à autoridade pública e em vinte e quatro horas. Esta prisão deve ser comunicada a um juiz que decidirá sobre a soltura ou se a converterá em prisão preventiva, sendo esta a terceira modalidade de prisão que conforme já se explicou consiste em medida cautelar excepcionalmente decretada para se determinar que o suspeito ou réu responda preso pelo crime que lhe é atribuído; a quarta modalidade é a prisão temporária que consiste em se decretar a prisão de um suspeito, pelo prazo de cinco dias prorrogáveis por mais cinco, a fim de tê-lo mais próximo facilitando e intensificando os atos de investigação, como interrogá-lo ou cumprir buscas em seu imóvel; por fim, a quinta modalidade é a prisão por dívida de pensão alimentícia, representa também uma medida cautelar no âmbito do direito processual civil que tem a função de pressionar o devedor a quitar o seu débito.

Além da prisão preventiva, nos interessa especialmente as duas primeiras modalidades descritas acima, pois o cumprimento de pena será sempre um parâmetro de comparação entre os presos provisórios e por se saber de antemão que o maior número

de prisões preventivas se origina da análise das prisões em flagrante feitas pelos juízes que por força do art. 310 do CPP ao recebê-lo deverão num prazo legal de 24 horas decidirem, tendo basicamente três hipóteses: reconhecer ilegalidades no flagrante e relaxá-lo libertando o sujeito, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, ou conceder liberdade provisória cumulada ou não com medidas cautelares, permitindo assim que o sujeito responda livre ao processo, conforme Lopes Jr. (2012, p. 799).

Portanto, excepcionando a hipótese de prisão por dívida alimentar, podemos afirmar que os indivíduos só podem ser presos em virtude da prática de algum crime, e estas prisões se subdividem em dois grupos principais: os presos em virtude de condenação, que estão cumprindo pena e os presos provisórios que são suspeitos ou processados pela prática de delito e assim aguardam, detidos, a resolução de seu caso.

## 1.2 O CRESCENTE ENCARCERAMENTO NO BRASIL E AS ALTAS TAXAS DE PRISÃO PREVENTIVA: IDENTIFICANDO O PROBLEMA.

O Brasil está entre os países que apresentam as maiores extensões territoriais, bem como apresenta uma das maiores populações, no ano de 2015 o IBGE registrou o número de 204.450.649 milhões de habitantes em nosso país, o que o coloca na quinta posição da lista mundial, ficando atrás de China, Índia, EUA e Indonésia, respectivamente. Quando o quesito a ser avaliado é o número de pessoas presas, o Brasil sobe uma posição na lista mundial, conforme se observa na tabela a seguir:

Tabela 1 – Lista dos dez países com maior população prisional do mundo

País	População prisional	Taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes	Taxa de ocupação	Taxa de presos sem condenação
Estados Unidos	2.228.424	698	102,70%	20,40%
China	1.657.812	119	-	-
Rússia	673.818	468	94,20%	17,90%
Brasil	607.731	300	161,00%	41,00%
Índia	411.992	33	118,40%	67,60%
Tailândia	308.093	457	133,90%	20,60%
México	255.638	214	125,80%	42,00%
Irã	225.624	290	161,20%	25,10%
Indonésia	167.163	66	153,00%	31,90%
Turquia	165.033	212	101,20%	13,90%

Fonte: Ministério da Justiça – INFOPEN – junho de 2014

A tabela supracitada, em sua terceira coluna, demonstra a proporção de presos para cada 100 mil habitantes, dado tratado como taxa de aprisionamento pelo Ministério da Justiça (2014), q se tomada como referencial faz com que o Brasil caia consideravelmente no *ranking* dos países que mais encarceram. Porém, este dado não se apresenta tão alentador quando nos atentamos para outra comparação evidenciada pela mencionada pesquisa: o índice de crescimento da taxa de encarceramento segue numa grande ascendência ao longo das últimas décadas, entre os anos de 1995 e 2010 a variação da taxa de aprisionamento apresentou crescimento de 136% no Brasil, ficando atrás apenas da Indonésia. Observa-se que os países com maior número de pessoas presas (EUA, China e Rússia), entre os anos de 2008 e 2014, apresentaram taxas decrescentes, enquanto aqui, neste período, se registra um aumento de 33%. Pela tabela abaixo extraída de pesquisa formulada por Roy Walmsley (2015) tem-se uma boa base

comparativa que retrata a evolução prisional de diversos países ao longo dos últimos 15 anos.

Tabela 2 – População prisional por habitantes do país no tempo

	População Prisional em 2014	População estimada em 2014	Presos por 100.000 habitantes em 2014	Evolução no tempo		
				Ano	Total	Divisão
Brasil	607.731	202,03m	301	2000	232.755	133
				2005	361.402	193
				2010	496.215	253
Argentina	69.060	43,20m	160	1999	38.604	133
				2005	63.357	161
				2010	65.095	157
EUA	2.217.000	317,76m	698	2000	1.937.482	683
				2005	2.195.471	739
				2010	2.270.142	731
China	1.657.812	1.393,78m	119	2000	1.427.404	111
				2005	1.565.771	118
				2010	1.656.773	121
Rússia	642.470	144,4m	445	2000	1.060.404	729
				2005	763.115	532
				2010	864.194	609
Portugal	14.238	10,33m	138	2000	12.944	126
				2005	12.889	123
				2010	11.613	110

Fonte: WPR – *World Prison Brief* – (Walmsley, 2015)

Segundo o Ministério da Justiça – INFOPEN – (2014, p. 16) caso este ritmo de aprisionamento se mantenha em nosso país, no ano de 2022 contaremos com uma população prisional superior a um milhão e no ano de 2075, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade, apontando ainda as taxa de aprisionamento (presos por cem mil habitantes) referentes aos estados da federação, estando em primeiro lugar Mato Grosso do Sul, com taxa de 568,9, na sequência o estado de São Paulo e o Distrito Federal com 497,4 e 496,8 respectivamente; Minas Gerais é o estado que apresenta a segunda maior população prisional em números absolutos, 61.286 pessoas presas e ocupa a décima primeira posição entre os estados no que se refere à taxa de aprisionamento, que está próxima à média nacional, 295,3 presos por cem mil habitantes. Os últimos da lista são os estados da Bahia, Piauí e Maranhão, com taxas de 101,8; 100,9 e 89,0 respectivamente. Esses números nos permitem concluir que o Brasil é um país com uma grande população carcerária em números absolutos, medianamente considerada quando comparada com seu número de habitantes, porém com uma taxa de crescimento das mais altas observadas em todo o mundo nos últimos anos, crescimento que se dá de forma geral em todo o seu território.

Os dados estatísticos por si só chamam a atenção por parte de autoridades, estudiosos e pesquisadores, sendo que a mencionada pesquisa (2014) revela números

ainda mais preocupantes que demonstram um colapso do sistema prisional que atualmente oferece apenas 377 mil vagas, apresentando, portanto, o déficit de 231.062 vagas, tratado na “Tabela 1” supracitada como *taxa de ocupação* de 161%, usualmente conhecida como “superlotação carcerária”. Em outros termos, significa dizer que num espaço destinado para dez pessoas temos nada menos do que dezesseis. Para efeito comparativo é importante destacar que este problema não é recente, a pesquisa aponta que no ano 2000 o sistema prisional oferecia 135.710 vagas e estava ocupado por 232.755 pessoas, portanto um déficit de 97.045 vagas e no decorrer dos anos, apesar de se triplicar o número de vagas o déficit mais que dobrou. A situação prisional dos estados da federação também seguem estes parâmetros, Pernambuco, com 265%, apresenta a maior taxa de ocupação, Minas Gerais está na décima primeira posição com 164% e os últimos da lista são Rio Grande do Sul e Maranhão com 121%.

Pesquisa formulada pelo Conselho Nacional de Justiça (2014, p. 17), faz o exercício de agregar aos números referentes à superlotação o alarmante dado que revela a existência de 373.991 mandados de prisão em aberto, ou seja, se numa situação hipotética todas estas ordens de prisão fossem cumpridas, o sistema carcerário passaria a apresentar um excedente de 605.053 vagas.

Para além dos dados estatísticos de crescente encarceramento e superlotação é importante frisar as consequências degradantes que tal situação prisional acarreta para os indivíduos, tais como: condições de insalubridade que afetam a saúde física e mental, precárias ou inexistentes condições de assistência psicológica, social e de alimentação, além da constante exposição e estímulo a situações de violência entre os próprios reclusos e por parte dos agentes públicos responsáveis por contingenciar e administrar um grande número de pessoas num limitado espaço e com recursos cada vez mais escassos, conforme aponta relatório da Organização dos Estados Americanos – OEA (2014).

Não obstante o fato de estar mais do que evidente ao Estado e à sociedade o profundo déficit no sistema prisional, o número de pessoas encarceradas não para de crescer. Os dados oficiais também demonstram que uma das principais responsáveis é a prisão preventiva. Nada menos do que 41% dos presos são provisórios, o que ultrapassa o número de 250.000 pessoas que aguardam seu julgamento detidas cautelarmente sem que tenham sido definitivamente declaradas culpadas, tampouco inocentes, apesar de

por direito presumidamente o serem (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014). A tabela 1, que lista os dez países com maior população prisional do mundo, também demonstra que dentre estes o Brasil é o terceiro em percentual de presos provisórios.

É interessante observar as proporções de pessoas presas provisoriamente e presas por condenação, bem como comparar os respectivos regimes de cumprimento de pena: 2.857 presos estão em medida de segurança, 250.094 - 41% dos presos cumprem pena em regime fechado, 89.639 - 15% dos presos cumprem pena em regime semiaberto, 15.036 - 3% dos presos cumprem pena em regime aberto, 250.213 - 41% presos não tem condenação, são presos preventivos que aguardam julgamento. Deve-se destacar que os presos provisórios são tratados com os mesmos rigores de presos em regime fechado.

A pesquisa do Ministério da Justiça (2014) relaciona ainda importantes dados que se referem à porcentagem de presos provisórios por Unidade da Federação, lideram a lista os estados de Sergipe, Maranhão e Bahia respectivamente com 73%, 66%, e 65% de sua população carcerária composta por presos provisórios. Minas Gerais ocupa a sétima posição com 53%, São Paulo, o estado com maior população carcerária, ocupa a vigésima segunda posição com 32% e no final da lista estão os estados de Santa Catarina, Acre e Rondônia, respectivamente com 25%, 19% e 16% de presos provisórios.

As pesquisas revelam ainda que a grande maioria das prisões é decretada por conta de um restrito grupo de crimes. Encabeçam a lista crimes contra o patrimônio, principalmente o roubo e em seguida o furto, na sequência o tráfico de drogas e o homicídio. Segundo dados do Ministério da Justiça (2014) no estado de Minas Gerais a população carcerária se apresenta da seguinte forma: 14,4% por homicídio; 26,4% por tráfico de drogas; 23,6% por furto; e 25,5% por roubo (na estatística apresentada a soma ultrapassa 100%, pois há presos que respondem ou foram condenados pela prática de mais de um crime).

Mais do que instaurar institutos legais ou dispositivos jurídicos formais, a previsão constitucional da presunção de inocência juntamente com o princípio do devido processo legal têm uma significação política e social muito mais profunda: formalizam uma garantia fundamental reconhecida na maior parte dos países democráticos ocidentais e se referem a um dos principais direitos conquistados ao longo

do desenvolvimento da modernidade. Trata-se de uma garantia contra o arbítrio autoritário do poder estatal. Sob o enfoque destes direitos e garantias, os altos índices de presos preventivos já vêm sendo identificados como um problema ou uma disfuncionalidade, por parte de algumas autoridades, órgãos de proteção aos direitos humanos, operadores do direito e estudiosos da área. Em 2014, a Organização dos Estados Americanos (OEA), através de estudos empreendidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, publicou importante documento intitulado “Relatório Sobre o Uso da Prisão Preventiva nas Américas – introdução e recomendações”, onde faz um extenso inventário do uso excessivo da prisão preventiva, em diversos países americanos, identificando-o como um problema complexo produzido por causas distintas e origens que perpassam por questões de desenho legal, deficiências estruturais dos sistemas de justiça, ameaças à independência judicial e tendências enraizadas na cultura e prática judicial, entre outras. Merece destaque o primeiro apontamento:

1. Há mais de uma década, a Comissão Interamericana de Direito Humanos (doravante “a CIDH” ou “a Comissão”) considera que a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva é um problema crônico em muitos países da região<sup>1</sup>. Em seu recente *Relatório sobre os Direitos Humanos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*, a CIDH assinalou dentre os problemas mais graves e generalizados na região, o uso excessivo da prisão preventiva; e destacou que esta disfuncionalidade do sistema de justiça penal é, por sua vez, a causa de outros problemas como a superlotação e a falta de separação entre processados e condenados. (OEA, 2014, p. 01)

Igualmente o nono apontamento deve ser frisado:

9. Ao mesmo tempo, o uso não excepcional desta medida contribuiu para agravar outros problemas já existentes na região, como os altos níveis de superlotação penitenciária, o que gera uma situação fática na qual se veem violados outros direitos fundamentais de prisioneiros, como o direito à integridade pessoal. Na absoluta maioria dos países da região, as pessoas em prisão preventiva estão expostas às mesmas condições das pessoas condenadas e, por vezes, a um tratamento pior que aquelas. As pessoas em prisão preventiva sofrem grandes tensões pessoais como resultado da perda de renda e a separação forçada de sua família e comunidade; ademais, padecem do impacto psicológico e emocional do próprio fato de estarem privadas de liberdade sem terem sido condenadas, e, em geral, são expostas a um entorno de violência, corrupção, insalubridade e condições desumanas presentes nas prisões da região. Inclusive, os índices de suicídios cometidos em prisões são maiores entre os presos em prisão preventiva. (OEA, 2014, p. 03)

Outros problemas são apontados pelo relatório, como consequência das altas taxas de pessoas que esperam seu julgamento em prisões, um deles se refere à própria

gestão penitenciária que fica sobrecarregada e incapacitada de atender às necessidades básicas da população reclusa ante os altos gastos despendidos com as prisões provisórias. O relatório propõe o uso mais racional da prisão preventiva, asseverando que a mesma não pode ser usada como uma ferramenta de controle social ou de antecipação de pena; reforça a necessidade de se propor mudanças na cultura e na prática judicial para que se consiga uma diminuição do número de prisões preventivas. O estudo destaca ainda a inexistência de pesquisas sobre os impactos da prisão preventiva sobre o fenômeno da delinquência, não se sabendo ao certo se ela teria o condão de diminuí-la (OEA, 2014, p. 14).

Prossegue ressaltando que na maioria dos países da América Latina não existem proibições legais tampouco morais que impeçam a duração da prisão preventiva por um tempo excessivo quando devidamente decretada e apesar de observarem que a mesma é descontada da pena efetivamente aplicada ao sujeito caso ele seja condenado não se percebe nenhum mecanismo para reparação do dano infligido ao sujeito que a suporta sem merecer, ou seja, responde ao processo preso e vem a ser absolvido.

### 1.3 A PRISÃO PREVENTIVA NA ÓTICA DA DOUTRINA PROCESSUAL PENAL.

Na formulação teórica do modelo garantista, o processualista penal italiano, Luigi Ferrajoli, estabelece os critérios para definição da democracia substancial e as formas de intervenção estatal para concretizar o Estado constitucional de direito. Alia o absentismo do Estado liberal com o intervencionismo do Estado social para forjar a máxima que resumiria o tipo ideal de Estado de direito nas democracias ocidentais: “direito penal mínimo, direito social máximo.” (Carvalho, 2010, p.239).

Ferrajoli, em sua obra “Direito e Razão” na qual traça os contornos da teoria garantista penal, assume posicionamento radicalmente contrário à prisão preventiva conforme se observa:

O imputado deve comparecer livre perante seus juízes, não só porque lhe seja assegurada a dignidade de cidadão presumido inocente, mas também - e diria acima de tudo - por necessidade processual: para que ele esteja em pé de igualdade com a acusação; para que, depois do interrogatório e antes da audiência definitiva, possa organizar eficazmente sua defesa; para que a acusação não esteja em condições de trapacear no jogo, construindo acusações e deteriorando provas pelas suas costas. (...)

Ainda de acordo com o supracitado autor:

Um argumento no qual se baseiam muitos Defensores da prisão preventiva é o clamor social originado pela ideia de que um delinquente ainda não julgado não seja punido imediatamente. Pode ocorrer que nisso haja algo de verdade: uma parte da opinião pública seguramente associa a finalidades diretamente repressivas à prisão preventiva. Mas essa ideia primordial do bode expiatório é justamente uma daquelas contra a qual nasceu aquele delicado mecanismo que é o processo penal, que não serve, como já afirmei, para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas (FERRAJOLI, 2010, p. 515-516)

Em que pese a ampla aceitação da teoria garantista entre os doutrinadores do direito, as ideias sustentadas por Ferrajoli (2010) no sentido de eliminação da prisão preventiva não tiveram grande impacto no ordenamento jurídico pátrio, haja vista a sua expressa previsão no processo penal brasileiro, no texto constitucional e a sua maciça utilização na prática jurídica.

O instituto da prisão preventiva é pormenorizadamente explicado pelos juristas brasileiros. Fábio Delmanto (2008) aponta uma importante diferenciação entre prisão-pena e prisão provisória, no sentido de serem aplicadas em momentos diversos e com finalidades diversas, sendo a primeira imposta pela justiça penal a título de sanção após uma sentença criminal passada em julgado, já a segunda é imposta a título de cautelar, ou de garantia imediata da tutela de um bem jurídico, portanto durante o curso do processo.

Cabe destacar que as medidas cautelares devem obedecer aos mandamentos legais, mas, sobretudo, aos princípios constitucionais. É no campo das medidas cautelares de natureza penal, em especial, a prisão cautelar, que se encontra a mais agressiva forma de intervenção estatal na esfera individual. Isso se deve porque a prisão cautelar submete a pessoa humana ao mesmo sofrimento infligido ao preso que cumpre pena após a formação de sua culpa, porém em caráter provisório, sumário, sem juízo de certeza, sem o esgotamento de todas as etapas do devido processo legal conforme NICOLITT (2011).

Ciente da natureza instrumental das medidas cautelares, importante que não se esqueça que a dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da Constituição Federal de 1988, veda que o indivíduo indiciado ou acusado seja instrumentalizado ou coisificado, perdendo sua condição de sujeito de direitos.

Destarte, o conceito apresentado por Ingo Sarlet (2007 *apud* NICOLITT, 2011, p. 21) para quem a dignidade humana é:

“A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

A cautelaridade no processo penal se desenvolve em três modalidades: medidas cautelares pessoais; medidas cautelares reais e medidas cautelares probatórias. No presente trabalho vamos nos ater às medidas cautelares pessoais, especificamente, a prisão preventiva. A princípio, no Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra. Assim, a imposição de restrições à liberdade de qualquer indivíduo só pode ocorrer de forma excepcional. Dentre as cautelares pessoais, em escala progressiva de onerosidade às liberdades individuais, desponta a prisão preventiva como a medida mais gravosa, pois priva da liberdade o cidadão a ela submetido e, em última análise, antecipa efeitos que são próprios de uma sentença condenatória com trânsito em julgado, apesar de sua condição de presumidamente inocente (art. 5º, LVII, CF/88). Daí o caráter excepcional da medida.

Atenta aos princípios e postulados da Constituição Federal de 1988 (CF/88), especialmente ao princípio da não-culpabilidade (art. 5º, LVII, CF/88), a Lei 12.403/11, que promoveu importantes alterações no Código de Processo Penal, enfatiza não só o caráter excepcional e subsidiário da prisão preventiva como coloca à disposição de seu intérprete e aplicador uma série de medidas alternativas ou substitutivas ao encarceramento.

Conforme LOPES JR. (2012) a prisão preventiva poderá ser decretada no curso da investigação policial, no curso do processo, ou até mesmo após a sentença condenatória recorrível, inclusive na fase recursal caso haja necessidade. É competente para decretá-la o juiz de primeiro grau ou tribunal, em decisão fundamentada, a partir do requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. Cabe salientar que o querelante a que aduz o art. 311 do CPP se refere ao querelante da ação penal privada subsidiária da pública, sendo este competente para requerer tal medida cautelar por ocupar uma posição similar ao do Ministério Público, por inércia deste.

Conforme PACHELLI (2013, p. 87), diante da banalização do instituto da prisão preventiva, a Lei 12.403/11 reiterou em diversos dispositivos a necessidade imperativa de fundamentar as decisões que imponham restrições cautelares a direitos individuais, embora a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais já estivesse acobertada como uma garantia constitucional (art. 5º, IX, CF). Não obstante tratar-se de uma garantia prevista no texto constitucional, uma motivação atenta ao contexto, às circunstâncias fáticas e sua conexão com o direito vigente não tem sido uma marca característica do judiciário brasileiro, o que se vê são decisões vazias de amparo fático, que se limitam à mera repetição do texto de lei, o que contribui para a impetração de grande volume de *habeas corpus* junto aos tribunais de justiça.

Soma-se à imprescindibilidade da motivação das decisões judiciais, a análise dos critérios fundamentais para a aplicação das medidas cautelares, especificamente a prisão preventiva: necessidade, adequação e juízo de proporcionalidade. A necessidade, como núcleo essencial na aplicação das medidas cautelares pessoais, precisa ser concreta, ou seja, não basta meras especulações acerca da “reiteração criminosa”, de riscos abstratos à investigação ou à instrução ou mesmo à possibilidade de fuga do preso, entre outros argumentos frágeis. Não só a necessidade norteia a atividade judicante, diante da pluralidade de medidas cautelares de natureza pessoal é necessário o exame da adequação de cada uma delas ao caso concreto, seguindo o direcionamento do Código de Processo Penal: adequação da medida à gravidade do delito, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. O juízo de proporcionalidade se manifesta em decorrência dos critérios anteriores, uma vez que a medida cautelar que se faça necessária deverá ser adequada às finalidades que motivam sua aplicação, ou seja, a eficácia na proteção do processo sem implicar excessiva restrição a direitos do investigado/acusado, analisadas as circunstâncias fáticas, a gravidade do crime e as condições pessoais investigado/acusado. Também aqui não se pode olvidar que a decisão construída deve orientar-se por uma projeção racional da pena privativa de liberdade aplicável ao final do processo, para que a medida cautelar imposta não supere em gravidade qualitativa e quantitativa a pena que possa vir a ser aplicada em virtude de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

No que tange à exigência acima exposta, o processualista penal, Eugênio Pacelli leciona:

Há justificativas específicas para semelhante exigência, a saber: (a) primeiro, por determinação constitucional expressa (art. 93); (b) segundo, porque toda a Administração Pública deve se pautar pela impessoalidade na respectiva atuação, até mesmo pelo fato de seus agentes exercerem *funções públicas* e não *mandatos eletivos*, em que o exercício do poder decorre do voto dos representados; e, (c) porque a *transparência* dos atos do poder público permite o controle e a fiscalização acerca da correção da respectiva atuação.(PACELLI, 2013, p. 88)

Em comentário à nova redação do art. 311 do CPP, o autor Aury Lopes Júnior (2012) posiciona-se no sentido de que a mesma não representou um avanço significativo, pois segue permitindo a prisão preventiva de ofício apresentando apenas uma condicionante: desde que no “curso da ação penal”. Destarte:

O erro é duplo: primeiro permitir a atuação de ofício (juiz ator = ranço inquisitório), conforme exaustiva crítica feita, e, em segundo lugar, por empregar a expressão “curso da ação penal”, quando, tecnicamente, o correto é “no curso do processo”. A ação processual penal é um poder político constitucional de invocação da atividade jurisdicional, que uma vez invocada e posta em movimento, dá origem ao processo. O que se move, tem “proceder”, é o processo e não a ação penal. (LOPES JR., 2012, p. 823).

Já PACELLI (2013)tem um posicionamento que se alinha ao disposto no dispositivo, com a ressalva de não ser possível a decretação de ofício da prisão preventiva sob o fundamento da conveniência da instrução criminal, por entender que implicaria riscos de violação à imparcialidade do julgador, fundamento do princípio acusatório que rege o sistema processual penal brasileiro.

O requisito da prisão preventiva é sintetizado na expressão em latim, *fumus comissi delicti*, que se traduz na exigência de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. O *fumus comissi delicti* é simétrico ao *fumus boni iuris* do processo civil, o que se traduz como a fumaça do bom direito, embora com ele não se confunda. De acordo com LOPES JR (2012) tal requisito se traduz no juízo de probabilidade da ocorrência de um delito e não na sua mera possibilidade, diante do alto custo social que significa a decretação de uma prisão preventiva e do agravamento do peso do processo sobre as costas do imputado.

Além do *fumus comissi delicti*, a prisão preventiva exige uma situação de perigo ao normal desenvolvimento do processo, representada pelo fundamento *periculum libertatis*, o qual pode ser conceituado como o perigo concreto que decorre

do estado de liberdade do sujeito passivo da ação persecutória, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal em caso de decisão condenatória transitada em julgado. Sem o referido fundamento nenhuma prisão preventiva pode ser decretada. Obediente ao princípio da não culpabilidade, a decisão determinante da prisão preventiva está condicionada a hipóteses bem delimitadas (art. 313, CPP) e vincula-se a determinadas finalidades supracitadas, sobre as quais Aury Lopes Júnior (2012, p. 828-833) analisa individualmente, merecendo serem destacadas.

Segundo o citado autor a garantia da ordem pública trata-se de um conceito vago, indeterminado, despido de qualquer referencial semântico. Por sua vagueza e abertura é o fundamento preferido porque ninguém sabe ao certo o que significa. É recorrente a sua utilização como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera abalo social, que perturba a “tranquilidade” da comunidade. Outros, de forma mais equivocada ainda, invocam a gravidade do delito para fundamentar a preventiva. Há ainda os que justificam fundamentando na “credibilidade da justiça” e no risco da reiteração de condutas criminosas. Para o autor, a prisão para a garantia da ordem pública tem dupla natureza: *pena antecipada e medida de segurança*, uma vez que busca isolar um sujeito supostamente perigoso. Acrescenta que quando o poder público precisa lançar mão da prisão para legitimar-se anuncia um grave retrocesso para o estado policialesco e autoritário e compromete as conquistas democráticas. Quando o argumento é o risco da reiteração de condutas criminosas está atendendo a uma função de polícia do Estado, completamente alheio ao objeto e fundamento do processo penal.

De acordo com o autor supracitado, a Garantia da ordem econômica tem seu fundamento definido pela Lei 8.884/94, Lei antitruste, cujo objetivo é tutelar o risco decorrente de condutas que afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica. Tem pouca aplicação forense. Para o autor, o direito administrativo seria o ramo do direito mais eficaz no combate a tais condutas.

Já a Conveniência da instrução criminal, afirma o autor, objetiva tutelar a prova, o que não se confunde com interrogar o imputado e obter sua confissão. É empregada quando houver risco efetivo para a instrução. O termo “conveniência” é aberto, com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva, a qual é pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade,

sendo o último instrumento a ser utilizado. Além do argumento de prender para colher prova, outro comumente usado é o do “medo” da vítima e das testemunhas. De acordo com o autor, na imensa maioria das prisões cautelares decretadas sob esse fundamento a prisão é ilegal, pois não existe uma situação fática que legitime a intervenção penal. A crítica que se faz é que existem outras formas e instrumentos que permitam uma tutela segura da prova com um ônus social e individual infinitamente menor que o de uma prisão cautelar.

A última finalidade é para assegurar a aplicação da lei penal: a prisão é decretada para evitar que o sujeito fuja e evitar que a sentença condenatória se torne inócua diante da impossibilidade da aplicação da pena. Ressalte-se que o risco de fuga não é presumido, até porque seria uma afronta ao texto constitucional, segundo o qual a única presunção é a de inocência, portanto, exige que esteja fundamentado em circunstâncias concretas, ou seja, não se pode invocar a gravidade do delito ou a situação econômica favorável do acusado para aplicá-la.

Segundo PACELLI (2013, p. 100 e 101), a prisão para a garantia da ordem pública é o “calcanhar de Aquiles” do processo penal. Justifica tal afirmação por considerar tal modalidade de cautela absolutamente desconectada com a instrumentalidade inerente ao processo de natureza cautelar. E acrescenta:

“é de se lamentar a manutenção, pela Lei 12.403/11, da expressão *garantia da ordem pública e econômica* na definição de hipótese cabível a custódia cautelar. E, se é de se lamentar, pela vagueza, a conservação da expressão *ordem pública*, ainda menos adequada se mostra a disposição quanto à garantia da *ordem econômica*. Afinal, além de tratar de expressão (*ordem econômica*) contida na previsão relativa à *garantia da ordem pública*, é de se destacar nosso entendimento no sentido de que o texto legal que determinou sua inclusão no art. 312, CPP – ou seja, a Lei 8.884/94 (a chamada Lei Antitruste) – já se encontra, inclusive, tacitamente *revogado* pela Lei nº 12.529/11. Mais: a magnitude da lesão provocada por infrações contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86) certamente não tem na prisão preventiva o melhor meio de acautelamento da ordem econômica. Sem sombra de dúvidas, muito mais eficazes para esse fim mostram-se medidas como o *sequestro* e a *indisponibilidade de bens*”.

No que tange a hipótese da prisão por conveniência da instrução criminal, Pacelli (2013, p. 104) aduz que conveniência da instrução criminal não se limita à fase de produção de provas no processo, “abrangendo toda a persecução, a palavra conveniência não transmite a real limitação que se impõe à decretação da prisão preventiva. A observação se faz relevante uma vez que, nesse âmbito, não há margens à discricionariedade”. De acordo com o autor, é impossível a decretação da prisão

preventiva, de ofício, com esse fim quando da análise do auto de prisão em flagrante, pois em respeito ao sistema acusatório é vedado ao juiz exercer função ativa para a preservação da investigação e seu curso, até porque o texto constitucional incumbiu duas instituições para essa missão, quais sejam: a Polícia Judiciária e o Ministério Público.

Por último, PACELLI (2013) ensina que a prisão para assegurar a aplicação da lei penal requer análise e exposição contextualizada das circunstâncias e condições do investigado ou processado que evidenciam sua intenção de frustrar a aplicação da lei penal, ou seja, o perigo gerado pelo estado de liberdade deve ser real com um suporte fático e probatório suficiente nos autos, e não baseado em meras presunções ou ilações, por ser a prisão preventiva a *ultima ratio* do sistema. E conclui:

“Aliás, fosse assim, especificamente no que tange à possibilidade de fuga, a se julgar pelas condições carcerárias nacionais, dever-se-ia decretar a prisão de todo investigado ou processado, na medida em que o risco de condenação à pena privativa de liberdade seria suficiente para alarmar qualquer pessoa minimamente ciente de tal realidade.” (PACELLI, 2013, p. 33)

No sentido do que foi afirmado, vale o destaque para o julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) cuja ementa se transcreve:

#### EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS A EMBASAR A CUSTÓDIA CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada em fatos concretos que demonstrem a presença dos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, sob pena de antecipar reprimenda a ser cumprida no caso de eventual condenação.
2. A decisão que decreta a prisão cautelar do acusado deve estar devidamente fundamentada em fatos concretos, que demonstrem a presença, na hipótese, dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.
3. De fato, não se presta para justificar a prisão preventiva apenas a existência de indícios de autoria e a prova de materialidade, nem mesmo o juízo valorativo sobre a gravidade do delito imputado ao acusado. Tais aspectos não são suficientes para respaldar a segregação cautelar quando não se demonstra concretamente a sua necessidade.
4. A mera alusão à boa condição financeira dos agentes não implica presunção de descumprimento de possível sanção penal, não sendo suficiente para a manutenção da custódia cautelar, fundada na hipótese de se assegurar a aplicação da lei penal.
5. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se

por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo processante, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia cautelar, com demonstração inequívoca de sua necessidade. (**HABEAS CORPUS Nº 99.913 - RJ (2008/0026455-4)**, **Ministro Relator** Arnaldo Esteves Lima, DJ: 24/11/2008)

Para Aury Lopes Júnior (2012), a primeira pergunta a ser enfrentada quando se trata de prisão cautelar é a seguinte: qual é o seu objeto? A resposta conduzirá à sua finalidade e naturalmente delimitará seu campo de incidência e uma vez afastada destes elementos se torna ilegítima. Logo, as prisões preventivas para a garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, substancialmente inconstitucionais, pois não servem ao processo de conhecimento, afastando seu caráter instrumental.

Como aponta Roberto Delmanto Júnior (2003 *apud* LOPES JR., 2012, p. 839) “acreditamos, igualmente, que a característica da instrumentalidade é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório”.

Além de estar vinculada ao *fumus comissi delicti* e às finalidades previstas, a decretação autônoma da prisão preventiva haverá de observar os condicionamentos e limites dispostos nos dispositivos do CPP. Assim, não será possível sua decretação para infrações cuja pena máxima não seja superior a quatro anos, ressalvadas as hipóteses legais, bem como não será possível quando pelas provas constantes nos autos concluir pela probabilidade de exclusão da ilicitude da conduta, o que afasta o pressuposto primário da decretação da prisão preventiva, qual seja, prova da existência do crime.

O autor Aury Lopes Júnior faz pertinente comentário a respeito da admissão da prisão preventiva no caso de reincidência e de violência doméstica, respectivamente:

Autorizar uma prisão preventiva com base, exclusivamente, no fato de ser o réu ou indiciado reincidente é uma interpretação equivocada. Pensar-se uma prisão preventiva com base, exclusivamente, no fato de ser o agente reincidente, além de violar o princípio da proporcionalidade, seria substancialmente inconstitucional, pois onde estaria o caráter cautelar dessa prisão?

Cria o dispositivo uma espécie de vulnerabilidade doméstica, em que a prisão preventiva é usada para dar eficácia à medida protetiva aplicada. (LOPES JR., 2012, p. 834)

A prisão preventiva também pode exercer uma função subsidiária, à medida que visa a assegurar o acautelamento da investigação ou do processo, não garantidos por

medida cautelar diversa previamente aplicada. Como salientado pelo PACHELLI (2013), a condição de *ultima ratio* traduz um juízo de preferência na escolha das medidas cautelares, contudo, não significa ser a *última cautelar* a ser manejada.

Embora já estivesse positivado no texto constitucional o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), somente com o advento da Lei nº 11.719/08, que alterou as regras do rito ordinário e sumário, foi possível a somatória do prazo-limite para o encerramento da instrução. No caso de acusado preso, sem considerar as prorrogações e as peculiaridades de cada caso concreto, a contagem global dos prazos soma 86 dias para o encerramento da instrução no âmbito da justiça Estadual e 91 dias no âmbito da Justiça Federal. No procedimento do Júri, a lei estabelece o prazo máximo de 90 dias para que seja concluída a acusação e instrução preliminar. Frise-se que se trata de prazos que servem de critério de orientação, sempre sujeito à interferência de diversas variantes: data do aprisionamento do acusado, decretação da prisão temporária, instauração de incidente de insanidade mental, dentre outras. Cabe frisar que não há uma previsão legislativa sobre a duração das medidas cautelares, principalmente em relação às prisões processuais a falta de previsão constitui uma grave omissão legislativa. PACHELLI (2013) chama a atenção no sentido de que só o fato de estar encerrada a instrução, seja no processo comum ou no tribunal do júri, não pode ser usado como argumento intransponível à configuração do excesso motivador do relaxamento da prisão, pois há abusos que nem a contagem global dos prazos é capaz de justificar.

Em que pesem os esforços emanados no sentido de combater o excesso de prazo na duração de processos com réu preso, ainda são corriqueiros os abusos nessa seara. Também não são raros os aumentos injustificados das penas impostas em sentença condenatória para justificar/legitimar as prisões preventivas que terminaram por antecipá-las. Também não se pode esquecer os casos de acusados que permanecem encarcerados preventivamente, em situação equivalente ao condenado ao cumprimento de pena em regime fechado, por tempo superior ao que seria necessário para a progressão ao regime aberto, se condenado estivessem ao cumprimento de pena no regime semiaberto. Sem contabilizar os casos em que o acusado permanece preso preventivamente até a sentença absolutória ou até a sentença condenatória a ser cumprida em regime aberto.

Há autores com uma visão mais radical como, por exemplo, Rogério Schietti Machado Cruz (2006 apud LOPES JR, 2012, p. 852) que sustenta que a prisão preventiva e todas as demais cautelares inserem-se denomina de “lógica do sofrimento”, segundo a qual a prisão cautelar é a possibilidade de impor imediatamente um mal, uma punição, exercer a violência contra quem praticou um delito, ou seja, é a reação violenta àquele que cometeu uma violência. Como enfatiza o autor, é uma lógica perversa e equivocada, que somente gera mais violência e degradação de valores éticos mínimos para a coexistência em sociedade.

Certo é que a imposição das medidas cautelares, em especial a prisão preventiva, tem como verdadeiro pressuposto a presença de bases de convicção designativas de autoria, indícios consistentes acerca da materialidade do fato, de sua valoração jurídico-penal e, somando-se a esses elementos, está condicionada a um juízo de necessidade e de adequação da medida ao agente, alinhado a um juízo de proporcionalidade atento às circunstâncias do fato e a suas consequências.

Delmanto (2008), dissertando sobre o tema aponta para o fato de que o Estado é o legítimo detentor do direito de punir (*ius puniendi*) aqueles que comentam crimes, mas para que o ponha em prática deve seguir estritamente o caminho descrito nos moldes da legalidade, respeitando o devido processo legal, a presunção de inocência, a dignidade da pessoa humana e conclui que

No estado democrático de direito, em decorrência da garantia da presunção de inocência, a regra é a de que o acusado responda ao processo em liberdade, podendo esta somente ser restringida em casos excepcionais e desde que observadas as garantias constitucionais e as demais regras processuais do sistema. (DELMANTO, 2008, p. 49).

De todo o exposto se observa que os autores já apontam para dois problemas centrais no instituto da prisão preventiva, o primeiro se refere à ausência de marcos regulatórios mais bem definidos pela legislação, no tocante aos fundamentos que a autorizam, dando-se ênfase ao fundamento da “garantia da ordem pública”, que permitem sua utilização em muitos casos onde os requisitos da cautelaridade não se fazem existir. O segundo problema asseverado pela doutrina se refere ao excessivo tempo que tal medida, mesmo que devidamente decretada, pode apresentar, ou seja, mais uma vez apontam para a ausência de uma regulamentação legal que delimite o

prazo máximo para sua duração. Nos resta saber se estes problemas são suficientes para explicar o numero excessivo e em franca ascensão de presos provisórios.

#### 1.4 A PRISÃO PREVENTIVA COMO OBJETO DE ESTUDO

Conforme se explanou, a prisão preventiva já é vista com problema pelos juristas da área processual penal, também as pesquisas acadêmicas vêm se atentando para esta questão. A seguir apresenta-se a síntese de duas dissertações de mestrado, uma sociológica e outra jurídica, que empreenderam investigações sobre o tema. Estes trabalhos ajudam a evidenciar as múltiplas abordagens que o assunto comporta, bem como trazem outras causas que tentam explicar o excesso de presos cautelares.

Vasconcellos (2008), após fazer uma breve exposição sobre o aumento do encarceramento nas últimas décadas, destaca como um problema o alto índice de presos provisórios no Brasil asseverando a falta de tempo de duração fixado na lei para a duração desta medida bem como sua utilização como uma forma de antecipação de pena como as questões a serem investigadas.

A fim de evidenciar o funcionamento dos mecanismos de controle social, Vasconcellos (2008) busca observar o discurso jurídico dos desembargadores através dos acórdãos do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, nos pedidos de habeas corpus para relaxamento da prisão preventiva, referentes a processos de criminais de Porto Alegre, entre janeiro de 2005 e dezembro de 2006, onde a autora estabeleceu uma relação entre os padrões da utilização da prisão preventiva com o contexto mais amplo de mudanças nos mecanismos de controle e pode identificar a presença de uma demanda punitiva crescente no interior do campo jurídico. O trabalho se divide entre processo de quantificação dos dados e a análise qualitativa destes, sendo analisados os votos de cada desembargador participante do julgamento do acórdão, observando suas justificativas para a aprovação ou não do pedido de liberdade provisória; foram também analisados os argumentos utilizados pelo impetrante do pedido.

Vasconcelos (2008) pesquisou 308 acórdãos, nos quais buscou analisar os discursos utilizados pelas câmaras criminais, a partir de perspectivas que envolvem duas categorias opostas de interpretação da lei penal: a garantista e a defesa social. De forma

sintetizada a primeira privilegia os direitos e garantias fundamentais do indivíduo frente ao Estado e prega um modelo de direito penal mínimo e a segunda privilegia a segurança pública frente àqueles direitos individuais e se pauta por um direito penal mais proativo (CARVALHO, 2010; VASCONCELLOS, 2008).

De acordo com o levantamento da pesquisa, das oito câmaras criminais no TJRS, o maior número de julgamentos de pedidos de habeas corpus ocorreu nas três primeiras câmaras criminais. Sendo que a primeira, segunda e terceira câmaras têm a competência para crimes dolosos contra a pessoa e crimes de entorpecentes, sendo que juntas foram responsáveis pelo julgamento de 61,1% dos pedidos. A quarta câmara criminal apresentou o menor percentual de pedidos de habeas corpus julgados. Os pedidos de liberação da prisão preventiva nesta câmara estavam relacionados a delitos como homicídio qualificado (31,8%), roubo qualificado (31,8%), furto, porte ilegal de armas e estelionato (22,6%), sendo apenas 13,8% crimes contra a administração pública. A participação da quinta, sexta, sétima e oitava câmaras criminais juntas foi de 35,4%. Nestes casos, a maior parte dos pedidos estava relacionada a delitos de roubo qualificado e porte ilegal de armas. Grande parte dos pedidos de relaxamento da prisão preventiva foi realizada em favor de réus que praticaram homicídio ou tentativa de homicídio (36,9%) enquanto crimes de tráfico de entorpecentes, equiparados a crimes hediondos, apresentaram o percentual de 13,7%.

Segundo a autora, foi constatado que os delitos de roubo qualificado (20,1% dos casos analisados), geralmente provocam discursos com forte caráter de proteção social por parte dos desembargadores. Outra constatação é que a demanda social por maior punitivismo exige que uma nova postura judicial seja tomada frente ao crescimento da criminalidade e da sensação de insegurança. Vasconcellos (2008) enfatiza que foi possível visualizar nos discursos dos desembargadores, através de suas decisões, a busca pelo acautelamento do meio social e o resgate da credibilidade da justiça, o que de acordo com a autora, passa por uma crise de legitimidade, assim ela observou que o judiciário lança mão de um discurso jurídico mais repressivo que procura ir ao encontro da demanda por segurança da sociedade, mesmo que estes não sejam correspondentes ao seu real poder de ação. Outro ponto destacado na pesquisa refere-se à linguagem utilizada nos acórdãos judiciais, o uso de expressões como —a conduta do réu é causadora de intranquilidade à população ordeira — segundo a autora,

tem por objetivo demonstrar a necessidade social da atuação do poder judiciário e o discurso deste órgão cumpre os papéis de conferir ao judiciário, ao mesmo tempo, uma competência técnica e uma capacidade social.

Dentre os habeas corpus analisados, em apenas 13,3% deles houve a concessão do pedido. Entre as oito câmaras criminais, a pesquisa verificou que a primeira e a sexta concederam um maior percentual de habeas corpus, 19,5% e 46,3% respectivamente. Vasconcellos (2008) assevera que as análises quantitativas e qualitativas, lhe permitiram observar que as decisões das supracitadas câmaras foram as que mais primaram pelas garantias individuais e direitos humanos, sendo que na sexta câmara criminal observou-se uma maior homogeneidade ideológica, ou seja, apresentaram elementos argumentativos muito próximos. Em relação à categorização dos discursos observados as posições dos desembargadores que as integram estão mais associadas ao garantismo penal.

A autora aponta um fato que chama atenção, em 7,1% do total de documentos analisados, o réu impetrou o pedido de próprio punho, ou seja, sem o acompanhamento de defesa técnica. Em nenhum destes casos houve a concessão da liberdade aos réus. A autora assevera que tal fato pode demonstrar a necessidade de posse do capital jurídico para que exista o reconhecimento dentro do campo, correlacionando os conceitos sociológicos de Bourdieu.

Para Vasconcellos (2008) a inclusão no sistema jurídico brasileiro se dá de forma desigual, sendo que direitos e deveres não são partilhados de forma recíproca. Para enfatizar seu entendimento, cita NEVES, segundo o qual:

Portanto, os subcidadãos não estão inteiramente excluídos. Embora lhes falte as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados os deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente as suas estruturas punitivas. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade. (NEVES, 2006 apud VASCONCELLOS, 2008, p. 93).

A autora aponta que o garantismo penal aparece de maneira homogênea nas decisões tomadas pela quinta câmara criminal, pois os dados indicam que as justificativas apresentadas, tanto nos casos de denegação quanto de concessão, são expressas por fundamentos pautados na real necessidade da aplicação da medida de prisão preventiva, na interpretação e utilização restritas da lei penal, sendo considerados

como requisitos para a denegação dos pedidos a periculosidade do agente, a gravidade do delito e garantia da aplicação da lei penal, fatores que juntos representam 75% das justificativas para a manutenção da medida, e para a concessão do pedido, a justificativa apresentada foi a da não existência de requisitos para a aplicação da medida de prisão preventiva. Já a sétima câmara criminal é a que apresenta, proporcionalmente, o número menor de concessões. Dos 25 pedidos julgados, em apenas um foi concedida a soltura.

Através da análise do discurso, Vasconcellos (2008) aponta que os argumentos utilizados por alguns desembargadores da sétima câmara criminal no período já mencionado apresentam grande adesão ao punitivismo e à utilização da prisão preventiva como meio de defesa social e antecipação da pena. O discurso voltado à defesa social também está fortemente presente nas decisões da segunda câmara criminal, de um total de 73 pedidos de habeas corpus julgados por esta câmara, apenas quatro deles obtiveram a concessão. No que tange à argumentação utilizada por seus desembargadores, a autora enfatizou que nesta, assim como na sétima câmara criminal, os discursos se voltam para um reforço das capacidades das agências de controle penal e da proteção social.

Quanto às decisões dos integrantes da quarta câmara criminal, Vasconcellos (2008) afirma que estas foram baseadas, assim como as da quinta câmara, em critérios menos subjetivos. Em relação a terceira e oitava câmaras criminais, a autora diz que não foi possível realizar uma categorização baseada nos critérios utilizados para as demais câmaras, pois a argumentação apresentada nos votos de seus integrantes varia significativamente, de modo que são verificados discursos que apresentam tanto elementos vinculados à defesa da sociedade e ao punitivismo, quanto elementos voltados à garantia de direitos individuais e ao garantismo.

Segundo a autora, o uso de determinadas argumentações a respeito da necessidade ou não da prisão preventiva depende diretamente da ideologia seguida por cada desembargador, o que se justifica pelo fato de ter sido verificado que mesmo nas câmaras onde as ideias próximas ao garantismo penal e de menor intervenção do direito penal estavam presentes, foram utilizadas justificativas para a denegação de pedidos de relaxamento da prisão preventiva vinculadas a uma ideologia de defesa social. Acrescenta ainda que a utilização dos argumentos para a manutenção da medida de prisão preventiva está ligada à necessidade dos desembargadores de legitimação e

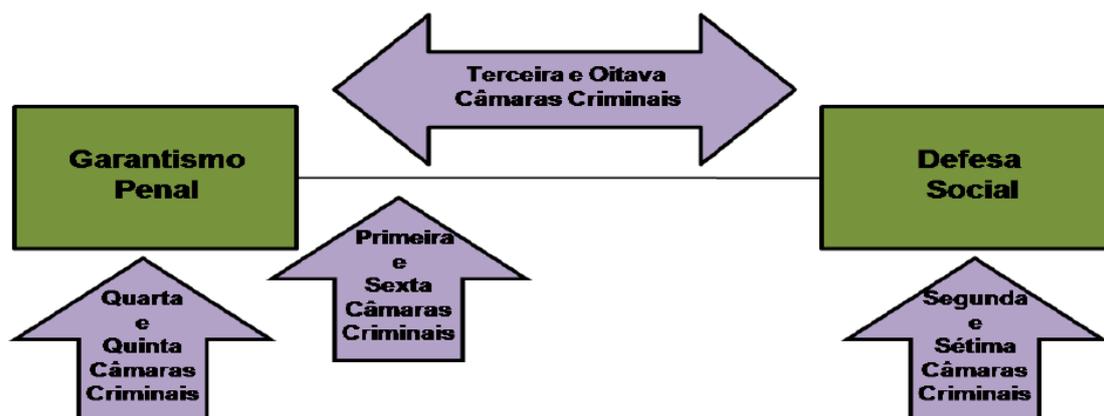
acumulação do seu capital simbólico, responsável pelo reconhecimento social do grupo no qual estão inseridos. Ainda de acordo com a pesquisadora, há predominância de uma argumentação que acredita na antecipação da pena como forma de combater à criminalidade, ainda que para isso promova uma ruptura com os princípios jurídicos e disposições legais, ao dar a lei uma interpretação extensiva em desfavor do acusado.

Quanto ao encarceramento massivo de pessoas, a autora aponta no mesmo sentido da literatura sociológica que sustenta sua dissertação:

O encarceramento massivo passa a ser apresentado como uma maneira “civilizada” de segregar as populações problemáticas, consequências das instâncias sociais e econômicas moderno-tardias. Deixados de lado os elementos que serviam (e que, para muitos ainda servem) como justificação da pena de prisão (reeducação, ressocialização, etc.), a prisão passa a ter sua função prática voltada tanto para satisfazer o sentimento de retribuição social ao delito quanto de controle do risco social provocado pelos indivíduos problemáticos, combatendo pelo confinamento ao perigo que provocam. (VASCONCELLOS, 2008, p. 165).

Uma das conclusões a que chegou a autora desta pesquisa, ao considerar os dados quantitativos e qualitativos colhidos, é que as decisões judiciais tomadas em segunda instância no TJRS sofrem influência das concepções jurídicas e de política criminal dos desembargadores, polarizadas por elementos ligados a uma concepção garantista e outra concepção de defesa social, apresentando o seguinte gráfico esquemático que sintetiza sua pesquisa:

Gráfico 1 – Ideologias possivelmente seguidas pelas Câmaras criminais do TJRS



Fonte: VASCONCELLOS (2008, p. 167)

Noutro trabalho sobre o tema, Gomes (2013), promove uma análise do discurso do STF sobre decisões de prisões para a garantia da ordem pública. O autor pesquisou 460 acórdãos do STF compreendidos entre os anos de 1936 a 2012, abarcando 76 anos de jurisprudência. O objetivo era compreender o discurso jurídico-penal utilizado pela Corte Suprema deste país para legitimar a decisão de prisão preventiva baseada no fundamento da garantia da ordem pública e ao mesmo tempo identificar o perfil do criminalizado, ou seja, aquele ‘escolhido’ pelo poder punitivo estatal ao longo dos anos supracitados. Para tanto, o autor delimita algumas perguntas, cujas respostas viriam com o estudo dos 460 acórdãos, eram as seguintes: Quem são os inimigos da ordem? Que tipo de práticas discursivas existe hoje para justificar o encarceramento provisório com base neste conceito? Qual a função da prisão preventiva para garantia da ordem pública? Existe parâmetro válido para se precisar quando a ordem pública está abalada, em risco ou não garantida?

Gomes (2013) destaca que o termo “ordem pública” não é exclusivo do processo penal, mas transita por outros ramos do direito além de estar presente na filosofia e na política. A Constituição Federal de 1988 faz referência à ordem pública com três vieses distintos, conforme se infere da leitura do seu artigo 34, III (trata das exceções que justificam a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, dentre elas a que a permite “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública”); do artigo 136, *caput*, (confere ao Presidente da República o poder de decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social) e do artigo 144 (que trata da segurança pública como dever do Estado, sendo exercida para preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio). Destaca Gomes que apesar destas menções constitucionais, não há uma definição ou mesmo um parâmetro para a constatação da ocorrência da ofensa ou abalo, deixando a cargo da legislação infraconstitucional defini-lo.

Bobbio (1998) conceitua ordem pública sob dois aspectos, a ordem pública material e a ordem pública constitucional. A primeira se refere ao ordenamento político e de Estado, presente nas disciplinas de direito público e de organização estatal, como sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que

disciplinam a dinâmica de um ordenamento. Referido autor afirma que um dado sistema normativo que tem a ordem pública material como fundamento pode ser modificado de acordo com as alterações das vertentes ideológicas e dos princípios que orientam cada ordenamento. Já a segunda se constitui como limitadora do exercício de direitos e ganha especial destaque quando se relaciona com direitos de liberdade, servindo de balizador para este, posto não ser possível se questionar um limite ligado à ordem pública constitucional.

Gomes (2013) assevera que apesar da legitimidade positivada, tendo em vista que desde 1941 está presente no processo penal brasileiro, frise-se em plena Era Vargas, a expressão “ordem pública” carece de uma definição legislativa clara para ser aplicada como razão para decretar a prisão cautelar. De acordo com o autor deste estudo, ordem pública é “um conceito variável que serve tanto a regimes de cariz autoritário quanto aos democráticos e que, em termos práticos, pode ampliar ou restringir garantias, a depender do interesse ideológico em jogo” (GOMES, 2013, p. 22).

Segundo Gomes (2013), a relevância de seu estudo sobre o discurso jurídico-penal dos ministros do Supremo Tribunal Federal se estriba no fato de competir a este órgão, como última instância recursal de todo o sistema de justiça criminal, a última palavra, na busca das pessoas que serão definitivamente consideradas como criminosas e que sofrerão as consequências do exercício do poder punitivo estatal. Para Gomes (2013) a análise desses discursos é uma importante ferramenta para compreender como os juízes fundamentam suas decisões para decretar ou manter a prisão preventiva para a garantia da ordem pública. O autor chama atenção para o posicionamento de Nilo Brum que aponta não existir neutralidade do órgão julgador:

“A neutralidade do juiz é um mito concebido pelo direito romano e fortalecido pela Escola Exegética Francesa por motivos históricos hoje bem conhecidos, pois o juiz em sendo homem está mergulhado na formação social em que vive como produto culturalmente condicionado pelo seu meio social. Na sua sentença influirão sua formação jurídica, suas crenças políticas e religiosas, seu caráter e temperamento, sua condição econômica e os interesses dos grupos sociais aos quais se identifica.”(BRUM, 1980, apud GOMES, 2013, p. 62)

No que tange à conceituação de ordem pública nos julgados do Supremo Tribunal Federal Gomes (2013) assevera que apresenta, na grande maioria dos casos,

como conceito indecifrável, devido a grande quantidade de argumentos utilizados pelos ministros para justificar suas decisões. Despertou a atenção do pesquisador a clara ausência de parâmetro mínimo de lógica argumentativa para se determinar porque uma conduta enseja abalo à ordem pública e outra não. Destaca que em cada período histórico, os selecionados do sistema penal são escolhidos por aqueles que exercem o poder político. Partindo dessa premissa, a pesquisa conseguiu captar ao longo dos anos abarcados (1936-2012) mudanças na escolha repressiva a determinadas condutas. Observou-se que desde a entrada em vigor do atual CPP até o ano de 1974, ou seja, em 33 anos de jurisprudência do STF, os julgados eram constituídos exclusivamente por crimes políticos.

Gomes (2013) afirma que o direcionamento do sistema punitivo de uma determinada e específica clientela – antes os inimigos políticos – para uma indistinta e ampliada rede de escolhidos exigiu a tentativa de construção de uma nova racionalidade de justificativa. Para o autor, o período compreendido entre 1974-1990 foi marcado pelo surgimento dos novos “inimigos” da ordem, ou seja, criminosos comuns acusados de furto, homicídio, roubo e estelionato; e com a entrada desses novos perturbadores da ordem pública tentou-se construir uma nova racionalidade discursiva apta a justificar o encarceramento provisório. O habeas corpus n. 52.697/RJ, julgado em 13 de setembro de 1974, foi o primeiro que fez menção à ordem pública para justificar o encarceramento provisório por crime comum. É também da década de 1970 o primeiro discurso que relaciona ordem pública à presunção de possibilidade de reiteração de novos delitos.

Para Gomes (2013) o giro argumentativo do discurso jurídico-penal cabe perfeitamente aos dias de hoje onde os atuais inimigos da ordem pública são os traficantes, apontando que a estratégia adotada é estigmatizar ao invés de considerar a sua natureza de cidadão. O discurso de combate à criminalidade se funde na jurisprudência do STF com a figura do traficante, ficando mais evidente essa nova argumentação penal principalmente com a entrada em vigor da nova Lei de Drogas, Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Os dados da pesquisa indicam que entre 2007 e 2012, o crime de tráfico de drogas é o que mais apareceu atrelado à ordem pública. Demonstra-se ainda que todos os acórdãos do STF analisados até o ano de 1983 ratificavam as decisões anteriores, refutavam a pretensão da defesa e mantinham a

medida prisional determinada pelos magistrados das instâncias inferiores ou autoridades policiais.

A pesquisa constatou que o *habeas corpus* é o recurso mais utilizado para questionar decretos de prisão cautelar com base na garantia da ordem pública, constituindo 97,2% dos recursos apresentados. O estado com maior número desse recurso é São Paulo, seguido pelo Rio de Janeiro e Minas Gerais. Constatou-se também um significativo crescimento no número de julgamentos com o tema da ordem pública a partir dos anos 2000. Gomes (2013) também chama atenção para o uso indiscriminado das prisões cautelares no Brasil, onde quase metade dos presos que compõem o sistema penitenciário são provisórios, indo de encontro aos preceitos constitucionais representados pela presunção de inocência, ampla defesa e no devido processo legal.

A pesquisa referente aos 460 acórdãos do STF permitiu ao autor afirmar que mesmo com a entrada em vigor da Lei n. 11.403/2011 ainda não se conseguiu diminuir o número de prisões cautelares. Gomes (2013) destaca o pertinente comentário de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sobre a necessidade de mudança de mentalidade para se alterar práticas jurídicas consolidadas: “Chega um novo processo, mas é preciso também uma nova mentalidade” (COUTINHO, 2009, apud GOMES, 2013, p. 108)

Quanto à análise da existência de informação sobre a data do fato nos acórdãos, Gomes (2013) assevera que o STF não observa o tempo transcorrido entre a data do fato e o momento do julgamento, o que na maioria dos casos apresentava mais de um ano; a prisão provisória para garantia da ordem pública tem representado uma antecipação de pena; a ausência de fundamentação e análise do tempo de prisão representam uma ofensa à garantia constitucional que exige a fundamentação das decisões judiciais. Os dados apontam que dos 460 acórdãos do STF, em 79,6% não existe a informação sobre a data da prisão. Em mais de 1/3 dos processos o acusado está preso cautelarmente há mais de um ano, podendo chegar até dois anos. O que, segundo o autor desta pesquisa, reforça a hipótese de que, com relação à prisão preventiva para garantia da ordem pública, vigora um regime de punição antes mesmo da condenação definitiva. Em 37,7 % dos casos em que consta a informação da data da prisão, esta perdura de dois a quatro anos; o que em muito extrapola os limites da legalidade e razoabilidade. Mais do que isso, segundo Gomes (2013) a Corte responsável pela garantia dos direitos constitucionais legitima tal situação, ao consentir que se puna sem

o devido processo legal e sem a prestação jurisdicional da sentença com trânsito em julgado.

Os números da pesquisa segundo Gomes (2013) demonstram a aceitação e a legitimação, pela Suprema Corte, do discurso punitivo por meio da segregação provisória para garantia da ordem pública. De um total de 460 acórdãos, 360 tiveram a ordem denegada (78,3%), 72 acórdãos concederam a ordem (15,7%), 20 acórdãos não conheceram o pedido (4,3%), em 8 acórdãos a ordem foi concedida em parte ( 1,7%).

“[...] Se a prisão antes da condenação definitiva para garantia da ordem pública se prolonga por tempo indeterminado na grande maioria dos casos estudados, se torna um mito a sua declarada função de excepcionalidade e de servir de instrumento ao processo. Sim, porque nada justifica a manutenção da custódia cautelar de um cidadão ou cidadã no cárcere por três anos para garantir uma suposta ordem pública.” (GOMES, 2013, p. 111)

Gomes (2013) conclui que as promessas advindas da Constituição Federal, não se concretizaram, assim como as funções declaradas da pena e das medidas cautelares no processo penal; a entrada em vigor da nova Lei das Cautelares em nada alterou a mentalidade dos atores jurídicos formados numa visão autoritária do direito penal e processual penal. O autor aponta inexistir um critério válido para se definir o abalo à ordem pública ao posto que somente alguns crimes são selecionados, e por último, enfatiza que os exorbitantes números de presos provisório se deve, em grande parte, à possibilidade de se determinar a o aprisionamento cautelar com fundamento no vago conceito da ordem pública.

Hoffmann (2008) buscou estudar o instituto da prisão preventiva segundo a ordem constitucional vigente. Parte da premissa que a jurisdição constitucional dos direitos fundamentais, a qual tem entre seus corolários o direito à liberdade, é o instrumento que assegura ao cidadão, através do direito processual constitucional, que se materializa no princípio do devido processo legal e nos remédios processuais, a restrição da liberdade como uma *ultima ratio*. Para o autor a importância do estudo do tema ocorre pelo fato de e a prisão preventiva representar a restrição da liberdade física do cidadão antes mesmo de qualquer julgamento, em oposição ao princípio constitucional da presunção de inocência, razão pela qual deve ser tratada como medida realmente excepcional e não apenas como forma de combate à criminalidade ou para representar falsa operacionalidade do Poder Judiciário, que decreta a prisão preventiva

de forma rápida, mas que, posteriormente, ultrapassa os prazos processuais sob o argumento da razoabilidade, ou ainda, para justificar rompantes eleitoreiros de políticos que buscam, num discurso do Direito Penal do terror, os argumentos da eleição e da reeleição e se esquecem da causa da criminalidade representada pela exclusão social no seu sentido lato.

Para o mencionado autor, numa primeira análise, o princípio da presunção de inocência se mostra frontalmente ameaçado pelo simples fato da existência da possibilidade de prisão preventiva ou mesmo da imposição de quaisquer das demais modalidades de prisões processuais, haja vista a ausência de uma decisão com trânsito em julgado, mas aponta ser preciso se atentar à observação do autor José Laurindo de Souza Netto, para o qual existem duas formas de interpretação do princípio de presunção de inocência

[...] o formal que diz respeito à qualidade de direito constitucional fundamental, assegurado como cláusula pétrea pelo constituinte e o aspecto substancial, a presunção de inocência é definida como direito de caráter processual que repercute no campo da prova e no tratamento do acusado. (SOUZA NETTO, 2005, p. 156 apud HOFFMANN, 2008 p. 39)

Hoffmann (2008) chama a atenção para o fato de que qualquer erro no tocante à decretação das prisões cautelares, especialmente a prisão preventiva, pode ocasionar sequelas irreversíveis, como a estigmatização social. Para embasar sua ideia cita Francesco Carnelutti, para o qual “o encarcerado saído do cárcere, crê não mais ser encarcerado; mas as pessoas, não. Para as pessoas ele é sempre encarcerado, quando muito se diz ex-encarcerado; nesta fórmula está a crueldade do engano” (CARNELUTTI, 1995. p. 75.)

Para o referido autor, o *habeas corpus* é a principal modalidade de garantia de efetivação dos direitos fundamentais em sede de jurisdição constitucional das liberdades e que assume maior relevância no campo processual penal, pois permite o reexame de qualquer provimento e a apreciação de qualquer matéria, principalmente pela sua simplicidade e celeridade, o que possibilita a reação do cidadão como forma de manter ou recuperar a liberdade ilegal ou abusivamente ameaçada.

Como o trabalho de Hoffmann (2008), antecede a lei 12.403/11, que dentre outras alterações passou a prever a possibilidade de se aplicar medidas cautelares diversas à prisão preventiva, o autor apontou que a inexistência de medidas alternativas

à prisão processual e a aplicação sistemática da prisão como forma de se garantir a instrução processual tem se apresentado como paradoxo em confronto com a política criminal. Outro ponto destacado pelo autor se refere à omissão do Código de Processo Penal brasileiro quanto ao tempo de duração da prisão processual, destacando que em razão desta deficiência a medida restritiva pode durar até a prolação da sentença. Havendo apenas um prazo ousado como balizador resultante de construção jurisprudencial. Hoffmann (2008) afirma que o excesso de prazo de duração das várias modalidades de prisões provisórias representa uma das violações aos direitos humanos do acusado no processo penal.

Hoffmann (2008), ao final do trabalho conclui que o texto constitucional, por um lado apresenta-se como limitador da atividade discricionária do Estado, no que tange o procedimento penal e principalmente a restrição de liberdade do cidadão, por outro lado legitima a aplicação da prisão processual, antes da sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Destaca que a prisão preventiva que, por definição, deveria ter natureza eminentemente cautelar, medida instrumental ligada ao processo penal condenatório, como acontece quando ela é decretada para a conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, não vem sendo respeitada sob esta ótica, quando empregada para garantia da ordem pública, passa a apresentar finalidade diversa, com amplitude que possibilita afirmar estar cumprindo a finalidade de antecipação de pena e ou de medida de segurança, aparecendo como verdadeira medida judiciária de polícia, afirma o autor. Hoffmann (2008) também destaca que o Poder Judiciário não soluciona problemas de política criminal através da privação indiscriminada da liberdade do cidadão, tampouco consegue acalmar a população por causa que se indigna com o noticiário policial inflacionado pelos meios de comunicação. Conforme o autor, os preceitos constitucionais que impõem limites à atuação do Estado e conseqüentemente elevam o homem à condição de parte no processo penal e consagram a regra da liberdade devem ter a aplicação maximizada à medida que vão galgando as instâncias do Poder Judiciário, entretanto parte de decisões utilizadas para acalmar a sociedade, prestigiam a dignidade da justiça em detrimento da dignidade da pessoa humana.

O sistema processual penal brasileiro está defasado, sendo tal constatação estendida aos projetos de reforma do processo penal, afirma Hoffmann (2008), muitas

vezes fundamentados no direito penal do terror, representam verdadeiro retrocesso ao sistema inquisitivo, olvidam, principalmente, da parte mais interessada no processo: a vítima. O autor conclui existirem avanços experimentados na direção de proteção ao cidadão e na excepcionalidade da prisão preventiva, representado pela produção doutrinária com o consequente reflexo na jurisprudência, porém afirma que ainda há um longo caminho a ser trilhado na busca da solidificação do instituto.

Em outro estudo, Uhlein (2009), procurou traçar um paralelo entre a medida de internação provisória de adolescentes infratores e a medida processual análoga destinada a adultos, qual seja, a prisão preventiva. Segundo a autora seu objetivo era averiguar a conformidade da medida socioeducativa com preceitos de garantia previstos na legislação penal e na Constituição, com enfoque no preceito constitucional da proteção integral ao menor. Teve como ponto de partida a problemática sobre o adolescente infrator, a fim de investigar se a execução da medida socioeducativa de internação provisória de adolescentes, considerados como sujeito envolto na proteção integral, estava em conformidade com as garantias constitucionais de limitação da restrição da liberdade aplicáveis a presos preventivos.

Uhlein (2009) ressalta que o direito fundamental à liberdade é um dos pilares básicos da sociedade democrática e do Estado de Direito, mas a própria lei faz ressalvas a este direito e impõe algumas restrições. Em que pese o Estatuto da Criança e do Adolescente mencionar expressamente a excepcionalidade da medida socioeducativa de internação provisória, por ser esta uma restrição da liberdade de caráter cautelar, vem sendo intensamente utilizada pelos magistrados. Segundo a autora, em muitos casos a medida socioeducativa pode se tornar nociva e até ser considerada contrária ao preceito constitucional de proteção integral ao adolescente, apontando que a realidade institucional dos locais de internação se contrapõem ao protecionismo fundante do Estatuto e seu ideal “educativo”.

Segundo Uhlein (2009), a implementação dos regramentos estatuídos no Estatuto da Criança e do Adolescente ainda estão longe de efetivação concreta e, acredita que se as medidas socioeducativas fossem adequadamente postas em funcionamento poderiam dar a resposta de responsabilização compatível aos jovens em conflito com a lei e se revelariam remédios eficazes diante de atos infracionais praticados. Aduz ainda que embora o objetivo da política de proteção integral seja a de

defesa do adolescente, por meio do oferecimento de proteção e auxílio, para que este tenha um desenvolvimento sadio e completo de sua personalidade, de forma a possibilitar a sua reinserção no contexto social, sua pesquisa empírica demonstrou a existência de um paradoxo, pois na prática, o que se verificou foi uma utilização massiva da medida cautelar de internação provisória, além da escusa de internação para proteção do adolescente, o que para a autora, demonstra a banalização da internação provisória, tendo em vista que por se tratar de uma medida de urgência somente poderia ser decretada quando ficasse demonstrada a real necessidade da medida, mediante fundamentação racional do magistrado. Enfatiza que não se pode olvidar que a premissa maior é a legitimação do valor liberdade, onde a restrição da liberdade através da internação constitui uma efetiva exceção.

A autora ainda assevera que a forma de se aprimorar o sistema jurídico-infracional contemporâneo, para que concretize o primado constitucional da proteção integral, onde a interpretação da lei deve estar sempre voltada à condição especial de desenvolvimento do adolescente, de forma que a intervenção estatal seja mínima, dá-se pela aplicação dos requisitos objetivos da prisão preventiva em respeito à proporcionalidade e adequação de medidas, levando em consideração ao aplicar as medidas socioeducativas o interesse superior da criança e do adolescente. Uhlein (2009) conclui que diante das divergências constatadas entre a realidade institucional e a intenção legislativa, a proteção integral ao adolescente é se torna uma falácia e quando se compara a medida de internação provisória com a prisão preventiva, onde aquela apresenta uma total falta de requisitos objetivos para a sua imposição se torna mais arbitrária e mais abrangente do que a esta, quando deveria ser exatamente o contrário.

Silva (2006) traz como tema e objeto de pesquisa a prisão preventiva *stricto sensu* e tem por objetivo geral analisar o sistema de encarceramento vigente e descobrir os princípios que o regem; tem entre os objetivos específicos apontar soluções aos problemas do procedimento cautelar brasileiro, em relação à prisão preventiva *stricto sensu*. Enfatiza que o cerne da dissertação é um problema de filosofia que fundamenta o atual sistema, o poder se justificando pelo poder, a liberdade está sendo posta em segundo ou terceiro plano, na busca de diminuir a criminalidade. Afirma que a pertinência do tema está na constatação de que a ampla utilização da prisão preventiva não condiz com o Estado Democrático de Direito e que tal método não soluciona o

problema, que é eminentemente social e cultural, mas apenas agrava a marginalização e as desigualdades sociais.

Silva (2006) ressalta que a ampla aplicação do instituto da prisão preventiva acaba por fomentar a ruína da legitimidade do próprio poder jurisdicional, prova disso é que o cidadão duvida não só da polícia, mas também do poder jurisdicional. Aponta que diante de uma escalada da utilização das prisões preventivas, faz-se necessária uma revitalização da cidadania, a qual se perde nos discursos expansionistas e legitimantes do poder punitivo. Ainda de acordo com o autor, o conceito atual de cárcere não é apenas retribuição, mas se enquadra na prevenção geral e específica. E mesmo que seja atribuída uma nobre finalidade, o cárcere sempre trará em seu conceito, de forma expressa ou implícita, a característica de causar sofrimento humano, de legitimar o poder punitivo do Estado em detrimento dos princípios éticos humanitários.

Entre a pena privativa de liberdade e a prisão preventiva *stricto sensu* enumeram-se algumas características em comum, que são, segundo Silva (2006), a legalidade, a judicialidade, a preventividade, a retributividade e a instrumentalidade. Segundo o autor, o conceito crítico de prisão preventiva *stricto sensu* vai além de afirmar o caráter cautelar do encarceramento, mas ressalta o elemento implícito que é a retributividade escondida pela ideologia então vigente. O cerne da questão é saber qual o limite da retributividade tolerada pelo poder constituinte originário nos casos de prisão preventiva *stricto sensu*.

Silva (2006) afirma que o decreto da prisão preventiva impõe ao réu o cumprimento de um encarceramento, sem que se avalie o real alcance do dispositivo, pois o juiz não avalia que independente de seu querer estará causando sofrimentos que não constam na decisão de forma explícita e acrescenta que o juiz ao decretar a prisão preventiva declara a existência do delito e os indícios de que o acusado é o infrator. Para o autor, neste momento o juiz se vincula à decisão de tal forma que compromete o princípio da imparcialidade, conseqüentemente a condução do processo será toda em desfavor do acusado.

De acordo com o autor, a real natureza da prisão preventiva *stricto sensu*, é tanto penal como processual penal. A natureza penal é decorrente do princípio da retribuição necessária, elemento essencial do cárcere, enquanto a natureza processual é decorrente do princípio da prevenção. Uma das conclusões apontadas pelo autor é de

que as garantias da presunção de inocência, do devido processo legal e da imparcialidade estão perdendo eficácia. Outra conclusão é que ao admitir a natureza penal retributiva da prisão preventiva *stricto sensu* fica mais fácil justificar a forma com que trabalha a dogmática jurídica ao defender o instituto da detração e da execução provisória da pena, atribuindo ao preso provisório o direito de progressão de regime.

Aponta Silva (2006) que o sistema atual, bipartido (inquérito e procedimento judicial), não apenas contribui com a morosidade em razão da reprodução na fase judicial das provas já elaboradas na fase de investigação preliminar, mas também rompe com o princípio da imparcialidade, porque concentra muitos atos referentes à investigação na figura do órgão julgador. Por último, Silva (2006) conclui que a ótica dos pressupostos e fundamentos da prisão preventiva *stricto sensu* é alterada, pois passa a ter como princípios reitores o princípio da prevenção e da retribuição.

Almeida (2010) demonstra em sua pesquisa que a legislação processual penal brasileira se mostra insuficiente em proporcionar ao aplicador do direito medidas alternativas à prisão para a tutela da prova e do processo, tendo em vista que o mesmo se encontra atrelado ao binômio prisão preventiva *versus* liberdade provisória. Pretende também trazer à tona a discussão sobre a efetiva necessidade e imprescindibilidade da prisão preventiva como tutela do processo penal. De acordo com o autor, a justificativa da necessidade da prisão preventiva nunca se mostrou plenamente convincente no processo penal brasileiro, apresenta uma dicotomia bastante clara: de um lado, traz maior efetividade ao cumprimento dos fins do processo, com destaque ao poder/dever do Estado em garantir a ordem jurídica; por outro, através da prisão preventiva se cometem as mais evidentes violações de direitos e garantias fundamentais, restringindo-se a liberdade do indivíduo de forma prematura e sem um juízo seguro acerca de eventual responsabilidade penal.

Almeida (2010) enfatiza que a prisão preventiva retira a liberdade e a dignidade do processado, causando um abalo psíquico e moral não somente a este, como também a toda sua família, repercutindo, ainda, nos aspectos patrimoniais e profissionais do acusado, os quais nunca retornarão ao estado anterior, sem embargo da sentença absolutória. O autor assevera que países europeus como Portugal, Espanha, Itália e França, estão adotando medidas menos gravosas para tutelar o processo penal,

como forma de evitar a utilização da prisão em face de cidadãos sem uma sentença penal condenatória transitada em julgado. O autor aponta que a prisão processual ainda é utilizada nas mais diversas legislações, ainda que se mostre desnecessária ou ineficaz para determinados fins ou em face da constatação tardia de que sua decretação foi errônea diante de uma sentença penal absolutória, contrariando o preceito constitucional de presunção de inocência. Conforme constata, em nenhuma das legislações dos países abarcados nesta pesquisa houve abstenção da prisão preventiva.

Almeida (2010) afirma que apesar de a prisão preventiva ser considerada uma medida de exceção pela legislação isto não se traduz na realidade fática e menciona que a prisão preventiva foi generalizada, como um efeito sedante da opinião pública. O autora prisão em alguns países, antes ou depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, oferece ao encarcerado condições mais dignas do que as oferecidas no Brasil. Cita, por exemplo, a realização de atividades esportivas, acesso à educação, lazer, saúde, dentre outros aspectos que propiciem o retorno para a boa convivência em liberdade. Ao passo que no Brasil a prisão se mostra como uma forma ampla, irreversível e bastante eficaz de violação da dignidade da pessoa humana; se não bastasse tudo isso, muitas vezes conduz o encarcerado a uma adaptação coercitiva ao sistema social paralelo comandado por facções criminosas, as quais oferecem a garantia da integridade do preso dentro do estabelecimento prisional e ao mesmo o recruta para o cometimento de diversos delitos. O mencionado autor chama a atenção para as diferentes realidades prisionais existentes em outros países; e considerando a realidade social do Brasil apresenta uma visão pessimista de que investimentos efetivos com a finalidade de reduzir a superlotação dos cárceres brasileiros e o respeito à dignidade dos processados enquanto cumprem “pena processual” não virão de forma voluntária.

Almeida (2010) aponta algumas medidas alternativas para tentar frear o uso desmedido da prisão preventiva, uma delas é reparação civil por prisão injusta, tal como prevista no artigo 314 do Código de Processo Penal Italiano, acrescenta, ainda, a possibilidade de ação regressiva do Estado contra agentes públicos que concorreram para a aplicação do encarceramento preventivo que resultar em absolvição em decisão definitiva e também quando restar comprovada a inexistência do fato ou que o acusado não praticou o fato imputado ou que o fato imputado não constitua crime. Outra medida proposta pelo autor é a implementação por parte dos estados da federação, com aporte

financeiro da União, do uso do monitoramento eletrônico em substituição à prisão preventiva, mediante a fixação de um prazo determinado, a fiscalização pelo Conselho Nacional de Justiça dos casos de decretação de prisão preventiva, de forma similar às exigidas para interceptações telefônicas, com relatórios remetidos pelos magistrados, nos quais constem o número de prisões decretadas e as cópias das decisões anexas que embasaram as prisões, fundamentadas com a indicação dos motivos pelos quais o juiz considerou insuficiente ou inadequada a aplicação de outras medidas cautelares pessoais, bem como cópias das decisões que reexaminaram periodicamente a persistência dos motivos que ensejaram a prisão. Almeida (2010) propõe também a estrita observância dos prazos máximos de duração da prisão preventiva, sem possibilidade de prorrogação, a agilidade na tramitação do projeto de novo Código de Processo Penal, a realização de cursos de capacitação para magistrados, promotores de justiça, advogados e serventuários da justiça, para esclarecer e incentivar a adoção das alternativas à prisão preventiva. Por último, o autor propõe a absoluta vedação da utilização de qualquer restrição à liberdade pessoal fundamentada em cláusulas abertas, tais como ordem pública e econômica, devendo os critérios para restrição da liberdade individual serem precisos, objetivos e suscetíveis de prova e confrontação judicial, rechaçando-se fundamentações baseadas em conjecturas, predições e meras transcrições dos textos legais, proporcionando a verificação e a possibilidade de refutação, de modo a limitar o predomínio e arbítrio das razões do julgador.

Santos (2008) analisou que a prisão preventiva é usualmente aplicada com a finalidade de dar uma rápida e imediata resposta ao crime, o que viola garantias constitucionalmente estabelecidas, tal como a presunção do estado de inocência. Se não bastasse tal constatação, o não estabelecimento de um prazo processual à prisão preventiva viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, além de antecipar o juízo condenatório ao acusado. Ao passo que assegurar que o processo seja realizado dentro de um prazo previamente determinado significa preservar a segurança jurídica.

Santos (2008) afirma que o primeiro documento a tratar expressamente sobre o direito a um julgamento no prazo razoável foi a Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950. Posteriormente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, também

estabeleceu a necessidade de um julgamento do Processo Penal em um prazo razoável. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) fixou três os critérios para a verificação da razoável duração do processo, quais sejam: a complexidade do assunto, o comportamento das partes e de seus procuradores e a atuação do órgão jurisdicional. Para o autor, no entanto, tais critérios criam uma sistematização que valoriza a relativização justamente daquilo a que deveria dar-se um cuidado mais rígido e objetivo.

Aduz o autor que a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe uma nova perspectiva ao inserir o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo (art. 5º, LXXVIII, CF/88), assim o conhecimento da limitação do prazo máximo de duração processo penal passou ao status de direito fundamental. Efetivamente, a Carta Magna de 1988 vem considerando a prisão preventiva como constitucionalmente legítima, mas, ao mesmo tempo a submete e a coloca em contraste com o direito fundamental da liberdade pessoal, exigindo interpretação constitucionalmente adequada do instituto em questão. Aury Lopes Jr. (2012) entende que os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo estão calcados no respeito à dignidade do acusado e na própria confiança na capacidade da justiça de resolver os assuntos que a ela são levados, no prazo legalmente considerado como adequado e razoável.

De acordo com Santos (2008), a lentidão dos órgãos judiciários é considerada como um sinal de fracasso da função jurisdicional do Estado e enfatiza que o fator temporal perpassa todo o processo judicial e é a principal razão da crise do judiciário, na sua incapacidade de dar respostas efetivas e em prazo razoável às questões que lhe são submetidas. Atenta para o fato de que a prisão preventiva constitui uma das questões mais problemáticas do processo penal e acrescenta que o que mais chama a atenção não é a privação de liberdade processual, mas sim a duração do próprio processo que permite a existência e a persistência da prisão preventiva. Ainda de acordo com o mencionado autor, a regulamentação através de lei é a única forma de dar plena satisfação ao direito em análise e limitar a arbitrariedade do Estado ao longo do procedimento. Complementa seu raciocínio o autor Aury Lopes Jr (2012) ao afirmar que a nenhum legislador é dado fugir da exigência de limitar rigorosamente a duração da prisão cautelar.

De acordo com Santos (2008), somente através de uma verdadeira reforma da administração da Justiça, onde os processos passem a tramitar em menor tempo, sem prolongações anormais e injustificadas, é que se poderia adequar a prisão provisória à sua genuína natureza e ao fim para ao qual foi criada no processo penal. Acrescenta também que de nada adiantará o investimento no Judiciário e na celeridade processual se as condutas delituosas continuarem sendo tipificadas em expansão e o problema não for atacado em sua base. Para o autor, a realidade brasileira é gravíssima, pois inexistente um referencial de duração temporal máximo para a prisão preventiva e essa omissão legislativa se traduz na manutenção do encarceramento do indivíduo sob os mais diversos e abstratos argumentos, tais como, a complexidade do fato, a gravidade, o clamor público ou a simples rotulação de “crime hediondo”, como se tais argumentos bastassem para afastar a presunção de inocência ou aproximasse o acusado da culpa. Ainda de acordo com o autor, a falta de previsão legislativa para fixar os limites da duração do processo penal e, sobretudo, da prisão preventiva, contribui para deixar a critério do julgador a definição do que seja prazo razoável. Santos (2008) acrescenta que o Poder Legislativo deveria enfrentar, além da delimitação temporal da prisão cautelar, formas de controles periódicos, com caráter de revisão referente à necessidade de duração razoável da manutenção da custódia cautelar, a exemplo dos modelos adotados pela Alemanha e pela França. Por fim, sugere que o Brasil siga a prática adotada nos sistemas processuais do Paraguai, Argentina e Peru, em que é verificada a presença de limites temporais bem definidos para a prisão provisória, de maneira que, ultrapassado dito prazo, o encarcerado deve ser imediatamente posto em liberdade.

Santos (2008), conclui o seu trabalho afirmando que faz-se imperiosa a regulamentação de soluções de natureza processual, compensatória e sancionatória, como medida de se reduzir os danos enfrentados em virtude da demora. Aduz que o Juiz ou Tribunal deve determinar a extinção do feito ou o seu arquivamento, assim como, por exemplo, utilizar-se da atenuante de pena genérica, prevista no artigo 66 do Código Penal para reduzir a pena (independente da detração), bem como declarar a responsabilização civil do Poder Judiciário, ou do agente público causador do excesso, fixando a justa indenização pela indevida dilação da prisão preventiva, como direito fundamental do acusado.

## 1.5 RECENTES PESQUISAS INSTITUCIONAIS SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA

As mais recentes pesquisas que abordam o tema da prisão preventiva e do excesso de presos nesta modalidade já se atentam para a incapacidade de se explicar este quadro apontando apenas as deficiências da legislação, tais como ausência de um tempo fixado para a duração da medida e a grande margem de discricionariedade permitida pelos fundamentos legais, como a já apontada “garantia da ordem pública”. Apresenta-se a seguir dois recentes trabalhos “Liberdade em foco: redução do uso abusivo da prisão provisória na cidade de São Paulo” e “Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico”; os quais transcendem os modelos meramente legalistas e se pautam em análises das decisões aliadas à análise dos fluxos processuais a fim de se evidenciar as práticas institucionais, cada um ao seu modo, são extremamente relevantes para o presente trabalho.

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa publicou no mês de abril de 2016 o trabalho intitulado “*Liberdade em foco: redução do uso abusivo da prisão provisória na cidade de São Paulo*”. Definido como uma intervenção jurídica e ao mesmo tempo como um estudo sobre presos provisórios na cidade de São Paulo, surgiu como fruto do mutirão carcerário promovido pelo IDDD em parceria com a Secretaria da Administração Penitenciária (SAP), junto ao Centro de Detenção Provisória de Guarulhos (CDP I). O projeto teve início em janeiro de 2015 e a coleta de dados encerrou-se em fins de setembro de 2015. Foram realizadas 485 entrevistas e o acompanhamento processual de 410 casos. Cabe salientar que o projeto preferiu a expressão “casos” a “processos”, pelo fato de muitos deles trazerem dois ou mais assistidos figurando como coautores do fato que deu ensejo à prisão.

Segundo o IDDD (2016) o projeto apresenta dados coletados durante a realização do mutirão, que abrange desde o primeiro atendimento às pessoas presas em flagrante até o acompanhamento dos processos criminais e resultados dos pedidos de liberdade provisória e *habeas corpus* que foram impetrados em favor dessas pessoas. O que se constatou foi que ainda prevalece no Brasil uma dura política de encarceramento. Só o estado de São Paulo é responsável por aproximadamente um terço da população carcerária do país (219.053 presos), sendo que 32% aguardam o julgamento privados de

liberdade, contrariando o entendimento de que a prisão cautelar deve ser interpretada como uma exceção, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência. Após fazer um inventário sobre a situação carcerária do Brasil ao longo dos anos, o estudo mostra que a política de encarceramento em massa, há décadas aplicada no país, não contribui para a redução dos níveis de violência e criminalidade, assevera que entre os anos de 2005 e 2014, foi observado um aumento de 60,9% da população prisional brasileira e ainda sim houve um aumento no índice de homicídio de 23,9%.

As informações colhidas pela equipe do projeto ajudam a revelar o funcionamento da justiça criminal paulista, bem como provocam reflexões acerca do manuseio da Lei 12.403, que segundo o IDDD (2016) foi editada com o intuito de fortalecer a excepcionalidade da prisão preventiva embora não tenha surtido o efeito esperado, pois não foi suficiente para provocar mudanças concretas em um sistema pautado pelo punitivismo. O estudo também revela que tanto juízes quanto desembargadores do Estado de São Paulo, em sua grande maioria, seguem a lógica da preferência pelo aprisionamento das pessoas que ainda respondem ao processo, em descompasso com o princípio da presunção de inocência, onde a liberdade é a regra. A pesquisa destaca ainda que o sistema de justiça criminal passa pelo acesso à defesa, que na maioria das vezes materializa-se por meio da Defensoria Pública, instituição essencial à concretização do direito de defesa. Em que pese sua essencialidade, sua instalação em todo o território brasileiro foi lenta e tortuosa. Apenas no ano de 2012 o órgão foi criado em todos os estados, mas sua implantação ainda é precária. De acordo com os dados do relatório do Ministério da Justiça/Depen (2014), a porcentagem de estabelecimentos que dispõem de local apropriado para o atendimento jurídico gratuito das pessoas presas é de apenas 76%. Ainda, dentre as unidades que afirmaram possuir sala destinada a este atendimento, somente 22% as utilizam única e exclusivamente para este fim. Há um dado ainda mais alarmante: 1/4 (um quarto) dos estabelecimentos prisionais do país sequer tem prestação sistemática de assistência jurídica gratuita. Esta deficiência representa um desrespeito aos direitos humanos mais fundamentais.

No que tange ao método utilizado para o desenvolvimento da pesquisa, a dinâmica de trabalho concentrou-se em três frentes principais: a primeira refere-se ao atendimento às pessoas presas provisoriamente no CDP I de Guarulhos; a segunda ao mutirão de assistência jurídica visando a obtenção da liberdade provisória e a terceira à

coleta de informações processuais dos casos acompanhados até a prolação da sentença. Foram utilizados dois critérios de seleção de casos no projeto: primeiro, o preso não possuir defesa particular constituída (informação obtida com base na fala do entrevistado); segundo, que o processo estivesse tramitando na cidade de São Paulo. As duas principais fontes empíricas dos dados foram as entrevistas realizadas durante os atendimentos às pessoas privadas de liberdade recém-chegadas no CDP e a coleta dos dados processuais.

Os resultados encontrados, tendo por base os dados coletados no CDP de São Paulo, não destoam do perfil sociodemográfico nacional. Como cediço, a população carcerária brasileira é composta, majoritariamente, por jovens negros e pobres, que são os grupos mais vulneráveis perante as agências de controle estatal. O panorama nacional confirma que o encarceramento de jovens adultos é uma realidade observada em todo o país: segundo dados do Ministério da Justiça (2014), 56% da população prisional tem idade entre 15 e 29 anos. O mesmo ocorre no que tange à porcentagem de pessoas negras encarceradas que é aproximadamente de 67%, logo, representam maioria no sistema carcerário do país. Frise-se que a presença maciça da população negra nos presídios ainda é maior na região sudeste, em que 72% dos cárceres são compostos por negros.

Quanto aos dados colhidos o IDDD (2016), destacou uma amostra composta, em sua maioria, por pessoas naturais do município de São Paulo, negros, jovens, com baixa escolaridade e empregos precários, geralmente de baixa especialização e baixa renda, que possuem filhos e dependentes e são responsáveis pelo seu sustento. Tais dados confirmam ainda o panorama nacional, fortalecendo as assertivas acerca do alto grau de seletividade do sistema prisional. No que toca à idade, 57,3% dos entrevistados possuíam entre 18 e 24 anos; 20,6% possuíam entre 25 e 29 anos; enquanto outros 22,1% tinham 30 anos ou mais. Considerando como jovens aqueles indivíduos com idades entre 18 e 29 anos, assim, quase 78% dos entrevistados são jovens. No que se refere à etnia, 66,6% dos entrevistados se declararam negros. A porcentagem de entrevistados que se declararam brancos foi de 21,7%, enquanto o restante de 11,7% declarou cores diversas: morenos, na maioria das vezes, e amarelos ou indígenas (que, juntos, compõem apenas 1% da amostra).

Em termos de escolaridade, o IDDD (2016) aponta que os dados destoam do perfil nacional em termos percentuais. Mais da metade dos atendidos pelo mutirão estudou até o ensino fundamental (54% dos entrevistados). Outros 43,7% afirmaram ter iniciado o ensino médio, sendo que somente um quarto o concluiu (10,1% da amostra) – número um pouco superior a média nacional (8%). Somente 1,4% dos atendidos afirmaram ter passado pelo ensino superior; apenas dois o concluíram. Quanto ao estado civil, a maioria dos entrevistados se disse solteira (56,4%), 35,1% disseram manter relação estável, enquanto 5,8% disseram ser casadas, e 2,7% eram divorciadas ou viúvas. Dos 478 entrevistados, 52,6% disseram ter filho e dentre esses, 49,4% disseram ter apenas um filho; outros 29,9% disseram ter dois e 11,2%, afirmaram ter três filhos. O restante, afirmou ter quatro filhos ou mais (9,5%). Destes, 93,6% disseram ser responsáveis ou corresponsáveis por seu sustento. Sendo que em 40,8% dos casos, os assistidos eram os únicos responsáveis pelo sustento dos filhos, o que indica que a vulnerabilidade não se restringe ao ambiente prisional, pois se estende a outras pessoas, sobretudo a seus familiares. Os dados obtidos também demonstraram que a grande maioria dos entrevistados (80,5%) possuía alguma ocupação no momento de sua prisão, ainda que ocupações informais. As mais citadas foram ajudante de serviços gerais, autônomo, entregador, manobrista, lavador de carros, mecânico, motoboy, servente, vendedor, pintor, e pedreiro. Apenas 15,3% dos entrevistados disseram trabalhar com registro em carteira de trabalho. Os salários, por sua vez, são baixos e atrelados, em grande medida, à informalidade das atividades exercidas: 84,4% dos entrevistados recebiam até dois salários mínimos. A renda média da amostra foi de 1,4 salário mínimo.

No que tange à passagem pelo sistema de justiça criminal, identificou-se que a maioria das pessoas entrevistadas era primária. Com base nas informações processuais coletadas, 41,7% dos réus possuíam antecedentes criminais, sem que houvesse condenação transitada em julgado, 17,7% respondiam a outro processo enquanto estavam presos preventivamente. Em relação aos crimes registrados nos antecedentes verificou-se que havia maior incidência de crimes patrimoniais, como roubo, em primeiro lugar, e furto, em segundo, seguidos por receptação, tráfico de drogas e homicídio. Cabe destacar que segundo informações do sítio eletrônico da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, no primeiro e no segundo trimestre do

ano de 2015 – período de execução do projeto *Liberdade em foco* –, em todas as delegacias da cidade de São Paulo, a ordem de incidência dos crimes foi, em primeiro lugar, furto, em segundo, roubo e, em terceiro, o tráfico de entorpecentes

O IDDD (2016) aponta que as prisões em flagrante delito correspondem a 81% do total das prisões no estado de São Paulo, em regra, resultam do trabalho ostensivo realizado pela polícia militar e não de investigações conduzidas pela polícia civil. Assim, as informações coletadas durante as entrevistas revelam que 91,3% dos flagrantes foram efetuados por policiais militares. Outra característica dessas prisões é a ocorrência das mesmas em via pública (86% dos casos atendidos). As testemunhas, por sua vez, foram pessoas diretamente envolvidas nas ocorrências; os policiais que efetuaram as prisões representam 77,4% dos casos, as vítimas, em 53,5%, e adolescentes envolvidos nas ocorrências. E em 21,44% dos casos as testemunhas foram tão somente os dois policiais que efetuaram a prisão em flagrante. Um dos problemas identificados pela equipe do projeto está relacionado com a produção de evidências que legitimam a prisão, como o reconhecimento pessoal. Dos assistidos que responderam a questão (99 pessoas), 77,8% disseram ter passado por algum procedimento de reconhecimento pelas vítimas, sendo que em 79,2% dos casos em que houve procedimento de reconhecimento, este se deu no interior da delegacia. Entretanto, apenas 14,3% dos entrevistados declararam terem sido cumpridas as formalidades processuais do ato.

Foi constatado também que várias formalidades relevantes deixaram de ser cumpridas na delegacia de polícia, principalmente quanto à comunicação acerca dos direitos das pessoas presas em flagrante, segundo o IDDD (2016, p. 32) “apenas 20,1% dos entrevistados disseram ter sido informados sobre o direito de permanecerem em silêncio sem que isso fosse usado em seu prejuízo”. Em todos os boletins de ocorrência constou a informação de que todos os direitos assegurados às pessoas presas foram informados no momento da prisão. O que demonstra uma nítida contradição entre o que constou formalmente na ocorrência e o que aconteceu na prática. Ademais, em 77,4% dos casos o suspeito não foi informado da possibilidade de entrar em contato com algum familiar que pudesse prestar auxílio. Em 42,9% dos casos os entrevistados afirmaram não ter tido qualquer contato com familiares no momento da prisão, mesmo tendo solicitado aos policiais que o providenciassem. Outro dado preocupante é que

“84,7% dos entrevistados afirmaram não ter podido ler os documentos que assinaram na delegacia, de modo que não tiveram acesso ao conteúdo dos documentos produzidos” (IDDD, 2016, p. 32). Dentre os entrevistados (424), 84,7% disseram não saber o que estava escrito na nota de culpa que lhes havia sido entregue. Dos 80,2% que disseram ter conhecimento do delito, apenas 60% efetivamente sabiam de que crime tratava a acusação.

No que diz respeito à violência policial, o projeto concluiu que esta é constante quando se trata de prisão em flagrante, o abuso policial é cometido durante a abordagem ou mesmo dentro da delegacia, com um repertório bem variado, que abarca desde violência física até ameaça verbal. Dos entrevistados, 48,5% disseram ter sofrido agressões físicas durante a abordagem policial, seja no momento do flagrante, seja na delegacia. Ressalta-se, ainda, que 74,9% imputaram-na exclusivamente à Polícia Militar. No mesmo sentido, 40% dos entrevistados afirmaram ter sofrido algum tipo de ameaça verbal. Desses, 76,7% declararam que a ameaça foi feita, exclusivamente, por policial militar. O IDDD (2016) assevera que chamou a atenção o fato de que mesmo diante de claros sinais de violência contra os presos, como escoriações evidentes, nenhuma providência havia sido tomada no sentido de se apurar, seja pelo juiz, pelas autoridades policiais, promotores, defensores e profissionais da perícia, o que demonstra a negligência desses agentes públicos.

Conforme dispõe o artigo 304 do Código de Processo Penal, a pessoa presa em flagrante deve, desde logo, ser apresentada à autoridade competente para ser ouvida. A pesquisa do IDDD (2016) demonstrou que tal procedimento, costumeiramente não era observado pela autoridade policial. Dos 447 entrevistados, apenas 31,8% afirmaram terem sido interrogados na delegacia. E mais uma vez foi verificada a contradição entre o que realmente acontecia na delegacia e o que era documentado por seus agentes, pois em todos os casos havia alguma informação – seja sobre o silêncio, seja um depoimento – no Boletim de Ocorrência. Outra constatação alarmante refere-se ao fato de que 56,6% dos casos cuja resposta do entrevistado foi a de que não teve a oportunidade de falar na delegacia, enquanto os Boletins de Ocorrência traziam termos de interrogatórios preenchidos com versões dos fatos supostamente narradas pelo assistido. Duas hipóteses foram levantadas para tentar explicar o desalinhamento entre os procedimentos previstos em lei e a prática, quais sejam: ou os suspeitos não souberam identificar o que

foi o interrogatório, seja pela falta de informação oferecida ou ausência de assistência jurídica, seja pela intenção deliberada por parte dos agentes de segurança de que assim fosse; ou os Boletins de Ocorrência estavam sendo produzidos de forma descuidada e em descumprimento da lei naqueles distritos policiais, cujas pessoas presas eram encaminhadas ao CDP I de Guarulhos.

Outro ponto avaliado na pesquisa do IDDD (2016) foi a vulnerabilidade dos entrevistados dentro da prisão, a partir de sua exposição aos indicadores drogas ilícitas, violência direta e indireta, disponibilidade (ou indisponibilidade) de materiais básicos e serviços essenciais, contato com presos condenados e com facções criminosas. Ressalta que as condições de vulnerabilidade antecedem ao cárcere, por exemplo, dos entrevistados 60,9% afirmaram que faziam uso de drogas ilícitas antes de serem presos, sendo a maconha a principal delas (64,4%), seguida de cocaína (31,9%) e crack (10,2%) e ecstasy (9,9%). Muitos assistidos apontaram estarem sob efeito de drogas ou indicarem a necessidade de comprá-las como fator preponderante para o cometimento do crime.

Dentro dos muros da prisão, a vulnerabilidade é ainda mais evidente. Dos entrevistados questionados, 19,1% afirmaram ter precisado, em algum momento, de atendimento médico. Contudo, 57% não haviam recebido, até o momento da entrevista, o atendimento solicitado. As demandas eram inúmeras, mas alguns casos pareciam de maior complexidade/gravidade: presos com balas alojadas no corpo, recém saídos de internação hospitalar, até usuários de medicação controlada, que estavam sem acesso a ela devido à falta de prescrição. Sobre o acesso a materiais básicos de higiene, 59% dos atendidos afirmaram não ter recebido papel higiênico; 40,2% disseram não ter recebido sabonete; outros 30,5% não haviam recebido escova de dente. Outra vulnerabilidade evidenciada é a convivência de pessoas presas provisoriamente com aquelas já condenadas. Além disso, 54,2% dos entrevistados disseram compartilhar cela com pessoas que já tinham sido presas antes, além da superlotação nas celas. Sem mencionar os casos em que os entrevistados estavam literalmente “esquecidos”, casos em que havia decisão concedendo liberdade e a pessoa continuava presa. Vulnerabilidades que, indubitavelmente, contribuem diretamente para a intensificação do processo de exclusão social da pessoa privada de liberdade.

Durante todo o desenvolvimento da pesquisa, foram acompanhados 410 casos, cujo objetivo era observar e identificar padrões para a concessão de liberdade provisória ou a aplicação de medidas cautelares. Ao contrário do que se esperava, observou-se que do total de casos acompanhados, apenas 109 (26,6%) pessoas tiveram sua liberdade provisória concedida em algum momento do processo. As informações obtidas através do levantamento realizado pelo IDDD (2016) reforçam o que outras pesquisas já apontaram anteriormente: o baixo impacto da Lei 12.403 na diminuição do número de prisões preventivas. A pesquisa afirma que embora não haja dados oficiais sobre o número de concessões de liberdade e conversões de prisões em flagrante em prisões preventivas em São Paulo, utilizou-se, para uma comparação, dados coletados em 2012 pelo Instituto “Sou da Paz”. Segundo a pesquisa deste Instituto, entre os meses de abril a julho de 2012, de um universo de 5.517 prisões em flagrantes, 61,3% foram convertidas em prisão preventiva (SOU DA PAZ, 2012). Os pesquisadores deste projeto, também asseveram que uma cultura encarceradora não é transformada com uma alteração pontual na legislação nacional, ao contrário, exige um conjunto de ações capazes de impulsionar a reflexão dos profissionais do sistema de justiça criminal de modo que eles passem a mudar suas atitudes perante o crime e o suspeito/acusado de um crime.

Nos termos do Código de Processo Penal, a avaliação sobre a imprescindibilidade de manutenção da prisão ou aplicação de medida cautelar fica a cargo dos juízes competentes para tanto. Em momento anterior às audiências de custódia, especificamente em São Paulo, eram os juízes do Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO) os responsáveis pela primeira análise do caso. Nos casos acompanhados pelo IDDD (2016), tem-se que em 94,8% dos casos, os juízes converteram a prisão em flagrante em prisão preventiva, ocorrendo quase de forma automática. Diante dessa realidade, a Defensoria Pública passou, então, a impetrar habeas corpus a partir dessa decisão, já que eram baixas as chances de reconsideração das decisões. Foram impetrados 376 *habeas corpus*, sendo que 248 foram impetradas perante o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), 112 no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e 16 no Supremo Tribunal Federal (STF). No TJSP foi negado seguimento a 4,5%, dentre os demais, 89,1% tiveram seus pedidos liminares indeferidos e 6,4% deferidos. No Superior Tribunal de Justiça, esses resultados foram, respectivamente,

51%, 42,8% e 6,2%. Em relação ao julgamento do mérito no TJSP, 20,9% não foram conhecidos, 73,5% dos casos tiveram a ordem denegada, tendo sido concedidas apenas 4,7% delas. Já no STJ, houve denegação da ordem em 20% dos habeas corpus impetrados, tendo sido concedidas as ordens de habeas corpus em apenas 5% das impetrações. Quanto ao julgamento do mérito no STF, observou-se um caso de denegação da ordem e outro de não conhecimento.

Segundo o IDDD (2016) um dos objetivos almejados era compreender o papel da defesa no impacto das decisões judiciais que versem sobre a liberdade dos suspeitos. Para isso, foram coletadas diversas informações referentes aos pedidos formulados pela defesa, seja realizada pela defensoria pública ou por advogados associados ao Instituto, entre eles estão: pedidos de liberdade provisória, apresentados em primeiro grau de jurisdição, pedidos de liberdade associados à resposta à acusação e habeas corpus, apresentados nos tribunais. Somados, com base no acompanhamento do IDDD, verificou-se que 147 pedidos da defesa foram dirigidos ao juiz de primeira instância, desses 67,3% foram pedidos de liberdade provisória e 29,6% de relaxamento da prisão preventiva, 5,0% de dispensa de fiança, entre outros pedidos menos frequentes, sendo que em diversos casos os pedidos eram realizados conjuntamente. De todos os 147 pedidos da defesa, em apenas 12,4% houve deferimento. O deferimento de um pedido de liberdade provisória da defesa é, portanto, exceção na amostra analisada, sendo a manifestação do Ministério Público, via de regra, desfavorável à sua concessão.

Até o momento final da coleta de dados pela equipe do IDDD (2016), houve 229 processos que chegaram à audiência de instrução e julgamento. Nestes, houve concessão de liberdade durante a audiência a 16,8% dos réus, em sua maioria sem imposição de qualquer medida cautelar. Dos casos acompanhados, apenas 214 foram sentenciados até o prazo final de coleta de dados – dos quais 59 (27,5%) tiveram a liberdade provisória concedida em algum momento do processo. Desses 214 casos, o réu foi condenado em 92,3%, dos quais 63,2% foram condenados ao cumprimento de pena em regime fechado, 25% em regime semiaberto e 11,8% em regime aberto. Estatisticamente, as amostras relevantes referem-se aos crimes de roubo e de tráfico de entorpecentes. A pesquisa chama a atenção para 17 absolvições (7,7% das sentenças proferidas) sendo que em todos esses casos o acusado foi posto em liberdade apenas no momento da audiência de instrução e julgamento quando foi absolvido. Cumpre

observar que cinco (05) casos de absolvição se referiam ao crime de roubo e seis (06) ao crime de tráfico de entorpecentes – crimes cuja gravidade é usada para justificar a manutenção da prisão. Apurou-se que as pessoas absolvidas ficaram presas cautelarmente, em média, 98 dias, sendo que a prisão cautelar mais longa durou 199 dias. O IDDD (2016) também enfatiza a falta de previsão legislativa fixando um prazo para a duração da prisão preventiva, como causa para o desrespeito aos direitos e princípios constitucionais. Outra conclusão dos pesquisadores é de que a prisão preventiva foi mantida de forma equivocada, fazendo do sistema de justiça um gerador de injustiças. Outro dado importante da pesquisa é que em 48,3% dos casos sentenciados, o réu não foi, ou não permaneceu preso ao final. Em 37,9% dos casos foi concedido ao réu o direito de recorrer em liberdade e somente 13,8% das pessoas que tiveram concedida sua liberdade provisória durante o processo, viram-se efetivamente presas quando da emergência de sua condenação.

Dentre os casos acompanhados que tiveram a liberdade provisória concedida, esta aconteceu, em média, 52,5 dias depois da prisão. Verificou-se que os primeiros pedidos da defesa ocorreram, em média, 23,5 dias após a data da prisão. Quanto aos habeas corpus, constatou-se que o tempo médio é de 31 dias entre a data da prisão e da impetração do primeiro habeas corpus. Nos casos em que o assistido constituiu advogado particular, este demorou em média 48 dias para impetrar o primeiro habeas corpus. É importante salientar que esta primeira impetração não necessariamente corresponde à primeira providência tomada pelo defensor no processo. No que se refere aos tempos processuais propriamente ditos, observou-se que a média entre a prisão e a decisão da liminar do primeiro habeas corpus é de 41 dias (foram considerados 203 casos nos quais essa informação estava disponível). Já entre a prisão e a decisão de mérito do remédio constitucional, tem-se a média de 93 dias.

Em relação à Defensoria Pública de São Paulo, dois pontos chamaram atenção dos pesquisadores do IDDD (2016), quanto ao trabalho desenvolvido: a apresentação de resposta à acusação e a não arguição de nulidades. Ainda que se considere os problemas de infraestrutura e o excesso de trabalho, o resultado é preocupante, pois revela a massificação de processos criminais. Dos 363 processos acompanhados que chegaram até o momento de apresentação da resposta à acusação, 290 estavam sob responsabilidade da DPESP. Destes processos, as respostas à acusação

apresentadas traziam pouco conteúdo de defesa, contendo, em sua maioria, apenas o arrolamento das mesmas testemunhas da acusação, e a afirmação de que o mérito seria trabalhado em audiência. Foi observado pela equipe de pesquisa que: (i) em 40 casos a resposta à acusação feita pela DPESP foi anterior à citação do assistido – dado bastante preocupante, que demonstra conivência do órgão responsável por garantir os direitos do acusado com nulidades processuais e evidenciam um automatismo em suas práticas.

Outro dado apontado pelo IDDD (2016) diz respeito à motivação das decisões. Tal como prevê o artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988, toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. Isso significa que, como garantia do devido processo legal e do direito de defesa do acusado, a existência de uma decisão não motivada torna-se, no processo, vício insanável, o que gera nulidade absoluta. No entanto, o que se observou ao longo do projeto, foi uma despreocupação dos juízes com o supracitado mandamento constitucional, com relação a várias decisões fazendo menção apenas a artigos de lei, documentos, depoimento de testemunhas - em sua maioria os policiais responsáveis pela prisão, ou até mesmo fundamentando com base nas razões do órgão acusador, sem mencionar os inúmeros casos em que sequer houve qualquer motivação. Observou-se que a maioria das decisões de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva seguiu critérios permeados de abstração. O que conduz ao pensamento de que se pretende com a segregação não é acautelar o processo, mas conter, em larga escala, toda uma série de desordens que o julgador acredita que um crime possa causar. O gráfico abaixo demonstra a frequência das fundamentações utilizadas

Gráfico 2 – Fundamentos dos decretos de prisão  
(%)



Fonte: IDDD (2016, p. 59)

Segundo a citada pesquisa, no que tange às decisões de mérito relacionadas aos habeas corpus analisados, foram encontradas 13 “categorias” de fundamentações, que se repetiram à exaustão: “manutenção da ordem pública”, “preservação da ordem econômica”, “aplicação da lei penal”, “fuga/evasão do distrito da culpa”, “não comprovação de residência fixa”, “não comprovação do exercício de atividade lícita”, “reincidência”, “conveniência da instrução criminal”, “gravidade abstrata do delito”, “gravidade concreta do delito”, “maus antecedentes”, “descumprimento de medida cautelar anterior” e “crime hediondo”. Foi constatado que “garantia da ordem pública” é a principal fundamentação nas decisões de mérito, presente em 54,2% das decisões no TJSP e sendo a categoria mais frequente também no STJ. A análise da real eficácia das medidas provisórias aplicadas aos casos atendidos pelo IDDD (2016) foi tarefa de extrema dificuldade, devido a dois fatores: baixa aplicação de medidas cautelares e o tipo de crime imputado às pessoas que foram entrevistadas no projeto, em sua maioria roubo e tráfico de drogas, crimes considerados graves pelo julgador.

A partir do quarto mês do mutirão carcerário (maio de 2015), a equipe da mencionada pesquisa passou a lidar com uma nova realidade: as audiências de custódia. Apenas a título de informação, as audiências de custódia são aquelas realizadas logo após a prisão em flagrante de uma pessoa, para que ela seja apresentada a um juiz, que

deverá avaliar a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção durante o processo e verificar a eventual ocorrência de maus tratos e tortura durante a abordagem policial. Referidas audiências vêm ao encontro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil e internalizada em nosso ordenamento jurídico pelo decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, a qual diz em um de seus dispositivos que “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 de que prossiga o processo”.

O IDDD (2016) salienta que não foi possível observar o impacto estatisticamente relevante no número de pessoas remetidas ao Centro de Detenção Provisória (CDP) após o início da realização das audiências. No entanto, não se pode, a partir dessa afirmação, inferir que não houve diminuição no número de prisões provisórias em São Paulo. Aponta ainda que das 44 pessoas entrevistadas que passaram pela audiência de custódia, 27 disseram não ter compreendido sua finalidade, ou seja, o contato com o juiz não atingiu uma finalidade esclarecedora, mantendo à margem da compreensão dos procedimentos da justiça criminal seu público alvo. Ademais, das mesmas 44 pessoas, 15 (34%) afirmaram não ter tido a oportunidade de dizer o que desejavam ao juiz que presidiu a audiência de custódia.

Dos dados colhidos durante a realização do projeto o IDDD (2016) aponta algumas conclusões. Primeira, os resultados obtidos reafirmam o já conhecido perfil da população carcerária, composta majoritariamente por jovens negros e pobres, com baixa escolaridade e empregos informais. Segunda, a manutenção da cultura de encarceramento em massa, demonstrada pelo baixo índice de liberdades alcançado, sem quase aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, o que levou à adaptação dos objetivos iniciais do projeto, que pretendia verificar a eficácia de tais medidas. Terceira, a exaustiva repetição de argumentação inidônea a embasar uma prisão ou sua manutenção também contribuem para a triste constatação de que se prende muito e se prende mal. Quarta, a constatação de graves violações a uma série de direitos e garantias constitucionais, que já se iniciam na prisão em flagrante e em sua formalização, o que reforça ainda mais a importância da recente conquista em prol das garantias fundamentais e do direito de defesa. Quinta, a pouca eficácia da Lei 12.403/2011 na

diminuição do número de prisões preventivas. Por último, os dados apontam para a existência de uma política criminal que, na contramão da eficácia, faz incrementar a criminalidade, à medida que abarrotava unidades prisionais com nenhuma estrutura que garanta o mínimo existencial.

Há uma relevante pesquisa do MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (2015) intitulada “Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico”, que reuniu um considerável número de pesquisadores, entre professores universitários, alunos e bolsistas, todos advindos de múltiplas áreas do conhecimento, como direito, sociologia e estatística. Os pesquisadores aduzem que o objetivo inicial seria analisar julgados referentes a indenizações cíveis para pessoas que ficaram presas provisoriamente de forma indevida ou por tempo excessivo, porém logo observaram a inexpressividade de casos neste sentido, o que levou a uma mudança no rumo da pesquisa, que assumiu a forma de um estudo sobre o conteúdo dos processos penais, que envolvam os crimes de furto, roubo e tráfico de drogas, pois segundo o Ministério da Justiça (2015) do total de presos no Brasil, 329.306 são pelos crimes de furto, roubo ou tráfico de drogas; o que equivale a 60,09% dos encarcerados no país. A pesquisa observou processos que tramitaram nos Tribunais de Justiça de Santa Catarina e Bahia, entre os anos de 2008 e 2012 e deu enfoque nas suas fases processuais e na identificação das possíveis correlações entre essas e os padrões empíricos da prisão preventiva, para esmiuçarem os tempos de duração. “Tratava-se de orientar a pesquisa à resposta da pergunta fundamental: é possível, nesses termos, saber mais e melhor sobre a noção de excesso de prisão?” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 16)

Sobre a entrada no campo de pesquisa, iniciam por destacar as dificuldades da transparência institucional e a falta de orientação dos sistemas de órgãos públicos da Justiça para a viabilização do acesso de dados. Apontam que os entraves a esse tipo de investigação estão associados ora à escassez do treinamento de pessoal para o manejo de tecnologias de produção e disponibilização pública das informações, ora a simples ausência dessas ferramentas informacionais. O que autoriza legítimas dúvidas quanto à confiabilidade de registros oficiais como aqueles de que se compõem as estatísticas prisionais. Uma série de dificuldades de acesso é descrita, o que levou inclusive a retirarem de seus objetivos a análise de processos no estado do Rio de Janeiro, pois o

Tribunal de Justiça deste estado, sequer apreciou o pedido de acesso aos dados. Após conseguirem a entrada no campo de pesquisa apontam uma segunda dificuldade que se refere à filtragem dos dados, mesmo no sistema informatizado, bem como na dificuldade de se investigar autos de processos, sobretudo no Tribunal da Bahia onde o cadastro informatizado era muito incipiente.

A pesquisa do Ministério da Justiça (2015) evidencia que o Poder Judiciário tem considerado mais eficaz evitar um processo judicial amparado no princípio do amplo contraditório e tem sistemática e automaticamente chancelado a atividade policial, convertendo massivamente em prisão processual as prisões em flagrante. Esta realidade – amplamente comprovada pelos números da presente pesquisa – aponta uma violação metódica do direito constitucional a um processo fundado na presunção de inocência. Com uma conclusão geral de que os princípios constitucionais que visam à proteção de direitos como a liberdade, a presunção de inocência, o devido processo e a ampla defesa, não são concretizados, mesmo com recentes alterações legislativas de natureza processual penal, como o caso da recente lei das medidas cautelares alternativas à prisão, 12.403/2011. O que comprova a deficiência estrutural dos serviços estatais de defesa à população pobre, na qual se concentra o excesso de prisão, aliada a um automatismo decisório que, por meio das sentenças, “recicla preconceitos e presunções invertidas no lugar de fundamentações orientadas pela interpretação dos preceitos constitucionais favoráveis à garantia das liberdades” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 22). Foi estabelecida a área de aplicação da pesquisa empírica nos estados da Bahia e de Santa Catarina. Tendo-se a variável do tempo como marcador principal do quadro do excesso de prisão provisória.

A referida pesquisa destaca que o estudo do tema da duração das prisões provisórias é escasso no mundo inteiro, havendo pouca informação existente sobre a matéria, mesmo nos países das democracias ditas centrais. A esse respeito menciona a pesquisa do ano de 2003, conduzida em 19 países europeus, cujos resultados evidenciaram uma média de 167 dias (5 meses e meio) de duração da prisão processual no conjunto desses países. No caso da duração média dos processos criminais, destaca-se o exemplo da Itália, onde prisões cautelares podem se estender por 4,3 anos, entre prisão e trânsito em julgado (OPEN SOCIETY, 2012, apud MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015).

Frente à inexistência de uma definição legal para a duração da prisão preventiva torna-se fundamental mapear o estado da área e formular novos instrumentos de intervenção. Não só com a produção de novos dados, mas também considerando estratégias de diálogo com a “dogmática penal”, fonte mais direta e operativa das percepções e da prática corrente dos profissionais mais estreitamente ligados à administração da justiça criminal (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 24).

Com relação à metodologia empregada, inicialmente apontam que de acordo com as estatísticas oficiais, segundo dados de 2013, 329.306 indivíduos—60% do total da população carcerária no Brasil – estão presos por furto, roubo ou tráfico de drogas. Isto os fazem supor, que o sistema penal identifica nos crimes em questão motivos de importantes agravos à chamada ordem pública. Portanto, os resultados da investigação levam a discutir e indicar medidas comprometidas com o exame crítico e a reformulação da legislação atual, no que respeita à matéria dos instrumentos cautelares à disposição da justiça criminal, sob o interesse de que se constituam critérios para a objetivação da duração razoável da medida cautelar de prisão. A análise dos processos foi feita por amostragem, onde os autores explicam sumariamente as operações que empregaram de modo que de um universo de 43.620 pessoas presas, analisaram apenas 629 casos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.28)

A referida pesquisa se desenvolveu a partir de quatro partes principais: a primeira apresenta informações relativas aos réus e processos, compreendidos idade, sexo, quantidade de réus por processo, matéria processual (furto, roubo e tráfico) e a existência ou não de medida de prisão por processo, as quais confirmam largamente as pesquisas de campo e permitem visualizar na realidade dos Estados examinados os indicadores do InfoPen. Trata-se, em geral, de réus jovens, do sexo masculino, presos por contados processos em andamento. Na segunda fase, exploram-se os dados relativos à prisão em flagrante e à prisão preventiva, numa decomposição temporal de suas fases processuais. As informações sobre prisão em flagrante, matéria processual, fases pré-processual (do flagrante à denúncia) e processual (do recebimento da denúncia até o trânsito em julgado) são cruzadas e exploradas em relação ao seu aspecto temporal. Neste ponto, chama a atenção o fato de a maioria dos réus terem sido presos em flagrante – em especial os de tráfico – e a alta taxa de conversão do flagrante em cautelar e reforçam que

Os indicadores mais importantes da pesquisa talvez estejam nesta parte: o excesso acumulado de prisão provisória, a majoração regular e sintomática de cada uma das fases que compõem as etapas procedimentais até o momento da denúncia e, em especial, a regular e burocrática confirmação da prisão em flagrante de crimes pouco complexos pelo Poder Judiciário. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.30)

Na terceira etapa, a pesquisa destaca que as fases do processo penal são relacionadas com a variável da liberdade provisória. As informações anteriores relativas aos réus, à matéria criminal e às modalidades de prisão se confrontam com as de pedido e concessão de liberdade, com o mesmo objetivo de mensuração temporal e de avaliação do impacto das condições de assistência jurídica prestada aos réus e acusados. Na quarta etapa, promovem o cruzamento de informações sobre as fases decisórias, o resultado dos processos – condenação, absolvição, prescrição e duração das penas – e a temporalidade das medidas de prisão provisória.

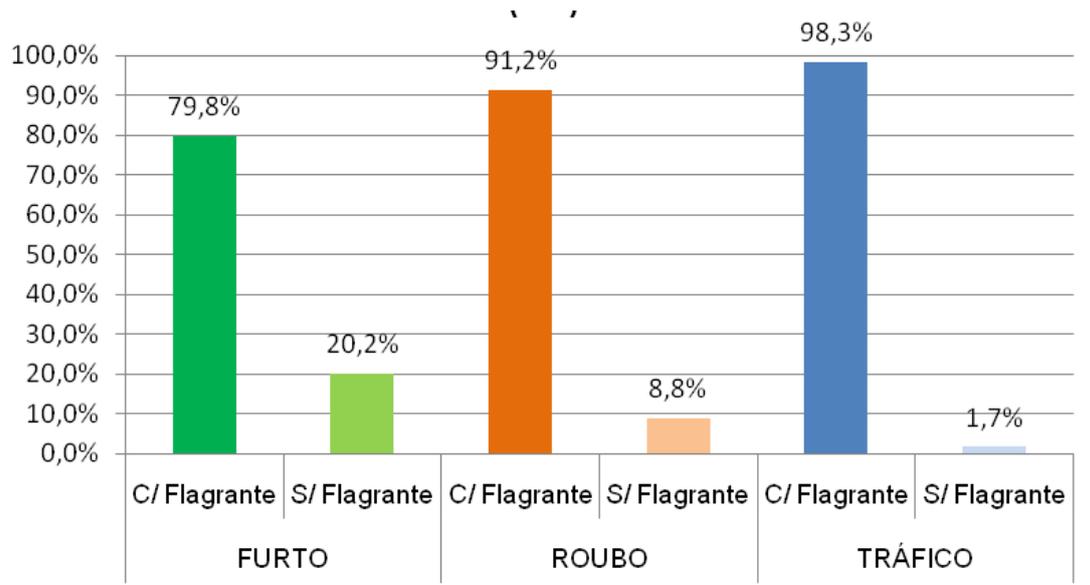
Ao iniciarem a apresentação dos dados destacam o fato de o Judiciário gastar boa parte dos seus esforços com processos e casos simples, pois os dados confirmam que o funcionamento de todo o sistema repressivo e “o sistema policial, em particular é voltado especialmente para a criminalidade eventual, primária e sem organização” (MINISTERIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 33).

Os pesquisadores destacam que o flagrante se mostrou como um momento-chave em que o sistema de justiça explicita contornos para quadro de excesso de prisão. Embora os princípios normativos da isonomia, da legalidade e da presunção de inocência delineiem formalmente o exercício da repressão estatal e apontem para um caráter necessariamente precário da situação de flagrante, o funcionamento prático do sistema apresenta severas distorções. Deixa evidente o arbítrio e as práticas características de Estados policiais ou autoritários.

Assim, a pesquisa apresenta gráficos que indicam que, “para os crimes de furto, roubo e tráfico, o sistema de justiça de ambos os Estados opera majoritariamente a partir do flagrante delito e de sua extensão quase automática na prisão provisória” (MINISTERIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 36). E aduz ainda que sem as prisões em flagrante, o número de processos criminais reduziria assustadoramente, pois na Bahia o

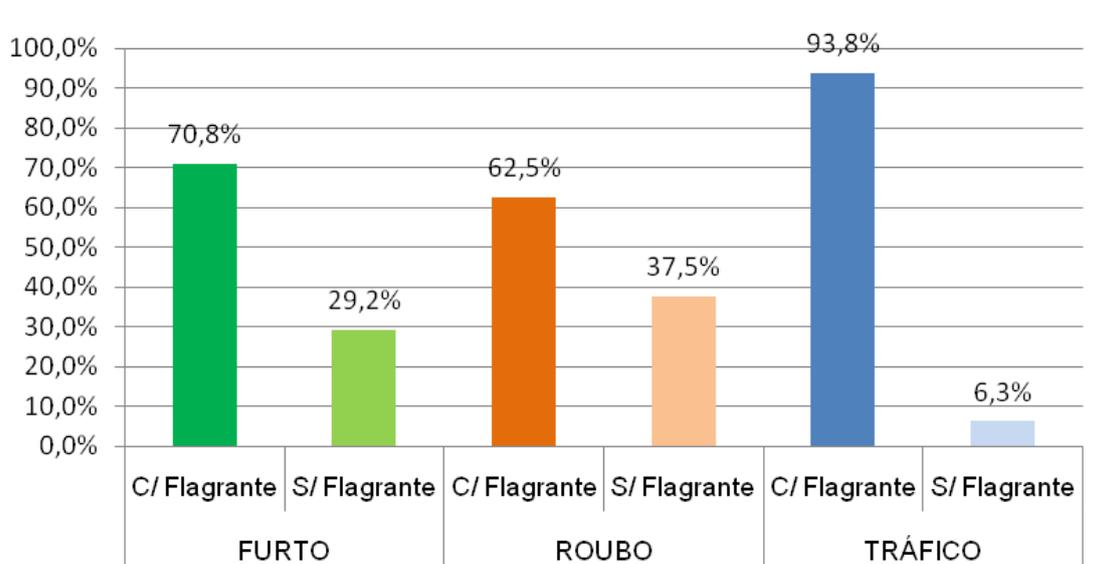
número de réus nessa situação é de 89,6%, e em Santa Catarina, de 77,5% (Gráficos 9A e 9B). No crime de tráfico, o quadro indica que a quase totalidade dos réus foi alvo do flagrante (98,3% na Bahia e 93,8% em Santa Catarina). (MINISTERIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 38)

Gráfico 3 - sobre processo com e sem flagrante por crime na BA



Fonte: MINISTERIO DA JUSTIÇA (2015, p. 39)

Gráfico 4 - sobre processo com e sem flagrante por crime em Santa Catarina



Fonte: MINISTERIO DA JUSTIÇA (2015, p. 39)

Os autores asseveram que uma das questões mais relevantes do debate para a pesquisa diz respeito ao modo como os diversos instrumentos, mecanismos e fases dos procedimentos que organizam o sistema de justiça criminal concorrem para o quadro do excesso de prisão, “entendido como excesso de tempo, a principal dimensão objetiva que se oferece à investigação e à análise no presente trabalho é a dos procedimentos pré-processual e processual, desdobrados em distintas etapas” (MINISTERIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 40). Apresenta uma série de gráficos onde evidencia que os excessos ocorrem em todas as etapas, e destaca ainda que os prazos mais dilatados ocorrem nos processos que envolvem tráfico de drogas, o que afirma ser movido pela “cruzada contra as drogas”. Aponta ainda que na Bahia a fase pré-processual dura o mesmo tempo que a fase processual deveria durar.

A pesquisa aponta também os números referentes à grande quantidade de prisão em flagrante convertida em preventiva. Se na Bahia o número é de 84,1%, em Santa Catarina é de 87,7%, considerada a média para todos os crimes. No tráfico esses registros se avolumam, e a taxa é de 93,2% em ambos os Estados. Nos crimes de roubo, no Estado Catarinense, 100% dos presos em flagrante permanecem presos cautelarmente. Então, pode-se falar em “excesso cautelar” em ambos os Estados. O que lhes permite constatar que o domínio da cena processual se dá pelo par flagrante/preventiva e apontam algumas causas para explicar o quadro evidenciado: a precariedade das fundamentações judiciais nas decisões de prisão, a deficiência dos serviços de assistência jurídica gratuita, a falta de regulamentação judicial a respeito dos prazos máximos de validade da prisão provisória, a ausência de um consenso mínimo na jurisprudência sobre a noção de duração razoável da prisão provisória, assim como a questão da seletividade policial com a subsequente aprovação do judiciário (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 53). Constatam ainda que, quanto mais cedo for solto o indivíduo (indiciado ou réu) mais longo tenderá a ser o processo pelo qual responde, e quanto mais tempo ficarem presos, menos tempo tende a durar os processos.

O MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (2015) assevera que a indeterminação do regime temporal da prisão provisória no sistema legal brasileiro é secular, e o tema do “prazo razoável” vem sendo hoje majoritariamente compreendido pelos autores e pelos juízes através da noção de “não-prazo”. Propostas legislativas que previam a fixação do tempo foram rejeitadas no Congresso, sendo que diversos países da América-Latina e da

Europa aprovaram esses marcos legais para limitar o tempo de duração da prisão preventiva. Os autores ratificam a necessidade de se retomar essas discussões juntamente com a ideia de um prazo razoável para o processo penal como um todo.

O relatório do CNJ (2011 *apud* MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015) demonstra que os magistrados das varas criminais e de execução penal baianas não têm conhecimento do número de presidiários condenados e provisórios e que em alguns casos, ignoram o local onde o confinado se encontra, apontam também a ocorrência de casos de remoção dos presos sem a intervenção judicial. O juiz-relator do documento destaca o grave prejuízo que esse quadro acarreta para a celeridade das medidas processuais. Além disso, ainda segundo o relatório, em alguns documentos, nomes de pais e mães eram contabilizados como presos, e a prática de não-recolhimento de mandados de prisão ocasionava diversos encarceramentos indevidos que chegavam a durar meses até se esclarecer a real situação perante a Justiça.

Destaca ainda a importância da presença da defesa desde os primeiros instantes após a efetuação da prisão. Os dados demonstram que na Bahia apenas 43% dos réus presos cautelarmente apresentam pedido de liberdade, considerada a média dos três crimes. O número é maior em Santa Catarina (66%), cujo estado observou-se que para que ocorra a concessão da liberdade é imprescindível a formulação do pedido. Já na Bahia, houve expressiva quantidade de liberdades concedidas para indivíduos que não formularam o pedido correspondente. Nas prisões preventivas convertidas, são 43% dos réus nessa situação, na média dos crimes. É no crime de tráfico de drogas que mais aparecem réus beneficiados sem requerer pedido de liberdade (62%), sendo poucos no crime de roubo (20%), e metade nos de furto (51%).

A referida pesquisa destaca ainda a comparação entre o tempo de prisão com aqueles relativos aos resultados finais dos processos. Os dados sugerem um conjunto de relações entre o fato da existência da prisão provisória, suas variações e o resultado final do processo judicial. Chama atenção a quantidade de réus que cumprem medidas cautelares de prisão e são absolvidos (Gráficos 32A e 32B). Na Bahia, tem-se que, na média dos três crimes, 21,9% dos réus foram absolvidos, e, deste total, 85,4% cumpriram medidas de prisão durante o processo. Em Santa Catarina, os absolvidos somaram 41,5%, em média, e, dentre eles, 68,5% cumpriram medidas de prisão. Esses dados confirmam a incidência da presunção de culpabilidade na conversão da prisão em

flagrante em prisão cautelar. O cenário de duração excessiva da prisão provisória para os casos de absolvição torna mister a conclusão de que se está diante de um forte indício de precariedade da avaliação realizada no momento conversão do flagrante em preventiva. Aponta-se também a possibilidade de relacionar logicamente a aplicação da prisão provisória à aplicação de uma pena mais gravosa, nos casos de condenação, o que implica no reconhecimento de que o sistema de aplicação de penas tem uma funcionalidade de natureza ideológica. De modo que a existência de réu preso, em situação de excesso de prisão provisória, pode servir de estímulo para que o magistrado opte pela condenação a pena mais gravosa.

Na Bahia, por exemplo, o tempo médio que corre entre a data do recebimento da denúncia até a conclusão ao juiz é 1328,87 dias (três anos e oito meses). No tráfico se registra a maior das médias, 1586,33 dias (quatro anos e quatro meses). Em considerável número de processos se observou a prescrição e a duração média da prisão cautelar dos réus que respondiam a tais processos foi maior do que a de todos os demais réus. O que ratifica a ideia da ineficiência da máquina judicial e sua banalização conforme MINISTERIO DA JUSTIÇA (2015, p. 87).

A pesquisa conclui que a observação das práticas permite a relativização do alcance dos comandos normativos e a compreensão de que a realidade negocia com as normas. Através dos dados é possível visualizar a distância entre a programação normativa juntamente com o discurso institucional e o funcionamento das instituições. Observando as instituições como nos seus resultados práticos é possível estabelecer as regularidades que orientam o seu operar. Assim, considerando-se a inexistência de uma regulamentação legal a respeito da duração máxima da prisão provisória, seu trato pelo Poder Judiciário tem se manifestado de forma perigosa, ao não finalizar o processo em tempo razoável ou ao não conferir à prisão preventiva o caráter de medida excepcional, decretando-a sob critérios genéricos, não passíveis de controle. Estes processos aproximam o Estado brasileiro de uma prática autoritária pautada na atividade repressiva como solução para uma “situação de desordem, de “guerra civil”, de conflitos internos” (MINISTERIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 93). Deixa a expectativa de que o cenário construído a partir dos dados possa ser ampliado e aprofundado por outros estudos voltados ao conhecimento mais preciso dessa realidade, de modo que a intervenção sobre ela possa se dá de forma igualmente aguda e direta, e complementa:

Nesse sentido, resultados finais, como perfil dos réus (idade e sexo), a quantidade de réus por processo, e mesmo a predominância de tais ou quais tipos – como se observa no caso da quase exclusividade de processos relativos ao tráfico simples – indicam mais características do próprio sistema repressivo do que elementos relativos à criminalidade “real”. Assim, uma pesquisa estatística como esta, que tem como objeto processos judiciais, chega a um resultado paradoxal, pois é crucial para a compreensão de como o sistema policial/judicial opera e quase irrelevante no que respeita ao volume, características e modo de ação da criminalidade real, não mensuráveis pelo funcionamento destas instituições. (MINISTERIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 93).

O trabalho se encerra deixando algumas recomendações. À administração da Justiça: aponta ao Ministério da Justiça a necessidade de se realizar mutirões carcerários, a fim de aprimorar o controle judicial sobre as condições de encarceramento e buscar a redução do número de presos; investir na formação de atores do sistema criminal para que busquem práticas de desencarceramento; que o Conselho Nacional de Justiça oriente os tribunais a criarem mecanismos de controle eletrônico e virtual dos trâmites processuais visando a redução de tempos excessivos, bem como promova investimentos na formação e especialização dos funcionários no sentido de estimular uma gestão de informação de estatísticas criminais; que os tribunais de justiça empreendam esforços para se tornarem cada vez mais transparentes nas suas atividades, permitindo ao público interessado o acesso aos dados e seu conhecimento, de forma a facilitar as pesquisas e produções de conhecimento de forma mais frequente, difusa e sistemática.

Recomenda ainda que os estados promovam a efetiva consolidação das defensorias públicas, uma vez que se demonstrou o positivo impacto nos casos em que houve uma atuação mais efetiva da defesa; que os estados assumam o problema da explosão carcerária e do alto índice de presos provisórios como uma medida urgente de política pública, estabelecendo metas de redução desta população, dando o especial enfoque ao trabalho das defensorias públicas, sobretudo para que agilizem os pleitos de liberdade dos réus presos em flagrante.

E finaliza recomendando ao legislativo que regule de forma positiva a questão da duração razoável do processo e da duração razoável da prisão preventiva, sugerindo que estipule o prazo máximo de 120 dias para a duração da prisão preventiva, contados a partir da prisão em flagrante; que fixe expressamente na lei as hipóteses de

cabimento de *habeas corpus* para o controle das violações de todos os prazos normativos referentes a prisão; que o artigo 310 do Código de Processo Penal seja alterado para constar expressamente a obrigação de um juiz criminal quando converter prisão em flagrante em prisão preventiva fundamentada técnica e especificamente as razões pelas quais deixa de aplicar outras medidas cautelares alternativas à prisão; que a lei processual crie mecanismo de produção antecipada de provas para crimes de menor complexidade ao final do qual o motivo da prisão preventiva deixará de existir; que a legislação preveja a obrigação para o magistrado de rever a cada 45 dias a necessidade de manter a medida de prisão preventiva que decretou; que a lei determine a criação de um rito processual especial de tipo sumário nos casos em que tiver réu preso; que o estado brasileiro aprove uma lei de responsabilidade político-criminal com o objetivo de exigir a elaboração de estudos prévios que apontem o impacto carcerário para propostas legais que alterem penas ou condições de cumprimento; que a lei restrinja o cabimento da prisão em flagrante nos casos de crimes praticados sem violência à pessoa.

## 1.6 O DESENHO INSTITUCIONAL DOS ÓRGÃOS DE JUSTIÇA CRIMINAL

Nesta seção tenta-se evidenciar todos os órgãos do poder público que de alguma forma se relacionam com a questão do crime enfatizando-se aqueles que possam ter envolvimento direto com a prisão preventiva, a fim de se facilitar a investigação sobre as práticas destes órgãos. Foram subdivididos em três grupos: segurança pública, Justiça criminal, Execução Penal, conforme apresentado por Helder Ferreira e Natália de Oliveira Fontoura (2008) no texto para discussão publicado pelo IPEA, intitulado “Sistema de Justiça Criminal no Brasil: quadro institucional e um diagnóstico de sua atuação”.

### 1.6.1 Estrutura de segurança Pública

O sistema de justiça criminal abrange órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário em todos os níveis da Federação. Está organizado em três frentes principais de atuação: segurança pública, justiça criminal e execução penal, as quais se relacionam de maneira muito estreita. O que equivale a afirmar que o poder público atua desde a

prevenção das infrações penais até a aplicação das penas aos condenados pelas referidas infrações.

De acordo com os estudos realizados por Ferreira e Fontoura (2008), a política de segurança pública, de execução penal e a administração da Justiça são majoritariamente desenvolvidas pelos poderes estaduais. Os poderes públicos federal e municipal desempenham papel de menor relevância nesta área. A Constituição Federal de 1988 traça as diretrizes gerais para o sistema de segurança pública, prevendo o papel dos órgãos policiais e dos entes federativos em sua organização. No âmbito do governo federal, a segurança pública é assunto da área de competência do Ministério da Justiça, ao qual vinculam-se os seguintes órgãos: Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), Departamento de Polícia Federal e Departamento de Polícia Rodoviária Federal. Há ainda os conselhos ligados ao Ministério da Justiça, como, por exemplo, o Conselho Nacional de Segurança Pública. Destaca-se a Polícia Federal, que dentre suas funções, a principal se refere à apuração de infrações penais em que se verifique interesse interesses da União, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional como o tráfico ilícito de entorpecentes e o contrabando exercendo as funções de polícia judiciária da União, e a Polícia Rodoviária Federal que se encarrega do exercício ostensivo do patrulhamento das rodovias federais, com a fiscalização e o controle do tráfico de crianças e adolescentes; colabora e atua na prevenção e repressão aos crimes contra a vida, aos costumes, ao patrimônio, ao meio ambiente, ao contrabando, ao tráfico de drogas e demais crimes.

No âmbito estadual, tem-se as Polícias Civil e Militar, as quais também têm suas funções definidas na Constituição Federal. À polícia civil, instituição dirigida por delegado de polícia de carreira, incumbe a função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, ao passo que à polícia militar cabe realizar o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil (art. 144, § 5º). Cabe destacar que tanto as Polícias Civil e Militar quanto o Corpo de Bombeiros e os órgãos de perícia estão subordinados ao Poder Executivo estadual, ou seja, ao governador do estado. Estão organizados de acordo com o princípio da norma constitucional, entretanto, são as constituições estaduais que explicitam a organização das corporações policiais e da política de segurança pública local, o que faz com que

haja algumas diferenças entre os estados federativos, como por exemplo, na organização das carreiras e na remuneração salarial. A organização da Polícia Militar (PM) também difere entre os Estados, mas em geral é formada por batalhões e companhias. Existem atualmente doze graus hierárquicos, de soldado a coronel – em reprodução à organização do Exército, à exceção do grau de general, inexistente na polícia. Em regra, as Secretarias Estaduais de Segurança Pública apresentam a seguinte composição: Polícia Civil, Polícia Militar, Corpo de Bombeiros, Polícia Técnico-Científica – quando separada da Polícia Civil –, Departamento de Trânsito, conselhos comunitários, instituto de identificação, além de Corregedoria e Ouvidoria de Polícia.

A organização da Polícia Civil se divide em departamentos e institutos, o que contribui para uma especialização entre os policiais e das próprias delegacias, que se direcionam para áreas específicas como: homicídios e proteção à pessoa; narcóticos; crime organizado, roubo; além de departamento de inteligência, entre outros. A Polícia Civil atende a população em delegacias ou distritos, locais onde são registradas as ocorrências de infrações. Em regra, cada delegacia de polícia registra e apura os delitos de sua área de circunscrição. Cabe ao delegado de polícia a função de instaurar o inquérito policial para investigar os crimes e realizar os procedimentos relacionados à investigação, como oitiva de testemunhas, solicitação de perícias etc. Com vistas a subsidiar a investigação, destaca-se o trabalho da Polícia Científica, formada pelos especialistas que atuam nos institutos de criminalística e institutos ou departamentos de medicina legal. Registre-se que o inquérito policial não é obrigatório para a instauração da ação penal, e que no caso de infrações penais de menor potencial ofensivo, a polícia pode lavrar um simples termo circunstanciado e encaminhá-lo ao Poder Judiciário. Uma vez concluído, o inquérito policial (procedimento administrativo anterior à ação penal) é encaminhado para o Judiciário, que o remete ao Ministério Público. Este tem três possibilidades, quais sejam: requerer seu arquivamento, requerer novas diligências investigativas ou apresentar denúncia. O Ministério Público tem competência privativa de promover a ação penal pública (art. 129, I, CF/88) e a exerce quando oferece a denúncia dando início ao processo criminal. Cabe lembrar, ainda, que as provas produzidas pela polícia, devem ser refeitas no âmbito do Judiciário, para que sejam respeitados os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Insta ressaltar que a relação da Polícia Civil com o Judiciário e o Ministério Público

ocorre em diferentes circunstâncias, não somente ao longo da instrução do inquérito policial e do processo penal, mas também para cumprir mandados de prisão, de busca e apreensão, entre outros.

Por fim, há ainda a previsão constitucional para que os municípios possam constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações. São instituições de caráter civil, que se encarregam não somente de zelar pelo patrimônio público e cuidar da segurança coletiva em eventos públicos, mas também atuam em rondas e assistência nas escolas, na prevenção da violência e da criminalidade, por meio da articulação de projetos sociais e comunitários.

### **1.6.2 Estrutura dos órgãos de justiça criminal**

Ferreira e Fontoura (2008) enfatizam que o Poder Judiciário no âmbito federal é composto pelas justiças especializadas – Justiça do trabalho, eleitoral e militar – e justiça comum, constituída pelos juízes federais e pelos Tribunais Regionais Federais.

A Constituição Federal, em seus artigos 108 e 109, define as competências da Justiça comum federal, entre elas destacam-se o julgamento: dos crimes políticos e das infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União; dos *habeas corpus* em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição; dos crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves; e dos crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro. Já os Juizados especiais federais criminais julgam infrações de menor potencial ofensivo de competência da Justiça federal, conforme orienta a Lei 10.259/2001.

O Poder Judiciário nos Estados é composto pelos juízes de direito, em primeira instância, e os Tribunais de Justiça, em segunda instância e são regidos pelas constituições estaduais e por normas específicas que organizam suas unidades e atribuições. A atuação dos tribunais de Justiça ocorre por meio das varas criminais, Juizados Especiais Criminais e Tribunais do Júri. O número e a distribuição das varas criminais, das varas não-especializadas que tratam das causas relacionadas a crimes, das varas de execução penal, dos juizados especiais criminais e dos tribunais do júri são

determinados pela lei de organização judiciária de cada estado e complementados pelo regimento interno do Tribunal de Justiça do respectivo estado.

O fluxo de justiça criminal obedece a sequências e ritos específicos de acordo com alguns fatores relacionados à infração penal cometida. A primeira triagem refere-se ao tipo de ação penal, que pode ser pública ou privada, a qual determinará os procedimentos a serem adotados pela autoridade policial e pelo Ministério Público, assim como o tratamento que terá no âmbito judiciário. O tipo de crime e a pena cominada no Código Penal definem os ritos a serem seguidos no âmbito do Poder Judiciário.

### **1.6.3 Estrutura dos órgãos da Execução penal**

Segundo Ferreira e Fontoura (2008), no âmbito do governo federal, além dos órgãos do Poder Judiciário, existem os órgãos do Poder Executivo encarregados de definir a política penitenciária e fiscalizar sua aplicação nos Estados. Os principais órgãos relacionados à execução penal na esfera federal, também subordinados ao Ministério da Justiça, são: o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), que tem a incumbência de propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança e o Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Somam-se a estes os órgãos da Justiça federal envolvidos na execução penal, o Ministério Público Federal, a Defensoria pública da União, e os presídios federais.

Contudo, a execução penal fica predominantemente a cargo dos estados, que organizam o sistema penitenciário de acordo com as leis nacionais e locais em vigor. Conforme determina a Lei de Execução Penal (LEP), são órgãos da execução penal nos estados: o Juízo da Execução, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, o Conselho da Comunidade, o Patronato, os departamentos penitenciários locais e a Defensoria Pública. A competência do juiz da vara de execução penal é definida pelo art. 66, incisos I ao X, da LEP, é de sua responsabilidade todas as determinações e acompanhamento relativos ao cumprimento da pena pelo condenado, tomando decisões referentes a progressão e regressão de regimes, soma ou unificação de penas, remição, livramento condicional, saídas temporárias, revogação de medidas de segurança,

conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, inspeção periódica dos estabelecimentos penais, entre outras competências. No caso de não haver vara específica de execução penal, a lei de organização judiciária indica o juiz incumbido destas competências.

A atuação do Ministério Público (MP) no que tange à execução penal está delineada na mesma lei (art. 67). Seu papel é o de fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução. Cabe ainda requerer a conversão de penas, a progressão ou regressão de regimes, e a revogação da medida de segurança, etc. Tem o dever de fiscalizar mensalmente os estabelecimentos penais e interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária. À Defensoria Pública cabe velar pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva. O Conselho Penitenciário é órgão consultivo – deve emitir pareceres sobre pedidos de indulto e de livramento condicional – e fiscalizador da execução da pena – deve inspecionar os estabelecimentos penais e supervisionar os patronatos e a assistência aos egressos.

O patronato é a instituição encarregada dos programas de assistência aos egressos e também aos albergados (art. 78, LEP), além de orientar os condenados à pena restritiva de direitos. Embora sua presença seja ainda muito limitada, na maioria dos estados o patronato insere-se no sistema de execução penal, enquanto órgão ligado ao Poder Executivo estadual. O Departamento Penitenciário local tem por finalidade supervisionar e coordenar os estabelecimentos penais da Unidade da Federação a que pertencer (art. 74, LEP). Já o Conselho da Comunidade tem entre suas funções visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca e diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado.

## 1.7 CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E SUA RELAÇÃO COM A PRISÃO PREVENTIVA

Neste contexto, pode se afirmar que o Poder Judiciário, cada vez mais abarrotado de processos, se vê envolvido em um ciclo crescente de morosidade para a efetiva prestação jurisdicional. A pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (2015) apresenta o dado de que a Justiça estadual no Brasil iniciou o ano de 2014 com o acúmulo de 57,2 milhões de processos. Encerrar um processo penal, por exemplo, é tarefa, que não raras vezes, demanda alguns anos. Em geral, a população vivencia isso como “impunidade”, mais um dado de insegurança num contexto social que já é inseguro, e passa a pressionar cada vez mais a Justiça Criminal por respostas satisfatórias, punição e celeridade. A credibilidade do sistema de justiça criminal foi afetada na medida em que gradativamente passou a ser visto como incapaz de controlar o crime. O público passa a cobrar resultados mais eficazes das autoridades responsáveis, que ao mesmo tempo em que vivenciam dificuldades efetivas de atuação, sabem também que reconhecer publicamente esse fato tem consequências políticas desastrosas. Sob tal impacto, atualmente todos os órgãos do sistema de justiça criminal tentam se reorganizar, concebendo novos mecanismos e formas de ação que se adaptam à expectativa pública de maior efetividade no controle do crime.

Isto tem reflexos diretos nas taxas de prisão preventiva, mesmo considerada uma conjugação direta dos poderes que compõem o Estado, pois depende dos requisitos estabelecidos pela legislação que decorrem da própria Constituição Federal (poder Legislativo), só pode ser decretada por ordem fundamentada de um juiz (poder Judiciário) e seu efetivo cumprimento se dá pela polícia que encaminha o sujeito para estabelecimentos prisionais, adstritos à administração pública (poder Executivo). Este último, por sua vez, fica obrigado, também por força legal, a dispensar ao preso provisório tratamento diferenciado, compatível com sua condição de presumidamente inocente e acautelado; entretanto, dada a realidade do sistema prisional, superlotado e deficitário não só em número de vagas, mas em recursos econômicos para a própria manutenção, pois muito pouco, ou nada, é feito neste sentido pela administração pública, havendo uma complacência das outras esferas de poder, que deveriam exercer controle e fiscalização de tais medidas. Sobre a necessidade de se separar presos preventivos de condenados muito bem destacou Rodley (2000, p. 45):

Assim, de acordo com o Artigo 10(2) (a) do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e o Artigo 5(4) da Convenção Americana de

Direitos Humanos (CADH) acusar e condenar pessoas devem ser, “salvo em circunstâncias excepcionais”, separadas uma da outra sendo que a pessoa acusada deve ser dado tratamento separado apropriado a seu status de pessoas não condenadas. Essa linguagem vai direto ao ponto crucial do assunto: em virtude de não serem condenadas, as pessoas acusadas estão sujeitas à presunção de inocência. O propósito da detenção não é punir, corrigir, ou reabilitar; é apenas uma precaução.

Na prática, instituições obrigadas a arcar com uma demanda de espaço bem acima da sua capacidade (ver a seguir) ignoram essa importante regra. Assim, no Brasil, (...) o *Human Rights Watch (HRW)* relatou que os detentos em pré-julgamento com frequência vivem ao lado daqueles que cumprem pena por homicídio. Assustadoramente, HRW observa:

Entre os 111 mortos conhecidos nos massacres de 1992 [na Casa de Detenção de São Paulo] 84 estavam aguardando julgamento, enquanto o restante estava cumprindo penas que iam de 2 a 30. Todos estavam presos juntos.

Considerando-se que para a população em geral é difícil fazer distinções entre uma prisão meramente processual e uma prisão por força de sentença penal condenatória, posto que, na ordem prática, elas se executam de forma equiparada, aos olhos da sociedade qualquer modalidade de prisão representará uma atuação repreensiva do Estado, uma “efetiva” resposta e controle do crime. Neste sentido muito bem aponta Juan E. Mendez (2000, p.37), traçando um raciocínio sobre como os cidadãos encaram a violência policial, o que pode se aplicar também à forma pela qual encaram a prisão preventiva e as práticas do Judiciário:

Faz pouca diferença insistir na proposição de que mesmo os criminosos têm direitos, ou mesmo que suspeitos não devem ser considerados criminosos até serem julgados culpados pelos tribunais. De fato, o autoritarismo que prevalece para justificar a violência ilegal nem mesmo leva em conta argumentos baseados em fatos como a taxa real - ao contrário da percebida - de criminalidade, ou sobre a relação entre a proliferação das armas na população e o aumento real de algumas formas de criminalidade. Por outro lado mesmo aqueles que justificam a ilegalidade na polícia não necessariamente se sentem mais bem protegidos por ela. Como resultado nossos cidadãos estão na pior das situações possíveis com respeito a essa espécie de violência: nossos medos paralisam qualquer esforço significativo de lidar de maneira efetiva com o crime, e a espiral percebida da violência faz aumentar cada vez mais a distância em termos de confiança e credibilidade entre cidadãos e a polícia. (MENDEZ,2000, p.37)

A frustração das expectativas populares em relação ao poder Judiciário pode ser depreendida da pesquisa de opinião sobre segurança pública realizada em 2011(CNI-IBOPE, 2011). Em relação ao tema “segurança pública”, o Poder Judiciário foi considerado a instituição mais ineficiente pela população (juntamente com o Congresso Nacional). A mesma pesquisa constatou um grande apelo popular pelo recrudescimento de medidas punitivo-repressivas através de respostas mais duras em

relação ao crime; mais de 80% dos entrevistados, por exemplo, concordaram que a impunidade é uma das principais razões para o aumento da criminalidade e que para reduzir a criminalidade é preciso impor uma política de tolerância zero em que todo tipo de infração ou ilegalidade sejam punidos.

O combate à impunidade se apresenta de forma axiomática, o apelo por medidas penais mais duras conta com apoio de grande parte da sociedade; ao mesmo tempo é fato que as prisões já não comportam o contingente de pessoas que atualmente lá se encontra, e que não se pode construir mais cadeias, sem que isso represente um decréscimo nas verbas que poderiam ser empregadas em outras áreas essenciais e também deficitárias como os serviços de saúde, cuidado com a infância e programas educacionais que têm prioridade maior. Assim, o pedido por mais punição e o reconhecimento de que estamos falidos penalmente são pleitos inconciliáveis, contudo coexistem.

Neste contexto se insere a investigação sobre a prisão preventiva, a elevação de suas taxas é clara, vezes se levantam para apontá-la como uma evidente violação de direito fundamental e propor soluções como alterações legais ou respostas judiciais para coibi-la e fazer baixar para níveis considerados racionais. Para além destas visões, como um problema sociológico tentaremos traçar uma observação que se norteia pelas seguintes indagações. Por que tal modalidade de prisão, em tese excepcional, está sendo aplicada a tantas pessoas? Por que mais de dois quintos do sistema prisional, que mal suportaria os presos em cumprimento de pena, está ocupado por pessoas presumidamente inocentes? Este dado pode representar uma afronta ao Estado democrático de direito? Quais são os atores e as estruturas envolvidas neste processo? Por que estes decretos se concentram em alguns tipos penais? Como se dá a relação entre a sociedade, instituições do sistema de justiça criminal e o indivíduo que sofre esta modalidade de prisão? Há uma seletividade e quais critérios embasam a aplicação desta medida?

## 2 APORTES TEÓRICOS SOBRE CRIME DESVIO E CONTROLE SOCIAL

Em Sua obra "O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo", dissertando sobre crimes e prisões no século XXI, Salo de Carvalho (2010, pg. 24 e 25) faz precisa reflexão e crítica às teorias criminológicas, enfatizando que muitas vezes se apresentam deslocadas da realidade e supervalorizam seus próprios papéis como balizadoras das políticas criminais. Neste sentido, o autor deixa uma importante diretriz para a pesquisa ora empreendida ao chamar a atenção para a necessidade de maior observação das práticas das instituições do sistema de justiça criminal, por meio dos indivíduos que as operam:

Parecem, pois, absolutamente estéreis e descolados da realidade os debates acadêmicos voltados a identificar, internamente aos discursos das ciências criminais, as causas do esgotamento do paradigma ressocializador, como se o eixo político estivesse condicionado ao campo teórico. A imputação da responsabilidade sobre o avanço do punitivismo para determinadas teorias criminológicas – v.g. a teoria do justo merecimento ou a criminologia crítica –, não apenas desloca a política criminal da política, como superdimensiona o papel das teorias, refletindo o profundo narcisismo dos atores das ciências criminais. Nenhuma teoria (da pena) contemporânea, frise-se à exaustão, teria o poder de definir os rumos da política-criminal. Outrossim, esta é uma das principais teses propostas neste trabalho, *serão os atores judiciais das agências de punitividade os que, conforme o seu maior ou menor grau de identificação (ou de resistência) com o projeto político-criminal, (des)legitimarão sua aplicação, visto serem os sujeitos que detêm a capacidade de efetivar as reformas.*

Dentre as muitas contribuições do autor Howard Becker (2008), ao tratar do tema do desvio e da rotulação em sua clássica obra "Outsiders", merece destaque o ponto em que chama a atenção dos pesquisadores para as reações ou não reações às condutas consideradas desviantes, com isto o autor propõe a ampliação do foco de observação, antes apenas direcionado aos indivíduos que praticam tais condutas, e assevera que o "desvio não é uma qualidade que reside no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete o ato e aquelas que reagem a ele" (BECKER, 2008, p.27). No prefácio e no último capítulo da citada obra o autor responde às críticas que sofreu tanto da esquerda quanto da direita, que acusavam seu interacionismo de ser condescendente com os desviantes e de gerar uma quebra de confiança nas instituições oficiais por demonstrar as contradições entre discursos oficiais e práticas operacionais. Ao que BECKER (2008) responde que todos os envolvidos numa relação social devem

ser analisados e encarados como objetos da pesquisa, não podendo nenhum deles ficar imunes ao debate público e conclui:

Quando autoridades - políticas e outras - exercem poder em parte por meio de ocultamento e mistificação, uma ciência que torna as coisas mais claras ataca inevitavelmente as bases desse poder. As autoridades cujas instituições e jurisdições tornam-se o objeto de análises interacionistas atacam essas análises por sua "tendenciosidade", a não aceitação da sabedoria e dos valores tradicionais, seu efeito destrutivo sobre a ordem pública. (BECKER, 2008, p.207).

Como apontado pelo mencionado autor, faz-se necessário o estudo de todas as instituições envolvidas numa relação social, sendo tais consideradas objetos de pesquisa.

## 2.1 O CONTROLE SOCIAL

Na obra “Conversações”, Gilles Deleuze (1992, p. 209), explanando sobre o “controle” traça importantes diretrizes para o tema. Inicia por dizer que o que lhe interessa não são as leis, termo que traz noções vazias e complacentes, tampouco lhe interessa o direito, mas sim a jurisprudência. Afirma ser a jurisprudência quem verdadeiramente cria o direito, o autor faz ainda uma provocação dizendo que “ela não deveria ser confiada aos juízes”.

Ao se referir à obra de Michel Foucault, Deleuze (1992) faz elucidativa explanação sobre a mudança de uma sociedade de soberania para uma sociedade disciplinar e desta para uma sociedade de controle:

É certo que entramos em sociedades de controle que já não são exatamente disciplinares. Foucault é com frequência considerado como pensador das sociedades de disciplina e de sua técnica principal, o confinamento (não só o hospital e à prisão, mas a escola, a fábrica, a caserna). Porém de fato ele é um dos primeiros a dizer que as sociedades disciplinares são aquilo que estamos deixando para trás, o que já não somos. Estamos entrando nas sociedades de controle, que funcionam não mais por confinamento, mas por controle contínuo e comunicação instantânea. Certamente, não se deixam de falar da prisão, da escola, do hospital: essas instituições estão em crise. Mas se estão em crise, é precisamente em combates de retaguarda. O que está sendo implantado, às cegas, são novos tipos de sanções, de educação, de tratamento. (DELEUZE, 1992, p. 215-216)

Segundo o autor as sociedades disciplinares situam-se nos séculos XVIII e XIX, atingindo seu apogeu no início do século XX. Nesta o indivíduo passa

permanentemente por espaços fechados experimentando em todos um confinamento: família, escola, fábrica, de vez em quando hospital e eventualmente a prisão, que é o meio de confinamento por excelência, como bem explicita Foucault através da investigação do modelo panóptico. Este modelo tem o início de seu declínio pós Segunda Guerra Mundial onde se observa uma crise generalizada em todos os meios de confinamento acima citados. Diversas reformas são anunciadas nestas instituições, porém se tratam apenas de paliativos para "gerir sua agonia e ocupar as pessoas, até a instalação das novas forças que se anunciam. São as sociedades de controle que estão substituindo as sociedades disciplinares" (DELEUZE, 1992, p. 220).

O autor arrisca fazer a previsão de que frente às novas formas de controle que possam surgir, incessantes em meio aberto, é possível que as mais duras formas de confinamento integrem a memória de um passado mais benevolente. Contudo, aduz que formas de “delinquência ou de resistência (dois casos distintos)” também se apresentam. Citando o exemplo da pirataria e do vírus de computador em substituição às greves e ou sabotagens. Deleuze (1992, p. 224) então conclui que “o homem não é mais o homem confinado, mas o homem endividado”, sendo certo que o capitalismo manteve como constante a extrema miséria de três quartos da humanidade, pobres ao ponto de sequer alcançarem a dívida, porém portadores do medo de serem confinados: “o controle não só terá que enfrentar dissipação das fronteiras, mas também a explosão dos guetos de favela”. Deleuze (1992) faz uma precisa análise da obra de Michel Foucault (2012), que utilizou do panóptico não para estudar a pena de prisão em si, mas como um modelo, uma referência da sociedade disciplinar. O que Deleuze faz de forma enfática é apontar a transformação daquela para a sociedade de controle, porém este autor não chega a aprofundar o tema, que se destaca em obras mais recentes como de Nikolas Rose (2011; 2013), que explora variadas formas de controle por meio das quais se exerce poder, e se administra indivíduos, por exemplo, através da biomedicina. Além da relevância sociológica do conceito de “sociedade de controle”, compreendê-lo se torna essencial para que não seja confundido com o tema mais específico das formas de “controle social”, em que pese estarem diretamente conectados, não podem ser considerados sinônimos. Para o presente trabalho nos concentraremos mais neste segundo tema.

Stanley Cohen (1985), sociólogo inglês que traça importantes estudos sobre o controle social, o tema se define a partir das formas organizadas pelas quais a

sociedade responde às condutas e aos indivíduos que considera desviantes, problemáticos, ameaçadores, dentre outras características indesejáveis, esta resposta pode tomar diferentes formas, tais como punição, dissuasão, tratamento, prevenção, exclusão, reabilitação. O autor aponta ainda para o fato de que a ação indesejada é classificada como crime, delinquência, desvio, perversidade, ou doença.

Cohen (1985) enfatiza que sua investigação sobre o controle vai além daquele tido como formal, jurídico ou oficial, objetiva monitorar movimentos mais dramáticos e profundos sobre os padrões de controle social organizado, associados ao nascimento do Estado moderno: estudos sobre prisões e hospitais psiquiátricos, o desenvolvimento de formas alternativas de controle da comunidade, as tentativas de ignorar todo o sistema de justiça criminal, o ceticismo sobre competência profissional, o desencanto com a reabilitação, o desenvolvimento de novas formas de intervenção e as ideologias que a justificam. O autor chama a atenção para a natureza ambígua e contraditória dessas mudanças que geraram outros padrões de controle, na forma, conteúdo e administração do direito penal, na natureza do direito civil, nas formas de resolução de conflitos, na organização e técnicas do policiamento. Resumindo, seu estudo enfoca o controle sob o prisma da punição e da classificação.

Stanley Cohen (1985) aponta para uma lacuna entre a retórica dos que trabalham com o controle social e a realidade, de modo que as palavras muitas vezes são camuflagens ao plano que está se desenrolando e enfatiza que tudo o que sabemos sobre a forma como as ideologias de controle social se originam e funcionam alertam para o fato de que esperar uma sincronização entre palavras e ações é uma ilusão. Porém, adverte que na hipótese de os responsáveis por executar o controle acreditarem que suas ações fomentam os bons valores das pessoas e velam pela coesão social, simplesmente não poderão compreender nenhuma sugestão que os contrarie. Para o autor, sociologia do controle deve considerar que a maior parte do tempo, haverá anomalias, incongruência, falta de ajuste, contradições e paradoxos, o que levará os envolvidos com o controle a mentir, porque as coisas raramente são como deveriam ser. Cohen (1985) aponta que estudos interacionistas nos ensinam como esses funcionários organizam sua conversa, negando ou explicando a falha que não pode ser escondida. O autor assevera que se as coisas raramente são como deveriam ser, isto significa que nós podemos por vezes, saber o que eles realmente são. Temos de assumir uma distinção

bastante radical entre a esfera pública das representações, significações e práticas simbólicas e o campo das instituições, práticas e operacional das sanções, apresenta a divisão entre “Palavra” e “Ação”, aponta que a primeira não é uma teoria da segunda tampouco a sua forma ideal, mas sim um "Reino separado do discurso penal” (COHEN, 1985, p.157). Para o autor, estas representações também assumem as funções de manter e aumentar a autoconfiança, o valor e o interesse de quem trabalha no sistema, protegendo-os das críticas e sugerindo que eles estão fazendo o bem em um mundo difícil. O que se fala sobre o controle constitui importantes dados sociológicos, cabendo ao pesquisador levá-las a sério mesmo sabendo serem ilusórias, fantasiosas ou fabricadas, ao passo que também devem explorar suas conexões com a realidade à qual elas servem para prestar significação.

Cohen (1895, p. 158) enfatiza que todas as falas oficiais sobre políticas sociais de controle têm que dar a impressão de constantes mudanças mesmo que nada esteja acontecendo, devem passar a impressão de que os problemas sociais (crime, doença mental, poluição, alcoolismo, etc.) estão sob controle. No mesmo sentido, Becker (2008), afirma que os impositores de regras se deparam com a necessidade de justificar a existência de sua posição, o que gera certa ambiguidade, pois devem demonstrar que o problema existe e as regras que deve impor têm sentido porque as infrações estão ocorrendo, ao passo em que devem também mostrar que suas tentativas de imposição são eficazes e valem à pena e que o “mau” que combatem está sendo efetivamente transformado. Precisam afirmar que seus esforços têm aproximado a solução do problema, ao mesmo tempo em que devem dizer que o problema está mais grave do que nunca (embora não por culpa deles) requerendo esforços renovados intensificados para mantê-los sob controle e fornecerem razões bastantes para que a posição que ocupam não se extinga. Becker (2008) ressalta ainda que encarregados e agências de imposição de regras tendem a ver de forma pessimista a natureza humana e a serem descrentes em relação às tentativas de reformar infratores. Visão que é sempre reforçada por suas experiências diárias. Contudo não é exagero imaginar que caso admitissem a possibilidade de reformar os desviantes e que a natureza humana pudesse caminhar rumo à perfeição, admitiriam também a possibilidade de extinção de seu trabalho (BECKER, 2008, p. 162)

Cohen (1985) afirma que as fases anteriores do controle do crime exibiram inconsistências ideológicas (classicismo permitindo algum determinismo, positivismo permitindo punição) havia, pelo menos, um conjunto dominante de ideias que serviam de ponto de partida. Atualmente há um movimento que se afasta da teoria e traçam uma triste ideologia de controle do crime contemporânea. Não há necessidade até mesmo de fingir que as políticas não têm nada a ver com as teorias causais (COHEN, 1985, p. 158-159). Para o autor controle social moderno era uma forma de inserir os desviantes na ordem social e o controle atual é uma forma de excluir os desviantes. Em que pese a negativa por parte de alguns processualistas penais, a prisão preventiva é uma forma de controle social e sob este prisma deve ser observada.

## 2.2 O CONTROLE SOCIAL NA MODERNIDADE TARDIA

De acordo com David Garland (2008), um dos pilares da formação do Estado Moderno foi a sua capacidade soberana de garantir a proteção dos cidadãos não só contra agressões de outros países, mas principalmente de assegurar a pacificação interna e o respeito à lei e à ordem dentro de seu território. “A ‘garantia’ de lei e ordem, de proteção ao cidadão contra a violência, o crime e a desordem, se tornou um dos benefícios públicos cruciais conferidos pelo Estado ao povo” (GARLAND, 2008). Dessa maneira, o desenvolvimento de um sistema estatal de justiça criminal significou que o controle do crime e do destino daqueles que violassem a lei penal era tarefa exclusiva do Estado.

Contudo, vivemos tempos em que muitas instituições sociais têm passado por profundas reconfigurações. Diante de processos velozes e de transformações dinâmicas, instituições como família, escola, trabalho, entre outras, vêm perdendo a capacidade de corresponder satisfatoriamente às promessas de garantia da estabilidade da vida social. Esse fenômeno não é característico do Brasil, mas, como vários autores destacam, vem ocorrendo marcadamente desde o final do século XX na maioria dos países democráticos modernos.

Uma das instituições sociais onde os impactos dessas transformações são mais marcantes é o Estado – e no caso dos órgãos do sistema de justiça criminal, essa crise é particularmente dramática. A partir das últimas décadas do século XX os órgãos

do sistema de justiça criminal foram perdendo sua capacidade de manter os índices de criminalidade em níveis tais que a população se sentisse segura. As altas taxas de criminalidade que começam a ser observadas em alguns países a partir da década de 70 e que se sedimentam em quase todas as sociedades democráticas nas décadas seguintes instauram uma “nova experiência do crime”: um processo de alta criminalidade que faz com que as pessoas passem a conviver cotidianamente com o medo do crime e da violência se tornando um elemento estruturador da vida contemporânea (GARLAND, 2008).

Uma das argumentações centrais de Garland (2008) no livro “A cultura do controle” é no sentido de que em boa parte do século XX, certamente até o começo da década de 70 predominava a ideia de que o sistema de Justiça Criminal tinha como pedra fundamental a reabilitação ou correção dos indivíduos que por ele passavam, sendo um público formado em sua grande maioria por pessoas oriundas de camadas sociais que trazem um déficit de educação, socialização menos intensa e baixa taxa de emprego e ao invés de considerá-las como criminosos responsáveis pelo seu ato o sistema de Justiça Criminal tentava prover esse indivíduo dos recursos sociais básicos que lhe faltavam. Ou seja, ao invés de simplesmente segregar o indivíduo tentava se resolver os problemas estruturais que o levaram à delinquência. Esta visão não se aplicava indistintamente a todos os criminosos, certamente eram excluídos desse tratamento os responsáveis por ações muito violentas ou os reincidentes. Porém, a partir da década de 70 este tratamento foi sendo desacreditado por diversos motivos, um deles foi a percepção de que o crime estava sofrendo aumento, o que levou a uma resposta imediata de abandono à reabilitação e ênfase nos modelos de punições e controles. Segundo Garland (2008) não se tentou reapreciar ou reformular aquelas políticas que poderiam ser aprimoradas na implementação ou mesmo em suas teorias, simplesmente a abandonaram. Esta mudança contou com as opiniões de muitos especialistas em Justiça Criminal, mas foi também em grande medida apoiada por amplos movimentos sociais contra as políticas de bem-estar social. Ou seja, houve uma mudança de paradigma que antes era de inclusão passando para um modelo de exclusão. O que nas políticas criminais resultaram em gerenciamento de risco, controle próximo e punição retributiva severa. Neste sentido enfatiza Jock Young.

A transição da modernidade à modernidade recente pode ser vista como um movimento que se dá de uma sociedade inclusiva para uma sociedade excludente. Isto é, de uma sociedade cuja tônica estava na assimilação e incorporação para uma que separa e exclui. Esta erosão do mundo inclusivo do período modernista [...] envolveu processos de desintegração tanto na esfera da comunidade (aumento do individualismo) como naquela do trabalho (transformação do mercado de trabalho). Ambos os processos resultam de forças de mercado e sua transformação pelos atores humanos envolvidos. (YOUNG, 2002, p. 23).

O aumento das taxas de crime a partir da segunda metade do século XX, principalmente entre 60 e 80, sobretudo os que implicam violência contra a pessoa, foi experimentado por grande parte das nações ocidentais. Isto levou os especialistas, a polícia e mesmo o público em geral a acreditarem que a ascensão das taxas de criminalidade não teria fim. Entretanto, o que não levaram em conta é que um dos motivos desse aumento se deve ao desenvolvimento progressivo da própria sociedade que neste período também se tornou mais abastada, mais consumista, além do crescente aumento das aglomerações urbanas. A produção em massa refletiu diretamente no aumento de número de itens domésticos pessoais na classe média e nas classes trabalhadoras, produtos que passaram a ser fáceis de serem roubados. A emancipação das mulheres e sua entrada no mercado de trabalho também gerou o efeito de deixar os lares vazios durante o dia, facilitando práticas como invasão e arrombamentos para subtração de bens, lares menos supervisionados e com maior quantidade de bens e mercadorias. GARLAND (2008) cita também o surgimento da nova demografia chamada de adolescentes, sendo jovens relativamente maduros, mas ainda com atividades escolares sem a obrigação de prover lares e famílias, com amplas habilidades e facilidades como carros à disposição e a pouca supervisão que recebem aumentando-se muito as chances destes virem a delinquir.

Neste contexto surge uma nova percepção da sociedade com seu alto nível de criminalidade, segundo Young (2002), particularmente para os habitantes urbanos, ser vítima tornou-se não mais uma preocupação marginal, um incidente excepcional em suas vidas, mas uma possibilidade sempre presente, o que por sua vez gera um aumento da ansiedade da população. Essa nova consciência coletiva traz dois efeitos importantes: as pessoas se tornam mais intolerantes com o crime e com o criminoso, a classe média que antes acreditava em preceitos de reabilitação agora se vê vitimada pelos crimes; e as rotinas de prevenção ao crime vêm ganhando cada vez mais destaque no cotidiano das pessoas, lidar com trancas, grades, cadeados, alarmes, câmeras de segurança e seguros

dos mais variados se torna rotina. Garland (1999) assevera que essas medidas até produzem efeito positivo na dissuasão ao crime e conseguem baixar as taxas observadas, porém evidenciam a mudança de paradigma onde uma sociedade de liberdades e bem-estar social, que visava à integração de todos é substituída por uma sociedade de controle. Young (2002, p. 103) identifica maiores dificuldades para se lidar com os atos delitivos, tanto que algumas mudanças em instituições responsáveis pelo controle social começam a ser observadas, os princípios jurídicos do direito penal clássico passam a ser questionados, deixando de ser úteis ou adequados ao período de modernidade que demanda novas formas de controle social. Neste sentido o autor aponta o atuarialismo que demandam a superação do paradigma da reabilitação no sistema penal bem como interrompe as buscas pelas possíveis causas que levam o indivíduo a cometer um crime. No controle social atuarial não há espaço para a ideia de se ressocializar o sujeito e torná-lo útil à sociedade, enxergando-se o delito como escolha racional passível de ser gerenciado e mantido em níveis aceitáveis.

Em entrevista concedida à “Revista Eletrônica de Jornalismo Científico”, Garland (2008, s/n), faz importante reflexão sobre a abordagem sociológica na área do crime e do controle social:

Mais recentemente, uma percepção sociológica muito básica tem sido recuperada, que a maneira pela qual uma sociedade pune é, em diferentes pontos de vista, expressão das solidariedades básicas ou das divisões básicas daquela sociedade. Aprende-se muito, eu acredito, especialmente em um lugar como os EUA, estudando o sistema penal, observando como e quem é punido, e como diferentes regiões do país enxergam a punição.

Garland (2008) assevera que uma sociedade precisa refletir não apenas sobre como punir indivíduos, mas deve ampliar o debate para questões afetas à política criminal e sua relação com a sociedade, as opiniões políticas, a economia e a cultura de maneira geral. Aponta que de maneira geral a punição é percebida apenas como a forma de se castigar o indivíduo criminoso e se reduzir o crime, fazer-se justiça e reforçar-se a ideia de que aquele comportamento é errado. O autor argumenta que a pena extrapola estas consequências e atinge efeitos sociais mais amplos, como a criação de uma identidade política. A defesa de ideias sobre como punir e quais diretrizes se deseja para o tratamento penal “podem ser maneiras simbólicas de marcar um bloco político inteiro de valores e opiniões” (GARLAND, 2008). Conforme o autor, quando um candidato defende recrudescimento de penas, ampliação do tempo de cumprimento

nos regimes fechados e redução de maioria penal e outro candidato propõe penas alternativas, políticas de esvaziamento do cárcere ou tratamento mais humano e ressocializador para presos, de pronto já é possível se imaginar uma série de outras propostas e ideais políticos a que se vincula cada um desses candidatos nas mais diversas áreas, seja educação, saúde, economia ou emprego, o que evidencia o forte que cerca as propostas penais e nas práticas penais.

Garland (1999) enfatiza que suas considerações sobre a punição não demarcam um posicionamento contrário às sanções penais, mas chama atenção para a necessidade de maiores reflexões, pois considera que efeitos intimidadores da punição decorrem mais da possibilidade de ser preso do que da intensidade ou mesmo da crueldade da punição, destaca, em síntese, que certeza é um fator mais importante do que severidade, concluindo ser ilusória a ideia de que a punição é o melhor fundamento para controle de crimes. Assevera ser mais efetiva a questão da socialização, a dissuasão ao crime não se dá pelo medo de ser descoberto, mas porque se acredita que o fato é efetivamente errado e por não desejar se colocar em risco valores pessoais, integridade, amor e respeito de familiares, amigos e mesmo empregadores. Portanto, família, educação, trabalho, possibilidades sociais e reputações cultivadas são os principais fatores que impedem a prática de crimes, não o medo de ser preso, mas sim o medo de perder status social e respeito próprio.

Além da prevenção por meio da socialização, Garland (2008) não descarta também alguns métodos de prevenção por meio de controle situacional como iluminação de ruas, instrução de possíveis vítimas para que não se coloquem em situações de vulnerabilidade, apontando que trazem a vantagem de não carregar os efeitos colaterais negativos da prisão nos moldes tradicionais. Contudo, o autor conclui que as ideias advindas da pesquisa científica não têm mais nenhum impacto sobre as políticas propostas na área de segurança pública, o que se observa é o uso político do tema, tentando dar uma resposta rápida ao público e buscando medidas para garantir que o criminoso ficará incapacitado de praticar novos atos.

Neste sentido, em oposição às criminologias fundadas na ideia de que o crime representa o desvio da conduta normal, ou que poderia representar uma patologia individual, ou ainda advir de uma má sociabilização, surge um novo pensamento comercial, desenvolvido inicialmente no setor privado e fundado no seguro acerca da

repressão criminal, que tem como objetivo a redução ou ao menos o deslocamento do custo do crime, focando mais na prevenção do que no castigo e visando minimizar os riscos mais do que garantir justiça. Isso se reflete no desenvolvimento de teorias como a escolha racional, teoria da atividade de rotina, dentre outras abordagens que partem da ideia de que o crime é uma simples questão de ocasião, o que David Garland (1999) define como a nova "criminologia da vida cotidiana". O autor aduz ser surpreendente o fato de estas teorias encararem o crime como algo normal, trivial em certa medida e até aceitável na sociedade moderna, sendo necessário apenas manter as taxas controladas e diminuir as probabilidades de que ele aconteça, analogamente ao tratamento dado a um evento como os acidentes de trânsito, vistos como indesejáveis, porém inevitáveis, sendo necessário apenas medidas que o previnam ao máximo, numa lógica de custo-benefício.

O crime deixa de ser visto como algo que deu errado na sociedade, como decorrência de uma subsocialização, de uma perturbação, ou mesmo de um desvio de caráter e passa a ser encarado como uma questão de oportunidade, de ocasião, uma escolha de carreira, ou mesmo uma maneira de se conseguir fortes emoções, o que representa uma “versão depurada do indivíduo moderno, cuja 'identidade' depende de uma escolha de consumo e de imagens de si antes da formação moral, de escolha de valores ou de autocontrole” (GARLAND, 1999, p. 66). O autor conclui que as ações sobre o crime deixam de ser ações sobre pessoas desviantes para tornar-se preferencialmente uma ação concebida para governar os hábitos sociais e econômicos; completa seu argumento, asseverando que esta nova abordagem procura promover o novo estilo de "engenharia situacional" onde a "engenharia social" fracassou. O autor aponta ainda para uma mensagem recorrente por trás destas novas criminologias no sentido de que a responsabilidade pela prevenção e controle do crime não está apenas com o Estado, deve ser assumida por toda a sociedade, comerciantes, empresários, urbanistas, empregadores, pais, dentre outros.

Evidencia-se, portanto, uma nova forma de administrar à distância, uma nova forma de governar o crime, grande parte do que hoje é apresentado como criminologia não é nada menos do que a descrição anedótica de problemas concretos abordados pela aplicação destas estratégias que segundo Garland (1999) deixam a

máquina centralizada do Estado mais poderosa e esvazia de vez a ideia de um Estado de bem-estar social, pois

(...) limita as atribuições dos serviços públicos, diminui os direitos sociais da cidadania incrementa a influência do mercado sobre os aspectos fundamentais da saúde e do bem-estar da população. A relação política entre o cidadão e o governo é cada vez mais substituída por um contrato comercial entre comprador e fornecedor. Nesse quadro, a linguagem do Direito, dos direitos e da igualdade tem pouco alcance. No campo da repressão criminal, como nas políticas de 'reforma da assistência social' dos anos 90, a responsabilização dos indivíduos teve por efeito reduzir a dependência para com o Estado, mas ela aumenta, simultaneamente, a dependência para com o mercado e o capital privado. O investimento na criminalidade e os dispositivos de segurança são, portanto, cada vez mais impostos antes pelas forças econômicas do que pela política pública. (GARLAND, 1999, p. 69-70)

Ao mesmo tempo em que o Estado passa a compartilhar com a sociedade as responsabilidades pela prevenção criminal, adota também uma política de penas mais severas com novos poderes conferidos à polícia, mais focadas no encarceramento, passa a governar pela exibição de seu poder de punir assinalando para um desligamento das ideologias de solidariedade na justiça criminal. As prisões se tornam mais austeras e a justiça se torna mais condenatória e menos compreensiva, David Garland (1999, pg. 73) assevera tratar-se de uma demonstração de força punitiva contra o indivíduo condenado com o objetivo de recalcar, suprimir, escamotear possíveis confissões que indiquem a incapacidade do Estado de controlar o crime e ressalta que "a pressa em condenar a penas pesadas alguns indivíduos esconde, na verdade, o fracasso da busca da segurança do conjunto da população".

O autor então aponta que a retórica que acompanha estas políticas punitivas parece delinear uma criminologia diferente das "criminologias da vida cotidiana", anteriormente citadas, no sentido de que estas tratam o crime como um incômodo rotineiro, mas administrável e o criminoso como um oportunista racional pouco diferente de sua vítima, enquanto aquelas tratam o criminoso como o "outro", o diferente, pertencente a um grupo social radicalmente distinto, marginal, predador, malvado, com atitudes, cultura e até mesmo genes (em casos extremos), que o torna incompatível com o convívio social e que deve ser posto fora de jogo, estas ideias se nutrem da angústia, da insegurança e do medo de ser vítima. Sobre este aspecto, Zygmunt Bauman (2008, p. 10) enfatiza que o Estado, percebendo-se incapaz de

cumprir sua promessa originária de proteger os cidadãos das ameaças à existência e sem meios que o permitam reafirmá-la, “é obrigado a mudar a ênfase da 'proteção contra o medo' dos perigos à segurança social para os perigos à segurança pessoal”. O que para o autor representa um a forma de se rebaixar a luta contra os medos para o domínio da administração individual, da política de vida, ao passo em que transfere ao mercado de consumo a tarefa de fornecer as ferramentas necessárias para tanto.

GARLAND (1999, pg. 75) conclui pela existência de uma criminologia esquizoide, asseverando que:

A criminologia oficial mostra-se, assim, cada vez mais dualista, polarizada e ambivalente. Há uma "criminologia do eu" que faz do criminoso um consumidor racional, à nossa imagem e semelhança, e uma "criminologia do outro", do pária ameaçador, do estrangeiro em que inquietante, do excluído e do rancoroso. A primeira é invocada para banalizar o crime, moderar os medos despropositados e promover ação preventiva, ao passo que a segunda tende a satanizar o criminoso, a provocar os medos e as hostilidades populares e a sustentar que o Estado deve punir ainda mais.

A ascensão de seguros privados, sistemas de segurança particular, câmeras de vigilância, alarmes dentre outros, juntamente com as altas taxas de encarceramento que segundo Garland (2008, p. 422) desempenham um papel essencial no funcionamento das sociedades pós-modernas, neoliberais, por serem uma forma constitucional e civilizada de segregar as populações problemáticas e servirem simultaneamente como meio de se satisfazer os sentimentos de retribuição e como instrumento para a administração de riscos e confinamento do perigo, demonstram de forma muito clara que o Estado soberano pode promover punição e não segurança, de forma que a abordagem sobre o problema do controle do crime na pós-modernidade evidenciou enfaticamente os limites deste Estado (GARLAND, 2008, p. 430).

André Gaio (2012), ao analisar o cenário brasileiro afirma que a alta taxa de criminalidade aqui experimentada é uma realidade que não pode ser alterada rapidamente, além dos efeitos psicológicos e sociais dela decorrentes, provoca também profundas interferências na formulação de políticas públicas, nas mais diversas áreas. O medo e a ansiedade que se compensam pela aplicação de penas duras igualmente se reproduzem em nosso país. Segundo o autor, grande parte das demandas daí advindas, se direcionam para a busca de proteção na legislação penal às angústias por segurança e se revelam um tanto quanto perigosas, por fazerem “do código penal um gestor atípico

da moral” (GAIO, 2012, p. 34). Para este autor, as políticas de segurança praticadas pelos estados brasileiros se pautam na redução de direitos civis e políticos e algumas transformações sociais aqui experimentadas se assemelham às realidades dos países estudados por David Garland (2008), entretanto enfatiza que a teoria por este formulada, não se encaixa perfeitamente ao caso brasileiro, sobretudo pelo fato de que aqui nunca se concretizou um “previdenciário penal”, como nos EUA e na Inglaterra, cujo declínio é um dos pilares para as explicações propostas pelo autor britânico.

O autor enfatiza ainda que os marcos para avaliação das transformações da sociedade brasileira no processo de modernidade tardia e sua associação com o aumento da criminalidade ainda carecem de maiores elaborações, sendo possível delimitar alguns pontos centrais tais como o regime político marcado pela ditadura e o seu fim, onde se observou uma ascensão da criminalidade e uma desorganização dos aparelhos de Estado, o desenvolvimento econômico marcado pela concentração de renda, a urbanização desorganizada e segregadora e um aparelho policial altamente repressor, corrupto e pouco adequado ao período democrático.

Portanto todos os apontamentos sobre crime e controle social vêm formando um arcabouço teórico para se observar a prisão preventiva, que pode ser seguramente classificada como uma ferramenta de controle social empregada pelo Judiciário, no contexto institucional, assim este tema merece maiores aprofundamentos.

### 2.3 VISÃO SOCIOLÓGICA SOBRE AS INSTITUIÇÕES

As organizações são conjuntos humanos formalizados e hierarquizados que asseguram a cooperação e a coordenação dos indivíduos que a compõem, captando parte de seus tempos e interesses para garantir determinados fins e gerar um universo próprio para estes, como exemplos mais comuns podemos citar as administrações públicas, as empresas industriais, comerciais e de serviços e os partidos políticos, sendo inumeráveis as possibilidades. Ao tratar sobre o tema em sua obra "Como as instituições pensam", Mary Douglas (2007), já no prefácio, defende que as hostilidades dispensadas a Durkheim e seus seguidores, pelo fato de se referir às instituições ou aos grupos sociais como se fossem indivíduos portadores de uma cognição autônoma, não podem ser tamanhas ao ponto de se descartar as contribuições de seus estudos. Defende a

existência de um sistema cognitivo supra pessoal e diz que sua organização elevada gera um controle em níveis mais baixos e suaves sobre o indivíduo.

A autora assevera que quando os indivíduos se deparam com dilemas morais e se veem em crise, não tomam decisões sozinhos, delegam-na às instituições; assim, de início já assume posicionamento relativamente contrário à teoria do comportamento racional (que pregam uma soberania do indivíduo), apoiando-se nos conceitos de solidariedade desenvolvidos por Émile Durkheim e Ludwik Fleck, os quais de forma simplificada demandam um compartilhamento das categorias de pensamento entre os indivíduos. A autora assevera que atualmente são mais palatáveis expressões como universo da ciência, das artes, da música ou do pensamento como forma de se definir o agrupamento social que tem um estilo de pensamento próprio e dá o exemplo fornecido por Howard Becker em seus estudos sobre a arte, onde o autor insiste que o esforço coletivo é que produz uma obra de arte muito embora ela seja atribuída a um determinado artista. Contudo Douglas (2007) formula a crítica aos autores funcionalistas, apontando para o fato de não considerarem a necessidade de se explicar, para além da religião ou da simples soberania, o engajamento que subordina o interesse individual a interesses sociais mais amplos, sendo o que tentará fazer em suas explanações, apontando para o caminho da dupla visão do comportamento social, sendo a primeira cognitiva no sentido de uma exigência individual de ordem e controle de incertezas, e a segunda transacional no sentido de que a utilidade individual maximiza a atividade institucional descrita em um cálculo que envolve custo-benefício.

A autora chama atenção para o fato de que as sociedades em pequena escala alargam muito o campo de ação dos efeitos interpessoais e nesta dimensão, a princípio, fugirão dos moldes de uma explicação teórica, entretanto, argumenta que exames mais apurados podem revelar a permeação da teoria mesmo nestas instâncias. Aponta que qualquer tentativa no sentido de se investigar as bases da ordem social fará emergir as bases paradoxais do pensamento não importando a escala observada, sendo imprescindível dar um passo lógico anterior para questionar como nasceram os sistemas de conhecimento, ao invés de pressupor que estes surgem naturalmente. Douglas (2007) assevera que metade de sua tarefa consistirá em demonstrar o processo cognitivo na fundamentação da ordem social e a outra metade da tarefa consistirá em demonstrar que

os processos cognitivos mais elementares do indivíduo dependem das instituições sociais.

No mínimo uma instituição não passa de uma convenção que surge a partir de um interesse em comum, da necessidade de uma regra de coordenação e para que uma convenção passe a ser uma instituição social legítima será necessária uma convenção cognitiva paralela que lhe dê apoio. Assim a autora enfatiza que o termo instituição será usado no sentido de um agrupamento social legitimado que poderá ser a família, um jogo ou uma cerimônia e a autoridade legitimadora pode ser pessoal tal como o pai, o médico, o juiz, ou ainda pode ser difusa, refletida no comum acordo em algum princípio fundante. Assim, presume-se que a maior parte das instituições conjuga suas reivindicações de legitimidade com a adequação à natureza do universo, indo além de uma simples explicação pautada na conveniência mútua. A racionalidade humana é limitada e a organização institucional é uma das formas de se resolver os problemas que decorrem desta limitação, dessa forma, experiências passadas vão sendo incorporadas nas regras institucionais e passam a contar para aquilo que se deve esperar do futuro, assumindo cada vez mais o controle das incertezas e o comportamento dos indivíduos. Para que isto se inicie será necessário existir uma analogia por meio da qual a estrutura social de um conjunto fundamental de relações sociais possa se identificar, um princípio naturalizador que confira brilho de legitimidade seja no mundo físico ou no sobrenatural, desde que não permita que a instituição seja encarada como um mero arranjo socialmente elaborado.

Destarte, DOUGLAS (2007, pg. 75 e 76) retoma a ideia de uma memória pública como o sistema de armazenamento da ordem social, asseverando que a tarefa de acompanhar suas operações lógicas e a difícil tarefa de pensar criticamente sobre essa memória coletiva é o que nos permitirá uma aproximação reflexiva sobre as condições do nosso próprio pensamento, aponta então o fato de que as instituições têm algumas áreas sombreadas e outras muito bem detalhadas o que indica princípios seletivos na formação da ordem social que jogam luz sobre certos aspectos e mantêm outros ocultos. Considerando a ciência um empreendimento coletivo não é de se espantar quando alguém realiza uma descoberta e depois se dá conta de que não foi o primeiro, pois os problemas e as soluções estão sempre entremeados. Para ilustrar, DOUGLAS (2007, p. 88) aponta o fato de que os psicólogos, de forma até romantizada, tratam como

impensável a ideia de que fatores estabilizadores, advindos das coerções sociais, poderiam ser úteis ao desenvolvimento emocional e cognitivo do indivíduo, só se permitem encará-los como algo errôneo e limitador do desenvolvimento individual. Em contrapartida indica autores que dizem justamente o contrário e exaltam tais fatores como estabilizadores que permitirão um melhor desempenho dos indivíduos; e aproveita o exemplo para ressaltar a ideia de que o fardo de se pensar questões como esta é transferido para as instituições.

Na sequência, DOUGLAS (2007, pg. 97) investiga como as instituições classificam. Aponta que a vida coletiva traz responsabilidades para cada um dos indivíduos e estes através das interações sociais comunicam uns aos outros o que pensam naquele determinado instante, ao passo que censuram pensamentos que julgam errôneos, destes diálogos é que vão surgindo as instituições, amoldando as ideias em um formato comum até se construir uma aquiescência independente. A autora dá o exemplo do paradoxo que se observa quando pensadores influentes que repetem os lemas favoritos da sua época são facilmente identificados e criticados pelas gerações futuras que o apontarão como um mero aglutinador das ideias gerais e sem nenhuma originalidade, evidenciando-se que as críticas às instituições do passado ajudam a estruturar novas instituições, e completa seu raciocínio ao afirmar que:

As instituições dirigem sistematicamente a memória individual, canalizam nossas percepções para formas compatíveis com as relações que elas autorizam. Elas fixam processos que são essencialmente dinâmicos, ocultam a influência que eles exercem e suscitam emoções relativas a questões padronizadas e que alcançam um diapasão igualmente padronizado. Acrescente-se a tudo isso que as instituições revestem-se de correção e agem no sentido de que sua mútua corroboração flua por todos os níveis de nossos sistemas de informação. Não é de admirar que elas nos recrutem facilmente para que nos juntemos a sua autocontemplação narcisista. Quaisquer problemas sobre os quais tentemos refletir são transformados automaticamente nos próprios problemas organizacionais destas instituições. As soluções que elas oferecem provêm unicamente da limitada gama de sua experiência. Se a instituição é daquelas que depende da participação, à nossa frenética interrogação ela responderá: "Mais autoridade!". As instituições têm a patética megalomania do computador, cuja única visão do mundo é seu próprio programa. Para nós, a esperança de uma independência intelectual está na resistência e o primeiro passo necessário na resistência está em descobrir como o controle institucional é imposto à nossa mente.(DOUGLAS, 2007, pg. 98).

A fim de investigar como a instituição impõe seu controle à mente do indivíduo a autora retoma a clássica teoria social de Max Weber e Durkheim, apontando

para o fato de que o primeiro explicitou as vantagens de se deixar as instituições operarem suas próprias classificações e o segundo explicitou as dificuldades de se inspecionar como elas o fazem. Aponta que o modelo básico de sociedade em Weber se dá por um equilíbrio entre dois setores institucionais, sendo um dominado pelas instituições de mercado que se caracterizam por seu raciocínio prático e individual em torno de meios e fins e outro dominado pelas instituições burocráticas, caracterizados por um pensamento racional de abstração e pelo estabelecimento de uma rotina, frisando que esta dicotomia ainda domina teoria política e as maneiras habituais de se refletir sobre as organizações, mas formula duras críticas ao autor dizendo ser inverossímil a ideia de que o pensamento institucional surgiu e sempre existiu sem nunca ter sido questionado, sendo esta uma falácia largamente utilizada pelas nossas instituições para estigmatizar qualquer elemento subversivo dizendo que a incoerência e a dúvida apontada para as instituições surgiram apenas nos tempos atuais. A autora reforça ser muito mais plausível que na história da humanidade as instituições tenham se feito sob muitas disputas e questionamentos. Em seguida afirma que Durkheim caiu nos mesmos erros, porém ao se retirar as bases evolucionistas de sua teoria ela não se sustentaria, mas ainda apresentaria uma relevância classificatória e metodológica, como as ideias publicamente padronizadas chamadas de representações coletivas, constituindo a ordem social e o domínio que esta exercia sobre os indivíduos variava quanto à força, o que denomina de densidade moral.

Assim autora conclui que o grande triunfo do pensamento institucional é retornar às instituições invisíveis, portanto, a ideia de que o pensamento de nossa época não se assemelha a de nenhuma outra, que as relações de mercado alimentam em nós com grande sucesso a convicção de que escapamos dos antigos controles institucionais que não se referiam ao mercado ou quando acreditamos que somos a primeira geração não controlada pela ideia do sagrado e nos enxergamos uns aos outros como indivíduos, o que nos alça a uma autoconsciência ampla e nos conduz a afirmar o que estamos diante de uma autêntica representação coletiva.

Para se analisar as próprias representações coletivas seria necessário relacionar aquilo que é compartilhado entre a mente individual e as representações coletivas, o que ajudaria a observar se há uma contraposição às pressões classificatórias de nossas instituições, mas para tanto não há um exercício classificatório independente.

DOUGLAS (2007, pg. 104 e 105) afirma que infelizmente todas as classificações de que dispomos para pensar são pouco originais, não é possível pensar sobre nós mesmos na sociedade sem que utilizemos as classificações estabelecidas pelas próprias instituições, e completa:

Se nos voltarmos para os vários cientistas sociais verificamos que suas mentes estão ainda mais profundamente cativas. Seus objetos de estudo se inserem em categorias administrativas, nas quais a arte está separada da ciência, o afeto da cognição, a imaginação do raciocínio. Tendo em vista Sims de controle jurídico e administrativo, encontramos pessoas rotuladas de acordo com níveis de capacidade e verificamos que o pensamento está classificado como racional, insano, criminoso criminosamente insano. A tarefa de classificação que já é realizada por nós, é executada como um serviço para profissões instituídas.

Esta ideia traz à baila a teoria da rotulação que Mary Douglas (2007) trabalha a partir da obra de Ian Hacking, onde o autor sustenta que a construção das pessoas é de origem recente e se dá por meio da rotulação, nesta uma classificação é dada a um indivíduo e assegurada por várias maneiras que será aceita, confirmada por este, que inclusive passará a se comportar como tal. A autora aduz que o processo de rotulação faz parte de uma ação coatora mais ampla de transformação da sociedade e as interações que a permeiam vão das pessoas para as instituições que operam as classificações, que acarretam ações que buscam nomes que são dados para as pessoas e outras criaturas.

Conforme já foi dito as instituições sobrevivem por um processo de constante autoafirmação, o que demanda a organização do pensamento, através da capacidade de bloquear curiosidades pessoais, ordenar a memória pública e gerar certezas e incertezas. Isto a traçar os limites e fronteiras da instituição e se reflete aos outros níveis de pensamento de modo que as pessoas percebendo suas identidades passam a classificar umas às outras tendo como base esta instituição, assim as pessoas não controlam individualmente as classificações, podendo apenas fazer escolhas no interior das classificações. Como ilustração dá um exemplo do norte-americano que desejando conhecer a identidade de outro sujeito indaga-lhe sobre o que ele faz, com que trabalha, uma vez que tem sua referência numa sociedade baseada no trabalho, enquanto que um marroquino, desejando saber da identidade de outrem pergunta-lhe de onde vem, pois naquela sociedade o local de origem fala muito sobre as redes de negociação estabelecidas por uma pessoa.

A partir destas lições Mary Douglas (2007) assevera ser este o processo de remodelagem das pessoas e das coisas, de modo a se adequarem a novas categorias classificatórias. As pessoas são tentadas a sair de seus nichos ante novas oportunidades de exercerem ou evitarem o controle, então elas elaboram novos tipos de instituições que por sua vez elaboraram novos rótulos e estes elaboraram novos tipos de pessoas, daí se depreende que cada tipo de instituição tem as suas formas próprias de classificação e os efeitos e objetivos dessa classificação também irão variar de uma para outra. Logo, para entendermos a nós mesmos, necessário se faz entender as classificações nas instituições, reconhecendo os modelos e as regularidades das operações assim como os gramáticos podem estudar as mudanças de sintaxe e fonética. Há de se lançar um olhar sistemático sobre as classificações que operamos, enfrentando a dificuldade de o fazer de forma não valorativa.

Tratando das decisões de vida e morte, Douglas (2007, pg.115) de início rebate a ideia de que às instituições competiriam tomar decisões menos importantes, rotineiras ou de baixo nível enquanto aos indivíduos caberiam as questões mais importantes e difíceis, afirma ser justamente o contrário o que se observa, o indivíduo tende a deixar as decisões importantes para suas instituições enquanto se ocupa com as táticas e os detalhes. A fim de comprovar esta afirmação a autora aponta para a necessidade de se explicar como as instituições se estabilizam ressaltando que para isso é necessário assumir alguma forma reconhecível e sua legitimidade deve se apoiar na natureza e na razão, proporcionando aos indivíduos as analogias que lhes permitiram explorar o mundo e justificar a sua naturalidade, manter sua forma contínua e identificável, fornecer as categorias de pensamento de seus membros e fixar identidades. Neste ponto chama atenção para o fato de que tudo isso é importante, mas não suficiente, pois será "preciso garantir o edifício social sacralizando os princípios de justiça" (DOUGLAS, 2007, pg.116).

A autora assevera que para Durkheim este princípio relaciona-se à doutrina do sagrado, ressaltando que todos os controles exercidos por uma instituição vão tentar ser a todo custo invisíveis, imperceptíveis a exceção do sagrado que busca sempre estar em evidência e caso seja profanado coisas terríveis podem acontecer ao profanador e as pessoas prontamente se mobilizarão emocionalmente envolvidas com sua defesa. De modo que o sagrado se apresenta como um ponto de equilíbrio entre a natureza e a

sociedade. Em contraposição à ideia do sagrado, a autora apresenta o ensinamento de David Hume, filósofo do século XVIII, que com seu programa cético passou a atacar teorias e conceitos que se diziam inatos por meio da ideia de virtudes artificiais, e afirmava ser a justiça uma virtude artificial, uma construção social necessária.

Ante esta ideia que dessacralizava a justiça, muitas vezes se levantaram na defensiva dizendo ser inadmissível que um preceito tão nobre como justiça dependa do artifício, acusando de imoral e ameaçador ao ordenamento social os ensinamentos de Hume. Douglas (2007) afirma que mesmo diante da moderna e amplamente aceita crença na queda do mistério e na ascensão da razão humana, o conceito de Justiça permanece até os dias de hoje obstinadamente mistificado e resistente à análise isenta de valores, a autora afirma que caso se decida fazer oposição às pressões exercidas pelas instituições este será o ponto mais nevrálgico, pois a resistência será muitas vezes intransponível.

Hume afirma que na natureza não há uma estrutura lógica, o que observamos são frequências a partir das quais passamos a ter expectativas e apontamos hábitos. Assim para se falar em justiça natural tudo o que se pode saber é que necessitamos de interações regulamentadas e para isso desenvolvemos princípios, elaborados para justificar e estabilizar instituições e suas bases serão meramente consensuais, portanto "a justiça é um sistema intelectual mais ou menos satisfatório cujo propósito é garantir a coordenação de um determinado conjunto de instituições" (DOUGLAS, 2007, pg.118). A autora tentando enfatizar as lições David Hume lembra que a escravidão ou a sujeição das mulheres foram consideradas plenamente justas e hoje são tratadas como monstruosidades, de forma que um conceito de Justiça imutável, de fato se apresenta como um problema, entretanto, como bem afirmou anteriormente: as instituições se lembram de esquecer.

Mary Douglas afirma que por mais que condenemos a desigualdade, o fazemos com base em nossos princípios de justiça que não deixam de ser os mesmos que se fizeram presentes nos últimos duzentos anos juntamente com a ascensão da economia pautada no contrato individual. Isto representou a saída de um padrão horizontal para um padrão vertical de integração social o que demanda um movimento de elevação dos indivíduos. Assim, o sistema de justiça também precisou sofrer profunda revisão para garantir este movimento ao invés de garantir a contenção dos

indivíduos em suas camadas horizontais, passamos a uma sociedade que usa a igualdade dos indivíduos para se justificar, porém nas comparações desta justiça em nível mundial observamos algumas ascendências econômicas e seus esforços para manter sua vantagem desigual, o que torna difícil de justificar pelos seus próprios princípios e legitimações.

As conclusões da autora são no sentido de que ideias morais formam parte fundamental das instituições sociais, o que não impedem de serem comparadas ou julgadas, pois considerando que os sistemas de justiça elaboram princípios coerentes para organizar o comportamento social, podemos perfeitamente investigar a coerência prática destes, também compará-los com outros sistemas, apontar arbitrariedades em determinadas regras. Sendo esta uma tarefa da própria jurisprudência que muitas vezes aponta a necessidade de se reformular. DOUGLAS (2007, pg. 124) aduz ser "tão correto estudar os sistemas humanos de justiça quanto medir o cumprimento do pé humano desde o calcanhar até o dedão" uma vez que aqueles sistemas podem ser comparados. E admitir que os conceitos de justiça têm origem social não impede o estabelecimento de julgamentos entre os sistemas, por exemplo poderia se afirmar seguramente que um sistema de Justiça que só considera um terço da sua população detentora de direitos é pior do que um sistema de justiça que considera todos os membros da população como detentores de direito. A autora reforça que a centralidade de seus argumentos é de que a experiência cumulativa do mundo deveria incorporar expressamente a natureza social da cognição e do julgamento.

Em importante passagem a autora faz uma breve análise da hipótese de os indivíduos chegarem a uma discordância sobre a justiça, o que nos ajuda a refletir sobre as altas taxas de aplicação de prisão preventiva sob o enfoque institucional e analisar as propostas até então formuladas para se intervir no problema:

Quando os indivíduos discordam sobre a justiça elementar, seu conflito mais insolúvel se dá entre instituições baseadas em princípios incompatíveis. Quanto mais grave o conflito, mais útil será compreender as instituições que estão elaborando a maior parte do pensamento. A exortação não ajudará. A promulgação de leis contra a discriminação de nada valerá. Não ajudou as mulheres africanas o fato de a Liga das Nações adotar resoluções contra a poligamia e a clitoridectomia. Pregar contra o espancamento das esposas e o abuso praticado contra crianças não tem mais possibilidades de mostrar-se eficaz do que pregar contra o álcool e o abuso das drogas, o racismo ou sexismo. Somente as instituições que passam por um processo de mudança podem ajudar. Deveríamos nos dirigir a elas e não aos indivíduos, e nos

dirigirmos a elas continuamente, não apenas em situações de crise. (DOUGLAS, 2007, pg. 128-129).

Sobre o tema do acesso à justiça no Brasil, os autores AVRITZER; MARONA e GOMES (2014) apontam duas questões basilares, a primeira diz respeito à efetivação dos direitos ao acesso à justiça pela via do combate às barreiras sociais, econômicas e culturais; a segunda diz respeito à efetivação da ampla participação na conformação desses direitos, sendo que em ambos os casos o poder judiciário tem papel central por ser uma instituição na qual a partir de seus instrumentos de resolução de conflitos exerce funções de ordens políticas e simbólicas.

Os autores asseveram que para se garantir o pleno acesso à justiça não basta a sua previsão constitucional como direito fundamental de todo cidadão, “independentemente de sexo, gênero, cor de pele, raça, etnia, classe social, grupo de origem, senão que demanda formas institucionais que viabilizem a efetivação desses direitos” e considera que um conjunto de condicionantes de ordens socioeconômicas ou identitárias fundam estruturas de exclusão e desigualdade social, que refletem na efetiva igualdade de acesso à justiça pela via dos direitos (AVRITZER; MARONA e GOMES, 2014, p. 21). O autor enfatiza que no Brasil o interesse pelos temas de acesso à justiça se deram a partir dos anos 80 e não pelos mesmos motivos eurocêntricos que vinculavam a questão à expansão do estado de bem estar social, aqui os objetivos eram focados na redemocratização e ampliação das condições de cidadania, nas lutas por uma nova forma de organização dos poderes e pela ampliação da ideia de direitos, tais como direitos difusos e coletivos que apontavam para a necessidade de uma reconfiguração das instituições e das relações entre os poderes.

Após longo inventário sobre as condições atuais de acesso à justiça no Brasil, os citados autores, asseveram que ele se apresenta muito aquém das pretensões lançadas na constituinte, concluem que a ampliação deste acesso depende da construção de um novo paradigma de processo, menos complexo e desburocratizado, mais adequado às atuais expectativas dos cidadãos e a seu tempo social, orientado pela oralidade, consenso, simplificação dos procedimentos, uso de novas tecnologias, por exemplo. Apontam para a necessidade de uma agenda estratégica de reforma do sistema de justiça que inclua em suas diretrizes principais, a preocupação com assunção de uma nova cultura judiciária, o que obrigatoriamente passa pelo desenvolvimento de um novo modelo de seleção e formação dos operadores do direito, em especial dos magistrados.

Propõe, em resumo, o abandono da ideia de que o estatuto do direito e da justiça se guiam apenas pela “política voluntarista por parte dos atores em causa, desvendando, antes de tudo, as determinantes sociais e políticas da atividade jurídica e judicial” (AVRITZER; MARONA e GOMES, 2014, p. 25).

Salo de Carvalho (2010, p. 241) ao tratar das instituições que compõe o sistema de justiça criminal aduz predominar uma mentalidade inquisitória fixando relação verticalizada onde o juiz, apesar das regras penais protetivas vinculadas ao devido processo, “extravasa o *potesta puniendi* concretizando-o em forma de punitividade”. Desta maneira, aliando o cenário político-criminal e a cultura inquisitória, é possível apontar para uma tendência dos atores do sistema punitivo aderir a um populismo punitivo, no qual as demandas repressivas se expressam na concretude prisional. O autor assevera que o problema parece aprofundar-se nas formas pelas quais os locais do poder punitivo capturam seus atores e desenvolvem a mentalidade inquisitória. Carvalho (2010) até pondera que leis mais precisas e limitadoras do poder ajudariam, mas que seu controle interno estaria sob as expensas dos próprios atores que operam o sistema de justiça criminal, portanto isto se apresenta com uma eficácia limitada para a mudança da cultura judicial referida.

O autor assevera "a necessidade de que os envolvidos diretamente no conflito tenham mais possibilidades de fala e possam intervir e opinar sobre as alternativas para resolução do seu caso" (CARVALHO, 2010, p. 251). Propõe a abertura do processo com ênfase em falas não tecnocráticas, pois do contrário, o processo judicial transforma-se em mera burocracia, um fim em si mesmo, a forma pela forma. Aponta exemplos bem sucedidos vislumbrados em procedimentos da justiça restaurativa que conduzem à conclusão de que a excessiva intervenção e a adjetivação do conflito como penal, normalmente cria maiores problemas. Mas deixa bem clara suas percepções sobre o quadro atual das instituições de justiça criminal:

(...) a tradição jurídica brasileira tem como referência uma cultura de intervenção na qual predominam práticas inquisitórias. O Delegado de Polícia, no inquérito policial, e o Juiz, no processo criminal, tornaram-se, por força desta tradição, os principais atores, os protagonistas para a resolução do desvio criminalizado. O papel de protagonistas, localizado no centro do poder punitivo, produz mentalidade e forma de atuar punitivista (inquisitória), nas quais o investigado e o réu são percebidos como fonte de prova e objeto de intervenção (punição) e não como sujeitos de direitos em situação processual paritária. (CARVALHO, 2010, p. 241)

Ao tratar sobre o tema das organizações, Friedberg (1995) enfatiza que de acordo com os objetivos e focos de interesse, a organização pode ser estudada por si própria ou como matéria introdutória para o estudo de um sistema mais amplo, por representar um segmento particularmente visível, formalizado e consciente. “Abre-se portanto um novo campo à reflexão organizacional, campo das dinâmicas e das redes interorganizacionais” (FRIEDBERG, 1995, p. 397). Ante tais aportes sobre as instituições passaremos a uma análise mais detida sobre aquelas envolvidas com a justiça criminal e a decretação de prisões preventivas.

#### 2.4 RELAÇÕES INSTITUCIONAIS E A SELETIVIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

André Gaio (2006, p. 116) trabalha a ideia de uma estrutura rizomática de combate ao crime, que se traduz na inexistência de uma hierarquia ou um centro que irradie diretrizes para os setores do Estado e da sociedade para lidarem com a questão da criminalidade. O autor assevera que no Brasil os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, as Polícias, o terceiro setor, a sociedade civil, “trabalham com diferentes estratégias, práticas, princípios e culturas para pensar e atuar no combate e ou prevenção ao crime”. Conforme Gaio (2006), não se trata de uma ausência do Estado, o que se observa é que este se vale de uma punição seletiva penalizando, por exemplo, negros, pobres e dependentes químicos. O alto índice de pessoas presas e a inflacionária legislação penal indicam a presença do Estado, porém sem observar princípios de coerência, planejamento ou integração.

Paul Chevigny (2000) tentando definir o papel da polícia ressalta ser mais fácil apontar o que esta não deveria fazer, assim o primeiro aspecto que descartaria é o de militarização desta instituição, pois ao contrário do que muitos pensam e alguns políticos até incentivam, não há um inimigo a ser combatido e esta lógica apenas incentiva práticas violentas e abusivas. Contudo, ressalta não ser possível livrar nossas sociedades dos abusos da polícia nem mesmo dos extremos, como tortura e execuções, simplesmente mostrando que tais métodos são contrários ao Estado de direito, pois políticas que encorajam a violência policial são populares, passam a impressão de que os abusos da polícia não são direcionados contra o povo como um todo, mas somente

contra alguns considerados antissociais. Assim, o autor afirma que crime e segurança representam a tentação política nas sociedades democráticas com desigualdades sociais grandes. A imprensa livre atrai audiência com o sensacionalismo sobre o crime. A investidora de cunho intolerante para com a delinquência e contra o próprio sistema de justiça criminal tido como ineficiente e benevolente, propondo-se medidas extremadas de repressão, pode passar a impressão de força por parte dos políticos e desvia a atenção de problemas intratáveis da injustiça social e econômica. Assim, a culpa por alguns males da sociedade é rapidamente transferida para os pobres, ou pelo menos para aquela porção de pobres que pode ser considerada marginal e perigosa.

Kant de Lima (2013) chama atenção para o aspecto institucional do nosso sistema de administração de conflitos, composto pela justiça criminal e segurança pública, aduzindo que este não é constituído com o objetivo de administrar os conflitos, em suas mais diversas naturezas, ao contrário, atua no sentido de eliminá-los através da punição dos sujeitos envolvidos, pautada numa lógica exclusivamente institucional. Esta postura tem causado sérios problemas de legitimidade para tais organizações, que se refletem na diminuta confiança emprestada a suas atuações. Por outro lado, as diferentes instituições que se dividem em justiça criminal (composta pelo poder Judiciário, Ministério Público e advocacia) e segurança pública (composta pelo poder Executivo, com as corporações das diferentes polícias), não se articulam como um sistema, mas como um conjunto de corporações com finalidades e interesses particulares, distintos e, muitas vezes, contraditórios. Portanto, descarta-se de início uma atuação que busque formas universais e uniformes de administração institucional de conflitos, não violentas e não repressivas na sociedade e por isso mesmo seus membros acabam ou administrando violentamente os conflitos em que estão envolvidos, ou reivindicando a atuação cada vez mais repressiva dessas instituições quando se deparam com conflitos que não conseguem administrar por seus próprios meios (KANT DE LIMA, 2013, p. 50).

Assim o autor busca contestar a forma com que a segurança pública é pensada, um atributo do Estado para regular os comportamentos sociais. Tendo em vista uma sociedade marcada por forte desigualdade social e jurídica, onde o direito se presta a reforçar uma posição tutelar do Estado sobre a sociedade, na qual se observa inúmeras hipossuficiências, a forma privilegiada para exercício do controle de comportamentos é

a repressão. Kant de Lima (2013) afirma ainda que, por outro lado, inexistente uma formação ou uma disciplina voltada para o exercício do controle social, seja nas graduações de direito, seja nas academias de polícia. Assim, esse exercício é aprendido pelos agentes da segurança pública de maneira informal, não escolarizada o que faz com que eles naturalizem a suas práticas, de forma dissociada das teorias. Como consequência, não se observa quadros profissionais na segurança pública que sejam capazes de pensá-la a partir da sociedade, procurando um inter-relacionamento entre as ações estatais e o controle social e completa:

(...) as instituições de justiça criminal e segurança pública são opacas ao olhar da sociedade e de seus próprios agentes. Há um ordenamento formal, que é sempre um vir a ser abstrato, e uma prática informal, que é o que efetivamente vige e regula as ações e comportamentos nessas corporações: uma espécie de “ética corporativa”. Assim a etnografia e a perspectiva comparada, como são praticadas na disciplina antropológica, são métodos adequados à compreensão dos significados e à descrição dessas instituições, tornando explícitas as tradições implícitas que as governam. (KANT DE LIMA, 2013, p. 52)

Ratificam tais afirmações, a pesquisa desenvolvida sobre as práticas de policiais militares e as experiências de abordagem vividas por cidadãos nas ruas da cidade do Rio de Janeiro, na qual as autoras Silvia Ramos e Leonarda Musumeci (2005, p. 32) aduzem que além da formulação genérica sobre a existência de uma cultura policial de rua, podem-se reconhecer importantes detalhes que diferenciam a atividade policial segundo os contextos socioeconômicos, culturais e criminais demarcados pelos próprios batalhões; asseveram que os policiais entrevistados, de forma unânime, identificaram “distintas culturas de polícia predominantes em batalhões de diferentes áreas da cidade”. As autoras afirmam que os policiais tiveram grande dificuldade em definir o que os levava a considerar uma pessoa suspeita, muitos afirmavam que dependeria do local de patrulhamento, ou disseram que o policial não tem bola de cristal, ou que ninguém anda com a suspeita “escrita na testa”, outros afirmam não existem pessoas suspeitas, mas sim situações suspeitas. Asseveram que os policiais entrevistados, ao invés de assumirem a dificuldade de se formular uma resposta, assumem uma postura defensiva, sendo “digno de nota que, sendo a suspeita parte intrínseca do trabalho de polícia, o discurso sobre ela se encontre tão pouco articulado, mesmo entre oficiais de uma geração mais jovem” (RAMOS E MUSUMECI, 2005, p. 38). Dissertando sobre os trabalhadores e gestores do controle, Stanley Cohen (1985,

p.157) afirma que em geral eles não podem explicar muito bem o que estão fazendo ou o que está acontecendo, então improvisam um vocabulário, recorrendo a abstrações que investem e dignificam seus imperativos organizacionais diários e se possível tentam dar o status de uma teoria.

Sobre as formas desconexas e repressivas das políticas de segurança pública, Kant de Lima (2013) dá o exemplo da implantação das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) também na cidade do Rio de Janeiro, aduzindo que uma análise etnográfica das mesmas permite constatar que não levaram em conta a opinião da população originária das comunidades ocupadas e mesmo que os grupos locais passem a apoiar a operação, isso não significaria que concordaram com o ponto de vista das instituições estatais encarregadas da manutenção de uma determinada ordem pública. Logo, o sucesso militar das UPPs, nada tem a ver com as formas de administração institucional de conflitos que fazem parte da prática policial rotineira. O autor conclui destacando os diferentes modos de operação policial:

Desta forma, pode-se dizer que a Região Metropolitana do Rio de Janeiro comporta atualmente três modelos de policiamento, correspondentes a três formas de conceber a relação entre a população e a ordem pública e social: o policiamento urbano da Zona Sul, respeitoso dos direitos dos cidadãos; o policiamento dito *comunitário*, que pretende envolver as populações das regiões desocupadas na aceitação de uma ordem pública pré-concebida sem a sua participação, além de enfrentar os preconceitos históricos existentes entre essas populações e as instituições policiais; e o policiamento oficioso que se realiza através de instituições para-policiais, e que se utiliza de técnicas tradicionais de extorsão e de repressão explícita na manutenção de sua ordem, voltada para o sucesso de seus negócios e interesses particulares. (KANT DE LIMA, 2013, p. 54)

Dornelles (2003) aduz que a instituição policial enquanto órgão do Estado representa não apenas as características de uma sociedade, mas suas contradições e ao expressar uma correlação de forças políticas entre os diferentes interesses em jogo, a sociedade deseja uma polícia que respeite os direitos, cumpra a lei, ao passo que não deixe de garantir a segurança de todos; por outro lado, essa mesma sociedade não abandona a expectativa de que a polícia se comporte de acordo com o estereótipo negativo que marca a instituição: violência, arbitrariedade e corrupção. Dessa forma, o autor afirma que a imagem que a população tem da polícia forma uma espécie de ciclo vicioso.

A polícia brasileira é uma instituição nascida e desenvolvida com um bem definido objetivo de garantir os interesses, a paz, a propriedade e os bens materiais e humanos das classes privilegiadas, aponta Dornelles (2003). Trata-se de uma polícia que não tem em sua origem a finalidade de garantir um estado de direito democrático, destinado a todos os indivíduos de forma igualitária e livre. Ao tratar a questão da violência policial no Brasil, o autor afirma que é preciso situá-la como legado de uma sociedade violenta e desigual na sua origem, estruturalmente injusta, onde a gênese da instituição policial se confunde com as práticas dos colonizadores e dos senhores de escravos que formavam contingentes comandados por ‘capitães do mato’, e não se olvidar dos recentes períodos ditatoriais que reativaram muitas práticas perversas e desumanas (DORNELLES, 2003). Conclui que a brutalidade da polícia é o reflexo de políticas sociais falhas bem como o medo da ação e da presença da polícia é historicamente mais sensível aos grupos sociais carentes destas políticas. Contudo, o autor frisa que durante a ditadura militar este medo foi estendido para parcela das classes média e alta, ressaltando sua potencialidade como instrumento de controle social e de dominação política. Sendo esta, segundo o autor, a origem da opção por ações seletivas que visam preferencialmente os pobres.

Kant de Lima (1989) assevera que a ambiguidade de nosso sistema processual, autodenominado de misto, por comportar características do sistema inquisitorial e do sistema acusatório, sendo um a antítese do outro, empresta à tradição processual penal brasileira caráter especialmente liminar no modelo de resolução de conflitos pelo Estado e assevera que o inquérito policial é legalmente declarado como um procedimento inquisitório que serve para embasar futura ação penal que tramitará no Judiciário, onde se repetirão todos os atos já praticados na investigação, porém sob o crivo do sistema acusatório. Conforme faz o autor, vale ressaltar algumas características do sistema inquisitório onde as funções de acusar e decidir concentra-se na mesma pessoa; não há contraditório, ampla defesa, igualdades ou liberdades processuais, nem garantias que assistam ao acusado, sendo este considerado mero objeto do processo; o sigilo se torna imperativo nesse sistema, não cabendo ao suspeito e muito menos à sociedade fiscalizar e sequer tomar ciência do conteúdo do processo; busca-se uma pretensa “verdade real”, o que em casos extremos pode inclusive legitimar práticas

como a tortura, a fim de se obter a confissão, tratada como a “rainha das provas” (LOPES JR., 2006).

As práticas policiais são informadas por representações hierarquizadas e holistas da sociedade, verificáveis na cultura jurídica e em nosso pensamento social sob a forma de processos inquisitoriais de produção e reprodução de certezas e verdades no sentido de se obter a resolução de conflitos, enfatiza Kant de Lima (1989). Esta ambiguidade empresta à instituição policial caráter potencialmente contaminador e desorganizador da ordem estabelecida que leva a tornar clandestina a identidade propriamente policial, o que impede a instituição de elaborar critérios explícitos que propiciem o controle interno e efetivo da corporação policial e favoreçam um eficaz controle público de seu desempenho. Portanto, as práticas “propriamente policiais, são ‘levadas de mão em mão’, ‘transacionadas’, constituindo-se em verdadeira *tradição inquisitorial*” (KANT DE LIMA, 1989, p. 2). O autor afirma ainda que o estudo das práticas policiais e suas significações representam um *locos* privilegiado para se compreender nossa cultura jurídica e política permeada por oposições complementares representadas pelos pares de categorias acusatório e inquisitório, repressão e prevenção, passado e futuro, real e potencial, administrativa e judiciária. Os critérios que orientam a *práxis* dos policiais, contrariamente ao que estes pensam, têm seu tronco não nas experiências específicas, mas nos estereótipos relativos às origens, efeitos e significados das diferenças culturais. Para o autor isto justifica o fato de que, para alguns segmentos da sociedade brasileira, considerados pela cultura jurídica como “incivilizados”, deve-se aplicar procedimentos adjudicativos e punitivos específicos; o que considera como uma espécie de “adaptação cultural”, não oficial, dos procedimentos judiciais.

Kant de Lima (1989) então enfatiza que apesar da aparente discrepância entre polícia e judiciário ocasionada pelos critérios inquisitivos e acusatórios, bem como pela discricionariedade do primeiro e a estrita obediência à lei pelo segundo, ambas as instituições além de apresentarem a mesma origem travam também uma relação de complementariedade. Evidencia-se uma relação hierárquica em um sistema que se representa de forma totalizada, pois, se ao contrário, as partes se representassem como iguais, precisariam competir e negociar umas com as outras, não sendo o caso. Assim, a polícia está classificada em um nível inferior ao do judiciário, pois além da função de auxiliá-lo na apuração inquisitorial e administrativa de fatos, exerce ainda a atividade de

vigilância da população, tarefas que implicam necessárias discricioniedades na aplicação da lei. O Judiciário, por sua vez, situa-se num nível "superior", justificado pelo caráter acusatório de seus processos e pelo afastamento e objetividade com que simplesmente aplica e faz cumprir a estrita legalidade. Kant de Lima (1989, p. 16) acrescenta ainda que:

O duplo papel atribuído à atividade policial repressão e vigilância, um clássico, outro positivista, debaixo de métodos inquisitoriais, tem consequências. O Judiciário pode justificar-se porque está reprimindo acusatoriamente, "estritamente em obediência à lei". Não molda suas ações por princípios inquisitoriais; está "escravizado" aos atos públicos e à lei. A polícia, entretanto, não está. Daí que a atividade discricionária, arbitrária, da polícia inquisitorial permite ao Judiciário permanecer "inocente", "puro" em relação às consequências práticas da aplicação e execução da lei no Brasil, embora beneficie-se, em seu julgamento, das informações obtidas extrajudicialmente pela polícia.

O autor conclui que por serem as práticas policiais brasileiras um reflexo da cultura jurídica, que concebe uma estrutura social hierarquizada, atribuindo diferentes graus de cidadania a diferentes segmentos da população, muito embora a Constituição Federal atribua direitos igualitários a todos, cabe à polícia a difícil tarefa de selecionar quais indivíduos têm "direito" aos seus direitos constitucionais e ao processo acusatório enquanto "pessoas civilizadas", e quais não têm.

Estas perspectivas são indispensáveis para se observar a prisão preventiva não mais como uma ferramenta processual penal isoladamente considerada no mero contexto de uma decisão judicial, mas seguindo as ideias centrais dos autores aqui trabalhados, será necessário considerarmos a prisão preventiva como uma forma de controle social, inserida em todo o contexto do sistema de justiça criminal e conectada a todas as instituições que o integram.

## 2.5 POLÍTICAS PROIBICIONISTAS E O CONTROLE PENAL DAS DROGAS

A proibição da comercialização e do uso de determinadas drogas se apresenta como um dos temas de grande relevância aos estudos que se dedicam às formas de controle social, uma vez que perpassa por questões históricas, sociológicas, econômicas, jurídicas, biológicas, culturais e religiosas. É também tema muito caro, quando se trata especificamente do controle exercido pelos órgãos que integram o sistema de justiça criminal.

Sabe-se que um grande contingente da população carcerária mundial se encontra nesta situação por conta de crimes referentes ao tráfico de drogas. No Brasil, segundo dados do Ministério da Justiça (2014, p. 71), 35,1% das pessoas presas respondem por crimes relacionados à lei de entorpecentes. Como o presente trabalho se dispõe a investigar especificamente uma prática do sistema de justiça criminal com enfoque no Poder Judiciário, optamos por conjugar e delimitar nossa pesquisa a partir da questão da “guerra às drogas” por já termos de antemão o aporte teórico e estatístico que evidencia concentrar-se neste ponto grande parte das ações dos órgãos repressivos. As prisões provisórias, foco da pesquisa de campo, serão selecionadas a partir de casos que envolvam o tráfico de drogas.

É importante destacar que as drogas podem ser consideradas lícitas ou ilícitas, sendo esta uma classificação feita pelo Estado a partir de uma decisão eminentemente política. O termo “droga”, a exemplo do trabalho de Luciana Boiteux (2006, p. 17), será empregado como “uma substância que atua sobre o sistema nervoso central que, após um julgamento de valor, ganha a qualificação normativa de lícita ou ilícita mediante a criação de uma norma proibitiva”.

Há uma considerável bibliografia que formula robustas críticas à política de proibicionismo das drogas, apontando suas origens em aspectos normativos que visam impor uma moralidade de abstinência sem que necessariamente a sociedade partilhe desta concepção. Apesar de discussões que vise concluir se uso de drogas é bom ou ruim para a humanidade, a referida literatura analisa se a proibição de determinadas drogas, estribada em intensa repressão penal ainda se justifica ou se sustenta ante os resultados práticos alcançados, muitas vezes desastrosos do ponto de vista social, a exemplo do encarceramento em massa, e com questionáveis falhas para atingir seus objetivos declarados de extinguir as drogas, a exemplo da constante ascensão tanto do número de usuários quanto do volume de drogas produzidas e comercializadas no mundo. Em outros termos, o questionamento feito por esta literatura recai sobre a real necessidade e efetividade de se resguardar a saúde pública pelo atual modelo proibicionista, frente às perversas consequências sociais e econômicas geradas por este modelo.

A fim de melhor elucidar as questões atinentes ao tema faremos uma breve retrospectiva dos modelos proibicionistas às drogas, expandidos através de políticas

internacionais para evidenciar as influências que tiveram em nossas políticas, na sequência traçaremos um panorama sobre a questão atualmente no Brasil, demarcando os fatores sociais e institucionais que deixam bem claras a chamada política de “guerra às drogas”.

### **2.5.1 Possíveis marcos da internacionalização da política proibicionista**

Na pesquisa intitulada “A política criminal de drogas no Brasil”, Salo de Carvalho (2016, p. 46) assevera que sua investigação busca apontar as discontinuidades dos discursos legitimadores das políticas proibicionistas e destaca que “se o processo criminalizador é invariavelmente moralizador e normalizador, sua origem é fluida, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável”. Com isto o autor afirma que a origem da criminalização das drogas, portanto, não pode ser encontrada, pois inexistente. Contudo, apesar de optar pela difícil tarefa de romper com a linearidade tradicional que geralmente se apresenta quando a proposta é reconstruir sistemas legais criminalizadores, Carvalho (2016) assevera que isto não impede que se apresente determinados momentos históricos nos quais se visualize a construção de processos punitivos que ajudaram a compor a atual matriz proibicionista, pois isto contribui para uma melhor demarcação e constituição do problema a ser estudado.

Conforme afirma Boiteux (2006, p. 26) as drogas mais conhecidas atualmente como cocaína, ópio e *cannabis*, já eram utilizadas há muitos anos pelos homens, com fins medicinais ou recreativos e sua criminalização é fenômeno relativamente recente se comparado a delitos “tradicionais”, tais como os que atentam contra a vida ou contra o patrimônio. O controle penal exercido pelo Estado sobre as drogas apenas se efetivou a partir das primeiras décadas do século XX.

Boa parte das substâncias que hoje são consideradas ilícitas já compuseram a lista das mercadorias amplamente comercializadas, integradas à economia de diversos países e apresentavam importância estratégica no comércio internacional. O aspecto econômico é inclusive uma das motivações que levaram à proibição. A exemplo, temos a Guerra do Ópio, travada entre China e Inglaterra nos anos de 1839-1842. Após aquele país proibir a produção, o comércio e o consumo da droga em seu território, e perceber que isto não foi capaz de impedir que ela adentrasse suas fronteiras através de comércio

clandestino, prejudicado a economia oficial, o Imperador Chinês suscitou debate entre os experts sobre a questão do ópio tendo os mesmos se dividido entre as posições do proibicionismo e da legalização da droga. Tal discussão gerou enorme expectativa para os comerciantes ingleses que aumentaram seus investimentos no ópio apostando na liberação do comércio. Entretanto, o Imperador optou por manter a política de proibição e determinou o confisco e a destruição de todas as cargas de ópio no território de seu país. Os ingleses, por sua vez, tentaram se opor às apreensões, se julgaram lesados pela situação e se entenderam no direito de receberem reparação pelos prejuízos. Isto levou a uma forte reação dos britânicos a fim de garantir o comércio do ópio, tendo se estabelecido na ilha de Hong Kong os principais enfrentamentos, com baixas de ambos os lados, porém como uma supremacia inglesa que ajudado pelos EUA asseguraram a manutenção da rota de transporte e comércio do ópio.

Curiosamente, na mesma época os EUA editavam suas primeiras leis que proibiam o uso do ópio, justamente por associarem esta prática aos imigrantes chineses que se encarregaram do trabalho braçal na construção de ferrovias e na exploração do carvão e do ouro, conforme afirma Tim Boekhout van Solinge, “o fumo de ópio se tornou um foco de sentimentos gerais anti-chineses, e esse grupo e o uso de ópio passou a ser percebido como uma ameaça à sociedade americana” (2002 *apud* BOITEUX, 2006, p. 65). Isto evidencia o fato de a legislação norte-americana contra o ópio ter sua origem em considerações raciais e não de saúde.

Os fatos supracitados demarcam o início de um debate internacional sobre drogas. Porém o cerne da atual política proibicionista se situa na primeira convenção mundial sobre ópio ocorrida em Haia no ano de 1912, onde sob a égide dos EUA se implementou de sua política a partir da elaboração de um documento no qual se estabeleceu termos de cooperação internacional para o controle de narcóticos e se limitou a venda e produção de morfina, sendo incluído pela primeira vez a cocaína, substância que gozava de grande visibilidade em sociedades europeias e estadunidenses. Já na década de 1930 duas importantes convenções aconteceram em Genebra nas quais se limitou ainda mais a produção e distribuição de drogas narcóticas e se firmou entre os Estados termos de prevenção à impunidade de traficantes e facilitação de extradição por crimes de tráfico.

A criação da ONU após o fim da Segunda Grande Guerra, em 1945 marcou terminantemente a fundação das “linhas mestras do controle internacional de drogas vigente até os dias de hoje, tendo sido concluídas três convenções sob seus auspícios, ainda hoje em vigor” (BOITEUX, 2006, p. 39). A primeira convenção sobre o tema, denominada “Convenção única sobre Entorpecentes” se deu no ano de 1961 e dela se elaborou documento com ampla aceitação onde se proibiu expressamente o ópio, a cocaína e a *cannabis* e se demarcou o início de uma declarada militarização da segurança pública no controle das drogas. Em 1972, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas incluiu na lista de proibição os psicotrópicos tais como os estimulantes, anfetaminas e LSD, sob a alegação de que os prejuízos à saúde provocados por tais drogas justificariam a extensão do rigoroso controle já exercido sobre outras drogas.

Segundo Boiteux (2006) o sistema de controle atingiu seu ápice com a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, que pautou o fenômeno das drogas como um desafio global apelando fortemente a termos bélicos e à ideia do traficante como um inimigo em comum a se combater. Nas palavras da citada autora:

A Convenção da ONU de 1988 é um instrumento repressivo que pretende *combater* as organizações de traficantes, através da ampliação das hipóteses de extradição, cooperação internacional e do confisco de ativos financeiros dos traficantes, unificando e reforçando os instrumentos legais já existentes. Foi assim criado um sistema com enfoque particular de se opor ao poder militar, econômico e financeiro alcançado pelo tráfico ilícito nesses anos de proibição.

Esse instrumento internacional, para seus comentaristas, teria assegurado a coesão da resposta internacional contra o tráfico de drogas ao propor a harmonização das definições de tráfico de entorpecentes e assemelhados; a incriminação da lavagem de dinheiro de origem ilícita; e o reforço da cooperação internacional entre Estados, para adaptar os meios de *combate* aos novos desafios. (BOITEUX, 2006, p. 42)

É este o marco definitivo de internacionalização da política de “Guerra às drogas”, onde se estabeleceu a meta de erradicação do cultivo de plantas com efeito narcótico, de uniformização das legislações penais com a tipificação de condutas como o mero porte de matérias para a produção de drogas, a incitação ao uso, a participação e a associação, sendo recomendado além da pena de prisão o confisco de bens. Merece destaque o fato desta convenção determinar a incriminação e a aplicação de pena

privativa de liberdade para a conduta de portar droga para consumo próprio, ou seja, rigorosa punição ao usuário.

Alguns países, principalmente europeus, vêm questionando as diretrizes traçadas por esta política proibicionista da ONU, e optam por rumos menos repressivos no trato com a questão. Contudo, a grande maioria dos países em desenvolvimento adota a política proibicionista sob a grande influência estadunidense e a ameaça das sanções econômicas previstas para o caso do não cumprimento.

Boiteux e Wieko (2009) asseveram que na Reunião da Comissão de Drogas Narcóticas da ONU de 2009 houve uma discordância entre os países sobre constar ou não termo referente à política de “redução de danos” na elaboração do Plano de Ação para 2019. As autoras apontam ainda que “pela primeira vez se expôs publicamente a falta de consenso entre os países com relação às medidas de controle de drogas. Há quem fale, inclusive, que chegou ao fim o ‘Consenso de Viena’ sobre política de drogas” (BOITEUX; WIECKO, 2009, p. 29). As autoras enfatizam que enquanto as grandes potências mantiverem intacta a postura sobre o tema das drogas os foros internacionais passarão cada vez mais a emitir documentos inócuos, haja vista o expressivo e crescente número de Estados que deixam de seguir a política de drogas, por considerá-la excessivamente punitiva, obsoleta e incompatível com os direitos humanos.

### **2.5.2 Os efeitos do proibicionismo**

Foi na década de 1970 que o presidente dos EUA, Richard Nixon, declarou “guerra às drogas” e demarcou os psicoativos ilícitos como “inimigos nº 1 da América”. Por isso a legislação antidrogas deste país se confunde com a legislação internacional, onde se ressalta a ênfase repressiva. Os EUA direcionam cerca de 80% do seu orçamento antidrogas à repressão. Esta política se mantém até a atualidade, contudo não foi capaz de alcançar seus objetivos de redução da demanda, sendo os EUA o maior mercado consumidor de drogas no mundo.

Fazendo breve análise sobre a legislação federal antidrogas dos EUA, Luciana Boiteux (2006) assevera existir grande semelhança com a legislação brasileira, o que se evidencia em fatos como a descrição de delitos com diversos verbos, as

incriminações de todas as ações ligadas ao tráfico de drogas, a severidade das penas previstas para o tráfico. Chama ainda a atenção para a existência de grande número de pessoas presas em ambos os países por conta destes crimes.

Em que pese alguns países aceitem alternativas ao modelo repressivo, vide Uruguai que passou a regulamentar o consumo e venda de *cannabis*, prevalece ainda no mundo a política proibicionista que segundo Boiteux (2006), apresenta uma base moral e uma base sanitário-social e opera com o objetivo de suprimir o comércio e a produção de drogas a partir de uma intervenção punitiva que privilegia a pena de prisão. Este modelo considera a proibição como único meio capaz de lidar com os malefícios da droga e, sem qualquer base empírica, presume que a repressão é capaz de mudar hábitos e fazer com que as pessoas deixem de utilizar determinadas substâncias.

Luciana Boiteux (2006) assevera que o proibicionismo apresenta manifestamente fundamentações sanitárias e sociais, por formarem um discurso mais bem construído, coeso e de fácil aceitação. Ações repressivas empreendidas em nome da proteção da saúde pública tendem a ser encampadas pela sociedade e dificilmente seriam contestadas. Entretanto, uma análise mais acurada permite desvendar que a política proibicionista tem a oferecer apenas a utilização de prisões e aparatos repressivos como meios de gerarem abstinência, ou seja, a eliminação das drogas e do hábito, costume, cultura ou mesmo dependência química que levam as pessoas a consumirem-na, pelo uso da força física e da segregação. Esta política necessita de um discurso de demonização da droga para que a proibição total represente o único caminho viável. Tais premissas não se sustentam quando observamos os resultados práticos da intensa repressão, uma vez que a produção, comércio e utilização de drogas jamais diminuiu. Isto nos permite desnudar no discurso proibicionista, questões moralistas que lhe permeiam e se disfarçam na justificativa sanitário-social. Pode-se ainda concluir que o assunto das drogas precisa ser redefinido como uma questão de saúde pública e por esta via ser trabalhado.

A facilidade de incorporação do discurso repressivo e de uma cultura beligerante advém de bases ideológicas, de modo que a Defesa Social representa o fundamento ótimo para a guerra às drogas. “A perspectiva da universalista da Defesa Social absorve e aprisiona a alteridade, convocando postulados de moralidade para a eterna cruzada do bem contra o mal” (CARVALHO, 2016, p. 381). Isto tem como

reflexo a atuação vertical e seletiva das agências punitivas e rechaça qualquer tipo de política pública voltada para valores como pluralismo, tolerância e respeito a diversidade.

Luciana Boiteux sintetiza com muita precisão os problemas ocasionados pela política proibicionista:

Na saúde pública: *i*) ausência de controle e adulteração das substâncias consumidas o que gera riscos graves à saúde dos consumidores; *ii*) o alto nível de contágio do vírus HIV e outras doenças entre usuários de drogas injetáveis na marginalidade; *iii*) a dificuldade de implementação de políticas de redução de danos aos dependentes inseridos na ilegalidade e oposição do proibicionismo aos modelos mais atuais de ajuda ao viciado; *iv*) o contínuo enfrentamento do sistema penal pelos adictos que fazem uso das substâncias, mesmo à margem da lei; *v*) aumento no número de mortes em decorrência das disputas e da repressão ao tráfico de drogas;

No sistema jurídico-constitucional citam-se: *vi*) o reforço excessivo do sistema policial em detrimento do sistema judicial; *vii*) a utilização de meios penais e processuais extraordinários, violadores de princípios e garantias constitucionais; *viii*) as medidas de exceção destinadas ao grande tráfico são aplicadas aos pequenos e médios traficante-viciados, que lotam as penitenciárias; *ix*) desumanização da penas e do sistema penitenciário; *x*) superlotação carcerária.

Na ótica sócio-econômica podem ser ainda adicionados: *xi*) aumento da vigilância, controle e violência imposta aos mais desfavorecidas, que são suspeitos de tráfico, até prova em contrário, o que leva à discriminação; *xii*) favorecimento do envolvimento de jovens com o crime, desagregação familiar; *xiii*) incremento do tráfico de armas; *xiv*) incremento das possibilidades de lavagem de dinheiro; *xv*) a alta dos preços derivada da ilegalidade torna cada vez mais poderosas as organizações de traficantes; *xvi*) aumento da corrupção nos poderes públicos e na polícia, em especial nos países em desenvolvimento; *xvii*) aumento da violência e do número de homicídios nos grandes centros urbanos. (BOITEUX, 2006, p. 242)

Conforme Salo de Carvalho (2016) a falta de adequação entre os princípios declarados pela tradicional política proibicionista e o funcionamento empírico das agências repressivas, deixam mais do que expostos os sinais de falência do atual modelo de guerra às drogas, entretanto os Estados insistem em combater neste front e se negam a aceitar a derrota desta estratégia, de modo que os efeitos perversos gerados pela ampla utilização da punitividade continuam a serem produzidos a pleno vapor.

### **2.5.3 Uma visão socioeconômica sobre a questão das drogas.**

Analisando a questão das drogas ilícitas do ponto de vista econômico, Carvalho (2016) chama atenção para dois aspectos: a variação no preço das substâncias

e os custos da manutenção do sistema repressivo. Luciana Boiteux (2006) destaca alguns fatores interessantes como o fato de seus usuários não poderem ser classificados como consumidores comuns ante a ilegalidade do produto que buscam, e de um mercado que se apresenta de um modo um tanto quanto peculiar ante a instabilidade de fatores como produção, o tráfico internacional, a distribuição final, a demanda e a interferência da proibição e dos riscos inerentes ao empreendimento no mercado. Tudo isto torna o preço da droga muito alto sendo que a ilicitude não permite modelos de controle sobre a qualidade das substâncias, que tende a se nivelar por baixos padrões. KOPP (1998 *apud* BOITEUX, 2006, p. 195) estima que a produção mundial de drogas é muito superior ao consumo de modo que a clandestinidade em que ocorre permite apenas uma aproximação à realidade ante pelo pouco grau de confiança dos dados. O autor assevera ainda que os consumidores não são insensíveis à variação do preço e de questões de mercado e afirma não se sustentar as teses que pregam uma irracionalidade no consumo de drogas.

Segundo a ONU, o mercado de drogas atinge, em termos aproximados, o exorbitante nível de US\$ 300 bilhões anuais. Conforme já se expôs, por questão eminentemente política os Estados optaram por manter essa considerável faixa do mercado na ilegalidade, onde se movimenta este montante sem recolher qualquer tipo de imposto – não obstante o fato de o principal argumento da proibição ser a salvaguarda da saúde pública – fica o questionamento de quanto eventual tributação sobre esse negócio, poderia ser revertida em investimentos em políticas de melhoria sanitária.

Boiteux (2006, p. 199) assevera que ao contrário do modelo proibicionista que uniformiza e universaliza sua política de controle, o mercado da droga é facilmente adaptável à economia e às diversidades de cada local e por isso tem grande capacidade de criar novos mercados e de se reinventar constantemente. Esta visão difere enormemente do modelo imaginário de uma hierarquia do tipo “mafiosa”, pois encara as redes do tráfico como não uniformizadas e capazes de se amoldarem às peculiaridades de onde quer que atuem, não sendo possível a generalização de suas características. Com isso, a autora afirma que por não considerar estas nuances, o direito penal é alheio à fenomenologia do tráfico de drogas e destaca a grande distância entre o

fenômeno real da droga e de seu mercado, da percepção dos elaboradores das políticas públicas proibicionistas.

Neste sentido, sabe-se que no Brasil o comércio de drogas ilícitas funciona ao seu próprio modo, nosso país não figura como produtor de drogas no contexto internacional, sendo relevante aqui a questão do consumo e da venda para o mercado interno e a proeminência como rota de distribuição das drogas produzidas em países vizinhos, para os mercados consumidores da América do Norte e Europa.

Segundo Boiteux (2006) é inegável o fato de o mercado das drogas operar plenamente no Brasil, sendo que nos grandes centros urbanos a venda de drogas aos consumidores locais absorve considerável parcela dos excluídos do sistema econômico. A autora aponta a falta de perspectivas, o desemprego e a exclusão social, como fatores de grande peso que levam principalmente os jovens a entrarem no negócio das drogas, que apesar de ilícito passa a representar uma oportunidade de vida, o que explica a “predileção” de grupos sociais mais vulneráveis a serem utilizados pelo tráfico. Sobre este aspecto, Helpes (2014) destaca conceito de “carreira”, que passa pelo entendimento de que o indivíduo não passa a fazer parte do tráfico de um momento para o outro e que compreende este processo não como fruto de livres escolhas do sujeito, mas como escolhas realizadas a partir de possibilidades reais a ele disponibilizadas.

Síntia Helpes (2014) ao desenvolver sua pesquisa na Penitenciária Professor Ariosvaldo Campos Pires em Juiz de Fora/ MG, estimou que 70% das presidiárias cumprem pena privativa de liberdade por tráfico de drogas, resultado este que vem ao encontro da tendência traçada na maior parte das pesquisas sobre criminalidade feminina. Das 81 mulheres presas entrevistadas por meio de questionário, 28% delas quando questionadas sobre qual teria sido a motivação para a prática do delito supracitado, responderam a opção “necessidade financeira”. Apenas 8% responderam “influência de marido/namorado” e 25% das entrevistadas afirmaram que não participaram do tráfico. Um dado interessante obtido por meio dessa pesquisa é que na maioria dos casos analisados por Helpes, as entrevistadas deram ênfase a sua responsabilidade sobre os filhos e a ausência do auxílio material dos pais na educação daqueles.

Para CAMPOS (2015), o perfil social do acusado possui uma eficácia discursiva que se concretiza nos registros e estatísticas sobre quem é o “traficante” e

quem é o “usuário”; sobre quem deve e quem não deve ser criminalizado pelo sistema de justiça criminal, quem está estabelecido e quem é o “desviante”. Os dados de sua pesquisa levaram à compreensão de que o encarceramento ocorre de forma hierarquizada, sendo criminalizadas por drogas as parcelas mais pobres da cidade de São Paulo.

Portanto, a análise da opção de política criminal sobre drogas não pode olvidar dos dados reais e fechar os olhos ante os efeitos causados, sob pena de nunca se atingir uma estratégia mais compreensiva no trato com esta questão, pois atualmente, a “pretexto de proteger a saúde pública deixa-se de proteger a vida e ignoram-se os efeitos perversos que atingem a sociedade” (BOITEUX, 2006, p. 211).

#### **2.5.4 A Política de Drogas no Brasil**

Ao versar sobre atual legislação sobre drogas, (Lei 11.343 de 2006) Marcelo da Silveira Campos (2015, p. 72) destaca duas categoriais analíticas muito interessantes: “i) uma dimensão punitiva e criminalizadora para os comerciantes de drogas; ii) uma dimensão médico-social para os usuários de drogas, que acarretou no fim da pena de prisão para o uso de drogas.” A implicação desta coexistência entre severidade (princípios hierárquicos) e moderação (princípios mais universalistas) resultou em um dispositivo pela metade fruto de uma “média de conhecimento”, uma metade médica-preventiva destinada ao usuário de drogas e uma metade criminal e altamente punitiva destinada aos traficantes, que pode ser comparado com a metáfora do copo meio vazio e meio cheio, sintetizado na seguinte expressão: como um copo meio vazio de médico e cheio de prisão.

Segundo o autor, a atual legislação brasileira sobre drogas emergiu como parte de uma política criminal que abarca ora mecanismos de severa punição para os considerados traficantes, ora mecanismos preventivos e situacionais para o uso de drogas, com isso, busca-se uma racionalização da punição, a qual bifurca-se nesta dupla característica: repressão e prevenção.

Ao contrário da maioria dos crimes, os que se referem à legislação penal sobre drogas não apresentam conflito entre duas partes (autor e vítima) procedido da intervenção do Estado, geralmente iniciada após uma reclamação da vítima. Quando se

trata de entorpecentes, as autoridades atuam por iniciativa própria (flagrantes e incursões policiais). A atual forma de criminalização autoriza a polícia a prender quem de qualquer forma concorra para o tráfico, a invadir qualquer local onde exista droga e conduzir em flagrante quem esteja na posse de qualquer substância considerada ilícita, ainda que seja para consumo próprio. Além do mais, este modelo produz uma série de “efeitos perversos” no próprio funcionamento do sistema de justiça criminal, como exemplo a questão da corrupção policial.

Conforme afirma Boiteux (2006), ante a inegável impossibilidade de impedir a venda ou o consumo de drogas, a polícia atua apenas eventualmente, no momento e pela forma que melhor lhe interesse e mesmo que os aparelhos policiais fossem eficazes, bem estruturados e incorruptíveis, isto não seria suficiente para impedir que a indústria da droga mantivesse suas atividades em funcionamento, tampouco o sistema carcerário seria capaz de absorver todos os presos por esta utópica polícia. Logo, se a política proibicionista demonstra-se incapaz de realizar, na prática, seu objetivo de eliminação, produção, comércio e consumo de drogas, a polícia se vê “autorizada” a selecionar os casos em que vai atuar: ampla discricionariedade, falta de razoabilidade e impossibilidade de concretização da política oficial de abstinência e proibição do controle são os ingredientes ideais para se alargar em muito os espaços à corrupção. Este quadro é agravado pelas deficiências técnicas da legislação, que apresenta termos amplos e genéricos e não estabelece parâmetros de quantificação da droga para se distinguir tráfico e uso.

Há de se ressaltar ainda que a polícia é a responsável pela primeira filtragem dos casos que chegam ao Judiciário e por consequência, das pessoas que suportarão um processo penal e serão enviadas à prisão. Nesse sentido, Alba Zaluar afirma serem “os policiais que decidem quem irá ou não irá ser processado por mero uso ou por tráfico, porque são eles que apresentam as provas e iniciam o processo.” (2004, p.33). No mesmo sentido, Misse (2011, p.19) assinala ser o inquérito policial “a peça mais importante do processo de incriminação no Brasil. É ele que interliga o conjunto do sistema, desde o indiciamento de suspeitos até o julgamento.” Portanto, os juízes além de terem que aplicar uma legislação declaradamente punitiva, atuam balizados previamente pela ação policial e pela filtragem que estes exerceram, sendo este, nas palavras de Luciana Boiteux “um ciclo vicioso que muito tem contribuído para a

superlotação das prisões com pequenos traficantes pobres, e para a absoluta impunidade dos grandes traficantes” (2006, P. 216).

Marcelo da Silveira Campos (2015) também enfatiza que a atuação da polícia, no que tange à questão das drogas, ocorre mais no flagrante do que na investigação, o que o leva a afirmar que o inquérito policial é utilizado como base fundamental para a reconstituição de uma acusação por tráfico de drogas, onde juiz analisa o inquérito policial e aciona o vocabulário de motivos contido nos registros policiais para fundamentar a reconstituição do caso. Complementa tal assertiva Carlos (2014 *apud* CAMPOS, 20015, p. 195), segundo o qual, em um universo de pesquisa composto por 1038 prisões em flagrante, 72% foram realizadas por policiais militares e mais 25% por policiais civis. A maioria destes casos se dá em patrulhamento, sendo que, somente 8,49% das prisões em flagrante decorrem de investigações.

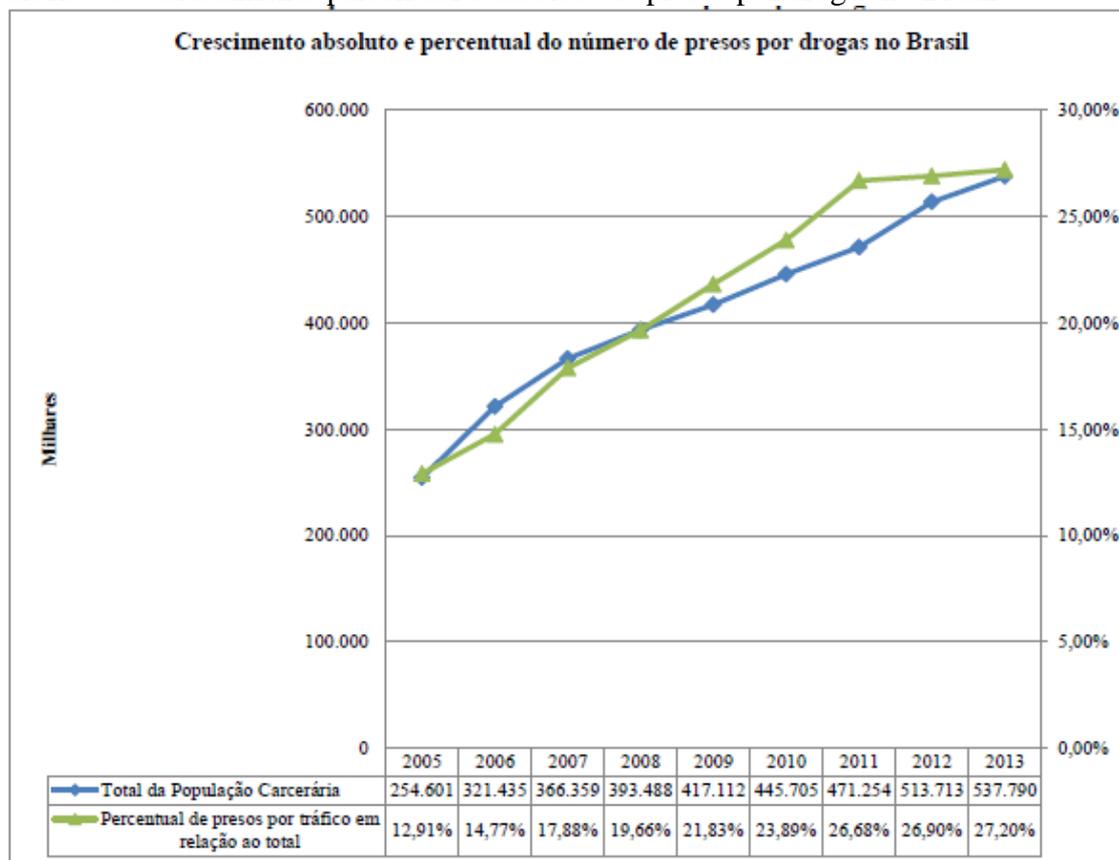
### **2.5.5 A questão do encarceramento**

Conforme Campos (2015), para se compreender o fenômeno da intensificação do encarceramento por drogas no Brasil nos últimos anos em conjunto com a multiplicação de agenciamentos e práticas estatais que visam governar os usuários de drogas na atualidade, faz-se necessário abandonar a velha análise repressiva do poder (superestrutura jurídico política) a fim de se perceber como as relações entre saber e poder desenvolvem novas subjetividades, novas práticas estatais e novos assujeitamentos. De acordo com os dados colhidos em sua pesquisa, o autor sustenta que o dispositivo médico-criminal, formulado pelo sistema político desde o ano de 2002 e aprovado no ano de 2006, quando recebido pelas organizações e agentes que compõem o sistema de justiça criminal, estes tendem a apreciar quase que exclusivamente a pena de prisão como forma de punição. Acrescenta que o sistema judicial brasileiro favorece a ampliação do poder da acusação policial, visto que no Brasil o acusado tem que provar a sua inocência.

A partir dos dados do Relatório Anual do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, e do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, Campos (2015, p. 105-111) aponta que no ano de 2005, 13% do total da população carcerária no Brasil era por tráfico de drogas (cerca de 32.880 homens e mulheres presas). Em 2013, a

prisão por tráfico de drogas já representava 27,2% de todos os indivíduos encarcerados (eram 146.276 homens e mulheres). O que bem sintetizou no gráfico a seguir:

Gráfico 5 - Crescimento percentual e absoluto de presos por drogas no Brasil



Fonte: (Campos, 2015, p. 108)

Assim, como base nesses dados, o autor aduziu que a promulgação da Nova Lei de Drogas trouxe ao sistema de justiça criminal um efeito reverso do esperado, haja vista que o objetivo oficial era despenalizar o uso de drogas e estabelecer um sistema nacional de políticas sobre drogas – SISNAD – de forma a reduzir a população carcerária relacionada ao delito de tráfico. Na prática o que se verificou foi uma intensificação do encarceramento por mercancia de drogas e pouco deslocamento do usuário para o sistema médico, além de considerar a variável de que ao excluir a pena de prisão do usuário de drogas aumentou-se o tempo mínimo de prisão para o traficante, que na legislação anterior era de 03 (três) anos, passou a ser de 05 (cinco) anos na atual Lei Antidrogas.

No que tange a uma sociologia da punição, esta dupla característica do dispositivo legal - recrudescimento penal coexistindo com a diminuição das penas - segundo CAMPOS (2015), se aproxima conceitualmente do que Garland (2008) classifica como criminologia esquizóide, para o qual esta se define como: a “criminologia da vida cotidiana” mais voltada para prevenção dos comportamentos desviantes coexiste com a “criminologia do outro” voltada para o aumento das penas e na ideia do criminoso como um monstro e inimigo social.

Salo de Carvalho (2016, p. 201) destaca que a análise dos dados do sistema carcerário brasileiro permite sustentar a hipótese de que o punitivismo em nosso país tem como referência o crime de tráfico de entorpecentes, bem como a hipótese de que a política de drogas é o carro-chefe da política criminal brasileira, “ultrapassando regras e metarregras de compreensão do funcionamento das agências de punitividade (v.g. Polícia, Ministério Público, Judiciário e Administração Carcerária).

Uma das conclusões a que chegou Campos (2015), é que a principal implicação da nova lei de drogas no Estado de São Paulo encontra-se na rejeição ao deslocamento dos usuários de drogas para o sistema médico e o envio destes para o sistema de justiça criminal, o que, para o autor, apresenta como uma das hipóteses explicativas para a intensificação do encarceramento por drogas. O autor destaca ainda que no Brasil, mesmo quando uma política estatal na área de segurança pública e justiça criminal apresenta avanços no que tange aos direitos e garantias fundamentais, como por exemplo, o fim da pena de prisão para o usuário de drogas, privilegia-se dentro do sistema de justiça criminal a pena de prisão como resposta do Estado. Em suma, os atores de justiça criminal rejeitam a metade do novo quadro (fim da pena de prisão) para reafirmar a velha metade consubstanciada na punição; haja vista a utilização pelos magistrados de vocabulário de motivos da racionalidade penal moderna associado à ideia do criminoso enquanto um inimigo social, o que leva à rejeição de qualquer possibilidade de aplicação de penas alternativas à prisão. Por fim, Campos (2015) conclui que essa nova maneira de administração estatal da droga no Brasil trouxe como consequência o que chamou metaforicamente de “copo meio vazio de médico, mas cheio de prisão” e alerta para a necessidade de esvaziá-lo.

A partir destas perspectivas é que observaremos aplicação da prisão preventiva no contexto das ações dos órgãos envolvidos como o sistema de justiça criminal, sob o recorte de casos que se refiram ao tráfico de drogas.

## 2.6 THEORY OF SENTENCING

Tendo em vista que a presente pesquisa se concentrará na observação do fluxo processual referente ao crime de tráfico de drogas, com ênfase nas decisões judiciais que decretam a prisão preventiva e nas sentenças proferidas nas referentes ações penais, a “Theory of sentencing” se revelou muito profícua para o desenvolvimento da pesquisa, fornecendo necessário suporte para análise dos processos.

Segundo Vanhamme e Beyens (2007 *apud* MARTINS, 2011, p.112), a *sentencing* “se caracteriza por um vasto campo de pesquisas empíricas sociocriminológicas, centrada nas disparidades das penas, a partir da tomada de decisão do julgamento penal” a fim de se observar possíveis desigualdades no tratamento empregado pelos magistrados. Martins (2011) assevera que para esta teoria o processo decisório é encarado como uma prática social complexa e subjetiva permeada por aspectos controversos escolhidos pelos juízes no momento em que exercem seu poder discricionário de interpretar a legislação e aplicarem-na aos casos práticos. Portanto, esta abordagem exige a compreensão da tomada de decisão a partir de um campo conceitual mais amplo, envolvendo penalidade e sociedade e suas interações.

Joyce Silva (2013) destaca que a decisão judicial não pode ser concebida como o resultado de uma mera racionalidade técnico-científica, por refletir uma série de representações, valores, posições políticas e visão de mundo que exercem influência no indivíduo responsável por julgar. Sob este prisma, a autora destaca conceitos como de “habitus” traçados por Bourdieu, de “regras” cunhadas por Giddens ou de “esquemas” construídos por Sewell Jr., como categorias que trazem em sua essência a ideia de que as práticas humanas ao mesmo tempo em que constituem a si próprias, se reproduzem e se transformam, tais conceitos aplicados aos magistrados revelam um “senso comum” ou uma ideologia para o ofício que exercem. Sobre este aspecto, Luiz Alberto Warat (1998 *apud* PRATES FRAGA, 2006) aduz que o senso comum teórico dos juristas se apresenta como “um conjunto de saberes éticos vividos como diretrizes – ou seja, como

pautas que disciplinam o trabalho profissional dos juristas (...) que funciona como um arsenal ideológico para a prática cotidiana do direito”.

A motivação ideológica na sentença, conforme Prates Fraga (2006, p. 84), se relaciona à concepção de mundo dos magistrados e envolve fatores como “a formação familiar, o tipo de educação, os valores presentes em sua classe social, as próprias tendências ideológicas que permeiam sua profissão”. Tais fatores fazem com que o julgador tenha sua própria maneira de significar uma ordem de valores e essa visão será então utilizada na sua interpretação da ordem jurídica no momento de sentenciar. O autor Portanova (1992 *apud* PRATES FRAGA, 2006) destaca três fatores motivacionais que exercem influência no momento de decisão, sendo eles, a “motivação probatória” que se refere às provas apresentadas ao longo de uma ação e como o juiz as irá interpretar, a “motivação pessoal” que se refere aos fatores psicológicos do juiz, simpatia ou não por testemunhas e partes, maior ou menor interesse pela causa, seus afetos e humores, dentre outros, e, por fim a “motivação ideológica” que se refere à concepção de mundo do juiz, formação familiar, tipo de educação, valores da própria classe a qual pertence. Sobre a ideologia acrescenta:

A ideologia de que falamos não é má-fé, é um **conjunto de representações, saberes, diretrizes ou pautas de conduta**. Este complexo disperso, acumulado e pseudamente sistemático **orienta, condiciona e governa atos, decisões e atividades**. Não é uma realidade sensível e concreta, mas realidade imaginária e meramente possível, emanada do contexto sócio-econômico. Está difundida nos preconceitos, costumes, religião, família, escola, tribunais, asilos, ciência, cultura, moral, regras gerais de conduta, filosofia, bom senso, tradição. (PORTANOVA, 1992 *apud* PRATES FRAGA, 2006, p. 84)

Em sua tese, Rogéria da Silva Martins (2011, p. 113), destaca que a *sentencing* aborda uma questão sociológica mais profunda referente às rupturas entre modernidade e modernidade tardia e chama atenção para as discussões traçadas por David Garland (2008) e Jock Young (2002), com as necessárias adequações às diferentes formas de Estado, de sociedade e de suas penalidades. Destarte, a autora assevera que os princípios liberais da modernidade não foram capazes de cumprirem suas promessas na integralidade, a exemplo, a política criminal defendida por Beccaria que se pautava na capacidade de a razão humana compreender e assimilar os efeitos da punição se demonstrou falha, assim a fundamentação conceitual de legitimidade simbólica das instituições e de seus agentes como potencializadores do progresso não se

sustentou, gerando uma cisão entre Estado e sociedade. O contexto de crise, insegurança política e econômica marcam o início da modernidade tardia, o que se dá, em termos aproximados, a partir na década de 1970 (GIDDENS, 1991; BECK, 1992). O Estado se vê enfraquecido e incapaz de fornecer proteção ao cidadão e assim volta significativamente seus esforços para recuperação de legitimidade valendo-se de seu monopólio do uso da força, o que reflete num populismo punitivo e impacta profundamente as decisões judiciais. “A questão principal colocada é a inconsistência política e conceitual de um Estado deslegitimado publicamente voltado para garantir a segurança da justiça.” (MARTINS, 2011, p. 115). A citada autora destaca ainda que:

Diante desse quadro severo voltado para a reflexão dos contextos sociais nessa relação Estado e sociedade, que configuram essas caracterizações, nota-se a fragmentação da coesão social diante da distensão entre a sociedade e a tutela judicial. Vanhamme e Beyens (2007) revelam, então, diante desse quadro social complexo diversos fatores no estudo da *sentencing*. Os autores, brandindo uma análise da justiça criminal como um processo contínuo de interação social, orientam a precisão de um quadro teórico que integre os níveis macrossociais, microssociais e interacionais na análise da tomada de decisão no sistema penal. (MARTINS, 2011, p. 116).

Fazendo a revisão da literatura sobre a *theory of sentencing* Rogéria Martins (2011) aponta para quatro modelos conceituais, largamente utilizados em países europeus, os quais sintetizamos a seguir.

Modelo teórico sociobiográfico: neste modelo observa-se variáveis como idade, gênero, percurso profissional, autoimagem, convicções políticas e religiosas, a mentalidade geral dos juízes e sua visão sobre a criminalidade e sobre as penas. Algumas pesquisas detectaram a ideia de que desigualdades sociais são intrínsecas à sociedade o que evidencia uma visão conservadora, e uma justiça seletiva. Fato que em boa medida se fundamenta na perspectiva de que grande parte dos magistrados é oriunda de meios sociais mais abastados e por isso são incapazes de reconhecer a distância social que os separa dos acusados, o que seria apontado como um problema na tomada de decisão.

Modelo teórico antropológico: este modelo se destaca pela ênfase na legitimação moral da tomada de decisão dos juízes, que devem incorporar o sentido do justo frente outros atores do fato e mesmo do direito, o que representaria a segurança jurídica num Estado de Direito e garantiria os direitos fundamentais. Assim a aprovação moral por parte da coletividade, referente decisão judicial, promove o ajuste da coesão

social e integra a sociedade num tipo de institucionalização. Aqui se vê um maior alcance de pesquisas pautadas no campo do direito, por privilegiarem o jurídico em detrimento do comportamental, e por isso mesmo sofrem a crítica de se demonstrarem frágeis ante o distanciamento da realidade.

Modelo teórico socioestrutural: Adota a teoria da estruturação elaborada por Antony Giddens (2003) e conjuga investigações quantitativas e qualitativas. Visam analisar a filosofia penal dos juízes, colocando-os como mediadores entre sociedade e cultura penal, de forma que a pena representa a prática social. Conforme a teoria da estruturação as instituições mais estáveis na sociedade representam as propriedades estruturais e sua profundidade implica na reprodução de totalidades sociais. Assim a cultura penal através da intencionalidade da ação do juiz estabelece duas dimensões, uma punitiva (repressiva) e outra ressocializadora. Estas dimensões não se opõem, uma não anula a outra, de modo que o juiz tem um quadro eclético para decidir, e assim o fará mais com base em questões pragmáticas do que nos princípios filosóficos penais.

Aqui se destacam os tipos de juízes: um mais progressista que recorre mais ao processo e suas informações, dando importância às formalidades procedimentais e privilegiando a aplicação de penas alternativas; outro mais “clássico” com visão mais punitiva, que não se prende tanto às informações do processo e tende a explicar a criminalidade pelas próprias características do acusado, privilegiando penas privativas de liberdade.

Modelo teórico sociocognitivo: segundo a autora, trata-se de um modelo mais complexo que trata os juízes como atores sociais capazes de dar sentido à pena e a sua determinação num construto macroestrutural de sua atividade, sendo neste aspecto que se buscam os elementos cognitivos semelhantes entre os envolvidos no processo, a fim de se especificar tais referências. A autora afirma serem ainda incipientes as pesquisas que aprofundam nas práticas dos juízes e em suas possíveis apreensões cotidianas dos discursos da política penal.

Vanhamme e Beyens (2007 apud SILVA, 2013) identificam dois modelos principais nas pesquisas de “sentencing”. O primeiro modelo que chamam de tradicional, baseia-se em técnicas neopositivistas focadas no resultado das decisões e na identificação das suas variáveis. As produções são eminentemente quantitativas e levantam dados estatísticos de fatores previamente identificados a fim de explicar as

disparidades. O segundo modelo que chama de abordagem sociológica, pauta-se pela ideia de reflexividade da modernidade tardia e faz a crítica aos estudos de tradição neopositivista, apontando que o simples foco no resultado por parte destes estudos faz com que deixem de apreender o processo de interpretação e classificação do magistrado enquanto indivíduo, bem como desconsideram o contexto organizacional e social de tomada da decisão, evidenciando significativas limitações. Propõe então lançar-se mão de técnicas de pesquisa qualitativa, tais como observações e entrevistas orientadas para a interpretação dos dados. As abordagens sociológicas enfocam o processo em contexto e não simplesmente observam seu resultado.

Segundo Prates Fraga (2008 *apud* MARTINS, 2011) as questões que se referem ao modelo tradicional da *sentencing* apontam para problemáticas subliminares por fundamentarem no próprio processo de incriminação a questão da causalidade ou correlação das disparidades das penas, nas correlações estatísticas entre a decisão e os fatores que poderiam influenciar as variações das penas, que podem ser tanto fatores legais quanto extralegais. Martins (2011) chama atenção para o fato de que boa parte dos estudos, bem como das políticas de segurança se orientam por esta perspectiva de recorrerem a critérios extralegais para explicarem a decisão judicial, cita como exemplo questão de gênero, raça, religião, os locais onde os crimes se deram e a posição social e destaca que

De modo geral, a questão da teoria da *sentencing* explora a abordagem segundo a qual a compreensão dos magistrados sobre os objetivos da pena podem definir o processo de tomada de decisão. Essa seria a forma mais audaz de apresentar a dinâmica da abordagem tradicional, pois é a partir desse entendimento da forma como os juízes reagem ao processo de dissuasão e supervisão das penas que concentram as suas orientações decisórias. Os juízes podem se guiar a partir da dissuasão, se compreendem a sanção como um instrumento expiatório da sociedade, focalizando a pena na gravidade dos fatos; ou podem se orientar para supervisão das penas, quando regulam uma sanção mais individualizada, buscando o magistrado, sobretudo, influenciar o comportamento futuro do acusado (PRATES FRAGA, 2008, *apud* MARTINS, 2011, p. 121).

Os critérios legais são os limites fornecidos pela lei e pela dogmática jurídico penal e a aplicação da regra jurídica. O principal elemento da doutrina penal que se aplica neste critério serve para apontar a gravidade do fato, sendo um momento em que o juiz revela seu grau de preocupação com o caso. Os critérios extralegais,

enfocam as características dos acusados, os antecedentes criminais, o gênero, a posição social e a origem étnica. Martins (2011) arrola as seguintes categorias para sua análise dos crimes de estupro: os antecedentes criminais; as questões de gênero no crime de estupro; as classes sociais (a posição social); os grupos étnicos.

Apesar de favorecerem uma visão realista da ocorrência e de serem pertinentes para análise do crime, esta corrente não contempla os elementos que podem definir uma base mais interpretativa do ator dentro de seu contexto organizacional. As críticas severas ao modelo tradicional da *sentencing* se dirigem, sobretudo, para a falta de compreensão das ciências na lógica da construção epistemológica dos saberes práticos.

A partir de tais críticas tem-se a abordagem sociológica da *sentencing* que se apresenta da forma mais holística na análise do processo decisório, por valorizar o contexto organizacional e social, focalizar em aportes interpretativos mais amplos do que os resultados em si e por lançar mão de métodos qualitativos. Os critérios se baseiam nas características do juiz e no contexto da decisão, sendo que o primeiro busca observar fatores como características sociobiográficas e o agente como transformador da informação; o segundo leva em conta fatores como cultura jurídica e interação entre os atores envolvidos no processo. Prates Fraga (2008 *apud* MARTINS, 2013) apresenta a abordagem sociológica da *sentencing* a partir de três perspectivas, sendo elas: enquanto fenômeno contextualizado; como atividade colaborativa interacional; e, como saber prático, intuitivo. Resume-se a seguir estas perspectivas.

Sentencing enquanto fenômeno contextualizado: conforme a citada autora este fenômeno apresenta a complexidade do processo decisório em seus variados contornos, interações e paradoxos inerentes aos contextos sociais. Pode se apresentar numa dimensão macrossocial, que enfoca um contexto mais amplo do processo punitivo; ou pode se apresentar numa dimensão microssocial que enfoca uma prática localizada e colaborativa, que perpassa pela interação de atores penais, sendo cada um responsável por desempenhar um papel relevante para a decisão, a partir da construção e transmissão de informação. Ambas as dimensões integram o mesmo universo contextual, e compõem o que a autora chama de cultura jurídica.

Nas palavras de Boaventura de Souza Santos, cultura jurídica

[...] é o conjunto de orientações a valores e interesses que configuram um padrão de atitudes diante do direito e dos direitos e diante das instituições do Estado que produzem, aplicam, garantem ou violam o direito e os direitos. Nas sociedades contemporâneas, o Estado é um elemento central da cultura jurídica e nessa medida a cultura jurídica é sempre uma cultura jurídico-política e não pode ser plenamente compreendida fora do âmbito mais amplo da cultura política. Por outro lado, a cultura jurídica reside nos cidadãos e em suas organizações e, nesse sentido, é também parte integrante da cultura de cidadania. (SOUZA SANTOS, 1996, p. 19).

Beyens (2000 *apud* MARTINS, 2011, p. 134) revela a existência de uma cultura penal invisível surgida dos âmbitos corporativos dos magistrados e que circula nas redes de relações desses grupos, estabelecendo a uniformização de padrões punitivos e induzindo as tomadas de decisões pelos juízes, capazes até de dissociá-los de suas decisões preliminares sobre o fato. Rogéria Martins (2011) assevera que a etnometodologia de Harold Garfinkel fornece um caminho metodológico para investigações focadas nas práticas sociais.

Na visão da *Sentencing* que encara o processo de tomada de decisão como atividade colaborativa interacional, Prates Fraga (2008 *apud* MARTINS, 2011, p. 134) assevera que a dimensão colaborativa se estabelece a partir da transmissão das informações na dinâmica das práticas jurídicas, nas relações entre as diferentes instituições de responsabilização, criando-se um canal penal de circulação de informações, vínculos e trabalho que sistematizam uma integração entre os diferentes atores no sistema penal. De modo que o magistrado é visto como componente de um processo mais abrangente, o que leva ao compartilhamento de outras referências jurídicas para a elaboração da decisão. Já a dimensão interacional, segundo a autora, compreende os vínculos e interações entre os atores do sistema de justiça criminal na estrutura institucional, daí se observam padrões de interação e uma ordem cerimonial, dados por um mandato baseado em termos ideológicos, o que se evidencia, sobretudo nas audiências penais. A maior contribuição desta categoria se dá pela flexibilização da incidência de regras de categoria normativa no processo de decisão, e centra-se “na percepção do magistrado de que a maior parte das normativas não são imutáveis, mas podem ser contextualizadas, se projetam de diferentes maneiras dentro de um construto analítico e interpretativo particular do juiz” (MARTINS, 2011, p. 137).

Por fim a *Sentencing* como saber prático, intuitivo, segundo Sudnow (1964, *apud* MARTINS, 2011), se pauta pela ideia de que a experiência profissional desenvolve saberes práticos e estratégicos, moldados e aperfeiçoados pela prática profissional que engloba um processo de socialização capaz de diferenciar os dotados dessa experiência e os que ainda a estão adquirindo. Esta acumulação de saberes não é isenta das questões ideológicas. Sua referência está construída sobre bases empíricas do conhecimento prático e não num quadro normativo. Sob esta abordagem, o julgador não é visto apenas como um ator penal repetidor de uma doutrina, mas como quem julga a partir de sua prática profissional numa perspectiva social, de modo que o sentido que dá à lei está impregnado pelas ações e significados dos atores deste sistema.

Prates Fraga (2006) chama a atenção para o fato de que as inserções sociais do juiz e a percepção que tem de seu papel dentro deste contexto social têm destacada importância para que o pesquisador tente compreender o processo de construção das representações sociais dos magistrados e conseqüentemente da ligação estabelecida com suas práticas profissionais. A autora destaca ainda a forma de vinculação do magistrado com a realidade social, de modo que as condições estruturais da realidade podem ter um papel determinante nas representações do juiz e deveras influir em suas decisões. Sobre este aspecto, Prates Fraga (2006, p. 90) destaca que a priori um magistrado aberto aos anseios sociais seria classificado como progressista e democrático o que no universo da justiça penal se refletiria em decisões mais garantistas, menos punitivistas e mais libertárias. Contudo, esta lógica fica deturpada quando se leva em conta um contexto social que enseja a intensificação da punitividade ante os anseios por mais segurança e os temores criados pelos índices de criminalidade.

Sob o enfoque destas considerações a citada autora realizou pesquisa a partir da análise de sentenças criminais, sob o enfoque da *teory of sentencing* onde constatou que quando as teses em prol da liberdade dependiam de uma interpretação mais aberta que evocasse questões de caráter social, os julgadores se apegavam à estrita legalidade ou à necessidade de uma prova muito robusta e assim refutavam as teses. Ao contrário, quando a manutenção de prisões ou a fixação das penas ou de regimes mais graves dependiam de uma interpretação mais voltada para aspectos sociais e menos legais os julgadores então lançavam mão destes fundamentos. Assim, Prates Fraga (2006)

assevera que os juízes julgam de acordo com suas ideologias ou *habitus*, Refutando a ideia de um julgamento apegado à estrita legalidade, a autora aponta ainda que

Na verdade, o que podemos observar ao longo dessa pesquisa jurisprudencial é que não existe um “perfil do juiz”, ao menos não no que diz respeito à abertura ou hermetismo e nem no que diz respeito à aplicação formal ou flexível da lei.

O que há, na realidade é percepção do juiz de seu próprio papel dentro da sociedade, e é a partir dessa percepção que ele vai guiar seu agir e “usar” a lei como lhe foi mais conveniente: se tiver que ser formalista, ele o será, se tiver que ser flexível, ele também o será. Se tiver que negligenciar a realidade social, ele o fará; e se tiver que ser sensível a ela, ele também o será. Um mesmo juiz pode comportar todas essas posturas, que vão se moldar a partir de sua perspectiva de mundo e em função da maneira pela qual ele compreende sua função no contexto social. (PRATES FREGA, 2006, p. 118)

A autora conclui então, pela inexistência de um “perfil de juiz”, mas sim o que se destacam nas decisões são as percepções que os julgadores têm acerca de seu papel na sociedade sendo esta a principal guia que utilizam na interpretação da lei ao fato concreto. Ou seja, um mesmo juiz pode adotar postura e fundamentar sua sentença em argumentos mais ou menos sensível à realidade social a depender de suas perspectivas de mundo. E o que a autora constatou a partir de sua pesquisa, é que ambos os aspectos (estrita legalidade, ou interpretação mais aberta da lei), na grande maioria das sentenças observadas, são evocados para justificarem decisões mais repressivas e sustentarem uma ideologia de controle social.

Portanto, estudos em *sentencing*, mesmo dando ênfase à figura do magistrado, o fazem tendo em vista o contexto social no qual este se insere e encaram o processo decisório não como uma simples racionalidade técnico-científica, mas sim como “um emaranhado de valores, percepções, pressões, e visões de mundo que atravessam o julgador no momento de proferir sua decisão” (PRATES FRAGA, 2006, p. 87). O que nos permite promover a desmistificação da ideia de imparcialidade na tomada de decisão.

Em que pese nosso objeto de estudo mais específico ser a prisão preventiva e os estudos em *sentencing* apresentarem como centralidade as distinções entre as penas aplicadas ao final de um processo, esta teoria traz um relevante arcabouço e um necessário suporte para emprendermos a observação do judiciário e suas práticas.

### 3 A PESQUISA DE CAMPO

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

A orientação metodológica geral que direcionou a pesquisa foi essencialmente qualitativa, ainda que tenha utilizado de técnicas quantitativas, pautando-se pela ideia de que uma análise interpretativa é essencial para a produção de conhecimento sociológico, sendo de fundamental importância o uso de perspectivas teórico-metodológicas voltadas para este objetivo durante todo o desenvolvimento da investigação.

Nesse sentido, a pesquisa se distancia imediatamente de perspectivas positivistas segundo as quais os sentidos dos discursos dos agentes do sistema de justiça criminal seriam dados e limitados pelo conteúdo legal. Para além de questões de hermenêutica jurídica, interessa aqui observar as construções discursivas das decisões judiciais sobre prisões preventivas e as interações traçadas entre instituições do sistema de justiça criminal e indivíduos – tentando se evidenciar como as operações desses sistemas efetivamente se constroem e se transformam ao longo das práticas cotidianas. Dessa forma, a proposta de pesquisa é permeada pela ideia de que o que as pessoas percebem de forma naturalizada como “realidade” é algo construído socialmente, e que uma das tarefas da pesquisa sociológica é captar como se dá tal processo. No caso específico, isso significa que a larga utilização das prisões preventivas trazem argumentos que, interpretados sociologicamente, podem demonstrar como os agentes do sistema de justiça criminal partilham determinadas percepções de mundo extrajurídicas que se refletem nas suas decisões e práticas.

Em relação às técnicas e métodos de abordagem, serão usados procedimentos da “teoria fundamentada em dados” de Anselm Strauss (STRAUSS & CORBIN, 2008). A ideia é que, durante a pesquisa, a sistematicidade da análise seja mais importante que a rigidez: ainda que se parta de uma fundamentação na literatura sociológica sobre o tema, isso não deve impedir o objeto de pesquisa “falar por si”, de maneira que os próprios dados fundamentem a interpretação.

Orientando os métodos de pesquisa, relevantes também se fizeram as lições de Howard Becker (1994) sobre a observação participante. Afirma o autor que os

sociólogos normalmente se valem deste método quando estão interessados em compreender uma organização específica ou um problema substantivo e em muitos casos não o conhecem o bastante para que possam levantar os problemas ou hipóteses relevantes, necessitando descobri-los ao longo da pesquisa; assim a observação participante serve tanto para os casos em que se necessita descobrir as hipóteses a partir dos próprios dados coletados, quanto para os casos em que se irá a campo testar hipóteses predeterminadas. Surgindo então a questão central, que se refere ao problema de como analisar sistematicamente os dados obtidos e apresentar as conclusões de modo a convencer outros cientistas de sua validade.

BECKER (1994) arrola três razões principais para a descrição detalhada das operações analíticas realizadas na observação participante: elucidar o método para aqueles que não o dominam; dar aos que já o utilizam mais substratos para obterem uma melhor organização da pesquisa; e, o que considera mais importante, propor algumas mudanças nos procedimentos analíticos, sobretudo na forma de se relatar e tornar mais acessível ao leitor o caminho percorrido pelo pesquisador, de forma a deixar muito claro os passos dados para se chegar ao resultado apresentado ao final. Assim, inicia por chamar a atenção para o fato de que a pesquisa baseada na observação participante deve ser conduzida de forma escalonada e sequencial, empreendendo-se análises condicionais feitas durante a coleta de dados, o que sempre direcionará esta coleta é uma análise abrangente e definitiva feita, na maioria das vezes, somente após o encerramento do trabalho de campo. Com isto, o autor apresenta quatro estágios de análise, sendo três conduzidos no próprio campo e o quarto conduzido após o encerramento do trabalho de campo. Os estágios são sucessivos e interdependentes, sendo que cada um apresentará suas próprias conclusões destinadas a usos diferentes na sequência da pesquisa. Os três primeiros são: A seleção e definição de problemas, conceitos e índices; o controle sobre a frequência e a distribuição de fenômenos; e a incorporação de descobertas individuais no modelo de organização em estudo. Já o quarto estágio, de análise final, envolve os problemas de apresentação das evidências e provas.

### 3.2 A PRISÃO PREVENTIVA NO CAMINHO INSTITUCIONAL: O FLUXO PROCESSUAL

Conhecer o caminho percorrido por um caso criminal junto às Instituições fez-se imprescindível para a observação e análise dos processos. Lopes Jr (2012) destaca que de modo geral, existem duas formas de se começar uma investigação e um processo penal. A primeira se dá com a prisão do autor do crime, durante ou logo após a prática, sendo o chamado flagrante delito. Este sujeito será então preso e levado imediatamente perante a autoridade policial que poderá ratificar (reconhecer suas formalidades) ou não o flagrante, sendo ratificado, a prisão deverá ser imediatamente comunicada ao juiz que poderá tomar três decisões: não ratificar e relaxar a prisão, ratificar o flagrante, reconhecendo que foi feito nos parâmetros da legalidade, mas conceder a liberdade provisória para que o sujeito seja investigado e posteriormente processado em liberdade e por fim pode converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. A segunda forma de se iniciar uma investigação no processo penal é quando a autoridade policial toma conhecimento de que um crime foi praticado, então ela instaura uma investigação policial para se apurar a notícia da prática. Após concluir a investigação deve encaminhá-la ao Judiciário, este por sua vez, encaminhará ao Ministério Público para que tome as providências cabíveis sendo estas: oferecer denúncia dando início ao processo penal propriamente dito, requerer novas diligências investigativas caso entenda necessário para a comprovação do delito ou pedir o arquivamento do caso por entender que o mesmo não constitui um crime.

Segundo Lopes Jr (2012), após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público o Juiz pode não aceitá-la, ou aceitá-la dando início à ação penal. Nesta hipótese o Magistrado mandará citar o acusado para que tome ciência e apresente sua defesa inicial, após a análise desta, entendendo pelo prosseguimento do processo, o juiz designará data para audiência de instrução e julgamento, onde se produzirá provas e se ouvirá testemunhas, encerrada a instrução o Ministério Público e a defesa técnica do réu fazem suas alegações finais e o processo segue para que o juiz sentencie. As partes poderão recorrer desta sentença o que levará o caso para ser apreciado pela segunda instância.

Ao dissertar sobre o fluxo do sistema de justiça criminal brasileiro RIBEIRO e SILVA (2010) apontam para o fato de que a problemática atual destes sistemas está focada na capacidade de processar adequadamente os delitos que chegam ao seu conhecimento. Portanto, investigações que visam à análise da produção decisória

das instituições que integram o sistema de justiça criminal surgem como análises de especial relevância, por possibilitarem uma medição da eficiência por meio de cálculo do percentual de casos que, uma vez registrados na polícia, conseguem transpor as diversas fases organizacionais até, por exemplo, se chegar numa decisão final ou mesmo numa efetiva aplicação de pena.

Para estes estudos, as fontes dos dados a serem investigados se apresentam como ponto de especial importância. Pois o Brasil “não conta com um organismo federal responsável pela coleta e organização de informações sobre o processamento dos delitos” (RIBEIRO e SILVA, 2010, p.15). Fato que se torna mais preocupante quando se tem em conta que cada uma das instituições que compõem o sistema de justiça criminal produz sua própria modalidade de informações, consolidadas em distintos documentos, fato que, por sua vez, muitas vezes torna inviável o acompanhamento do processamento do delito desde a ocorrência até a sua sentença.

Em que pesem alguns complicadores, a análise dessas informações é extremamente relevante para a avaliação das atividades realizadas pelas instituições que compõem o sistema de justiça criminal, sobre um aspecto mais fundamental referente à concretização da ideia de justiça, no sentido de “não deixar que nenhuma lesão a direito, ou ameaça de lesão a direito, permaneça sem apreciação do sistema de justiça criminal” (RIBEIRO; SILVA, 2010, p.16). A partir das taxas, os estudos sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal podem repassar os caminhos de processamento dos crimes e verificar em que medida ou em que ponto pode se observar um formato de funil, que evidenciam a existência de muitos casos começados e poucos terminados. A reconstituição do fluxo processual é importante por demonstrar que quanto maior a diferença entre início e fim, maior será a ideia de impunidade, pois isso pode estar indicando que um grande número de lesões ocorre sem que haja a necessária apreciação judicial. Assim, segundo as autoras, estes números representariam a melhor avaliação sobre a eficácia da capacidade dissuasória do sistema uma vez que para a certeza (ou não) da punição.

As autoras chamam a atenção para o fato de que crimes diferenciados podem suscitar modalidades distintas de processamento. Portanto, para além da escolha da estratégia a ser utilizada em termos de coleta de dados, o investigador deve se preocupar em definir o delito cujo fluxo será reconstituído, posto que não é possível

avaliar o funcionamento do sistema de justiça criminal a partir de um tratamento dado para todos os crimes conjuntamente.

Como demonstração de um estudo de fluxo de Justiça as autoras apresentam um quadro que relaciona os boletins de ocorrência registrados por cada tipo penal e a subsequente conversão desses boletins de ocorrência em inquéritos policiais, em pesquisa formulada por Sérgio Adorno (2008) junto à 3ª Seccional de Polícia situada na região noroeste da cidade de São Paulo, no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1997, nela se destaca o baixo número de casos levados à diante conforme se observa:

Tabela 3 – Total de Boletins de Ocorrência registrados, total de Boletins de ocorrência (BOs) convertidos em inquéritos policiais distribuídos segundo o grupo de classificação e natureza do crime

<b>Grupo/natureza</b>	<b>Total de BOs</b>	<b>Total BOs Convertidos</b>	<b>%</b>
Crimes não-violentos	211832	8216	3,88
Furto	202632	6553	3,23
Furto qualificado	7811	414	5,30
Uso de entorpecentes	1389	1249	89,92
Crimes violentos	117418	9553	8,14
Estupro	1630	364	22,33
Homicídio	4913	2954	60,13
Roubo	109831	5362	4,88
Latrocínio	372	250	67,20
Tráfico de entorpecentes	672	623	92,71
Ocorrências não-criminais	15517	1139	7,34
Encontro de cadáver	167	105	62,87
Morte a esclarecer	1618	500	30,90
Resistência seguida de morte	82	68	82,93
Verificação de óbito	13650	466	3,41
<b>Total</b>	<b>344767</b>	<b>18908</b>	<b>5,48</b>

Fonte: Adorno (2008 *apud* RIBEIRO e SILVA, 2010, p.23)

Após um grande inventário sobre estudos de fluxo de justiça criminal realizados no Brasil, as autoras chamam a atenção para o importante fato observado no

sentido de que a maior filtragem ocorre na fase policial, apontando para os dados que dizem que apenas 20% do total de casos de homicídios dolosos noticiados às instituições policiais saíram com a sua autoria esclarecida no período compreendido entre os anos de 1990 e 2005. Apesar das metodologias diferenciadas empregadas em cada estudo, observa-se considerável regularidade nas conclusões no tocante à lógica de funcionamento do sistema de justiça criminal, sobretudo com relação ao delito de homicídio doloso, onde os índices que apontam para o desfecho dos processos e principalmente para as hipóteses de condenação serem bem semelhantes, independente da localidade em questão. Portanto como os resultados são semelhantes, independente da localidade em questão, é possível afirmar que uma grande parcela dos casos registrados pela polícia não é processada pelas agências seguintes.

As autoras asseveram que, embora muito enriquecedoras e de fato muito pertinentes, a revisão dos estudos referentes ao tema do “fluxo do sistema de justiça criminal” apontam uma demasiada preocupação de seus autores com a simples medição da proporção de casos ocorridos e casos levados até o final, sem, contudo, se procurarem compreender as possíveis causas que fizeram com que estes passem de uma fase a outra, bem como as possíveis causas que fizeram com que outros permanecessem emperrados e completam o raciocínio

Aliás, esse é um dos maiores problemas desse tipo de estudo, uma vez que apenas conhecer o número de casos que alcança um desfecho final não fornece os subsídios necessários para a implementação de uma política que viabilize a redução do que os próprios autores denominam como ineficiência do sistema. Para saber quais causas de um reduzido número de casos alcançaram a fase de sentença seria necessário realizar uma análise mais detalhada dos determinantes da passagem do caso de uma fase a outra ou de uma organização a outra. (RIBEIRO; SILVA, 2010, p. 26)

Chamam a atenção para o fato de que os estudos que possuem bases de dados organizadas longitudinalmente necessitam buscar com mais afinco a investigação sobre que determina as mudanças de etapas, ou seja, ao observarem que o caso evoluiu de uma fase a outra, deveriam buscar apontar os fatores que fizeram com que ele continuasse a ser processado pelo sistema de justiça criminal. Enfatizam a importância deste aspecto uma vez que compreendendo quais são os fatores de estrangulamento do sistema, proposições mais eficazes e intervenções mais pertinentes se realizarão, permitindo que um número maior de casos flua pelas fases. O que segundo RIBEIRO e

SILVA (2010) poderia representar uma redução na perda progressiva de casos ao longo do processamento de crimes pelo sistema de justiça criminal brasileiro. E concluem que “caso a revisão desses estudos seja organizada de maneira sistemática, tal como realizado por este artigo, torna-se mais fácil repensar o problema, posto a evidência da carência de análises com esse tipo de preocupação” (RIBEIRO; SILVA, 2010, p. 26).

### 3.3 DELIMITANDO OS CONTORNOS DA PESQUISA

A fim de se fazer uma investigação *in loco* sobre a prisão preventiva, o primeiro passo foi a decisão de abordá-la com enfoque na instituição responsável por decretá-la (Poder Judiciário) e atento aos prazos exigidos pelo programa, necessário se fez um recorte bem delimitado sobre o objeto a ser observado. Assim, optou-se por uma investigação no Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, a partir de uma Vara Criminal na comarca de Juiz de Fora, a fim de se observar processos penais referentes a um tipo penal no qual se sabe, por meio de outras pesquisas, concentram grande parte dos números de presos, os casos também estão limitados por um lapso temporal de dois anos. Estas delimitações se justificam a seguir.

Quanto ao tipo penal, optou-se por investigar apenas os processos que envolvam crimes de tráfico de drogas, uma vez que os dados, a nível nacional e estadual, demonstram existir neste crime a maior concentração de decretos prisionais. Segundo pesquisa do Ministério da Justiça (2014), no Brasil, nota-se que 55.920 pessoas estão presas por tráfico, entre condenados e presos provisórios. Dentre estes, 50.014 homens e 5.906 mulheres.

Conforme aponta Bitencourt (2012, p. 98-105) o crime de tráfico de drogas não tem uma vítima específica, bem como não apresenta o fator violência contra pessoa, quanto a sua consumação a doutrina penal o classifica como um crime permanente, ou seja, enquanto o sujeito estiver portando, transportando e ou vendendo a droga ele estará ininterruptamente praticando o crime, desta forma estará em constante flagrante delicto. Tais ensinamentos contribuíram na orientação da observação dos processos e as dinâmicas dos fatos que os embasam, bem como na observação dos decretos prisionais.

A fim de se ter um considerável lapso temporal, que permita uma base comparativa, delimitou-se a investigação num período de dois anos compreendidos

entre as datas de primeiro de janeiro de 2014 e 31 de Dezembro de 2015, então se buscou identificar todos os processos referentes ao crime de tráfico de drogas distribuídos nesse período. Por distribuição do processo entende-se como sendo o ato de se ingressar com a denúncia junto ao Poder Judiciário, sendo que a denúncia é a peça processual que inaugura uma ação penal pública, de titularidade exclusiva do Ministério Público, conforme LOPES JR (2012).

Decidiu-se também por se concentrar a investigação em uma das varas criminais da Justiça Estadual na Comarca de Juiz de Fora – MG, sendo escolhida a 4ª Vara Criminal por uma questão de oportunidade, conforme se explica na subseção seguinte. Sobre este aspecto algumas considerações precisam ser feitas. Conforme se pôde apurar na pesquisa, a Justiça Estadual na Comarca de Juiz de Fora, em sua competência criminal, está dividida em oito varas, sendo uma com competência exclusiva para os ritos de Tribunal do Júri (que julga apenas os crimes dolosos contra a vida); uma Vara com competência exclusiva para as execuções criminais (recebe apenas processos referentes a pessoas que devem cumprir penas); duas Varas de Juizado Especial Criminal com competência exclusiva para julgar crimes de menor potencial ofensivo (sendo aqueles cuja pena máxima não ultrapassa dois (02) anos). Por fim, quatro varas com competência para julgamento dos demais crimes de rito processual ordinário e ritos previstos em legislações específicas.

Assim, os crimes de tráfico de drogas, de competência da Justiça Estadual na comarca de Juiz de Fora – MG, objeto desta pesquisa, são todos direcionados para uma destas quatro Varas Criminais, sendo importante salientar que estes crimes são distribuídos aleatoriamente, ou seja, passam por um sistema de sorteio que distribui proporcionalmente os crimes para cada uma das varas responsáveis. Destaque-se ainda que a primeira vez que um caso criminal chega ao Judiciário, seja por meio da comunicação de um flagrante seja por meio de um inquérito policial, ele é distribuído aleatoriamente a uma das varas competentes e esta primeira distribuição marca o que a doutrina processual penal chama de prevenção de competência, que significa a vinculação dos casos à Vara Criminal, de modo que o primeiro contato com o caso fixa a competência para a análise deste até o seu encerramento, conforme LOPES JR. (2012). Em outras palavras, por exemplo, se uma prisão em flagrante foi comunicada ao

juiz da 4ª Vara, este se torna prevento para receber o inquérito remetido pela Polícia, a denúncia formulada pelo Ministério Público e para julgar o caso.

Portanto, decidiu-se concentrar os estudos em uma das Varas, por uma questão de adequação do tempo de pesquisa, e pela certeza de que qualquer uma destas Varas poderia preencher os critérios para uma pesquisa por amostragem.

### 3.4 IMERSÃO NO CAMPO DE PESQUISA

Inicialmente buscou-se contato com o Juiz da Vara de Execuções Criminais, o qual nos recebeu e após expormos sobre a pesquisa e argumentarmos sobre a necessidade de observar os processos e as decisões referentes às prisões preventivas, este asseverou que nos processos de execução penal não existiam maiores detalhes sobre decisões de prisões preventivas, tampouco sobre o início da investigação, posto que para aquela vara só eram encaminhadas cópias de dados mais objetivos referentes à condenação e ao efetivo cumprimento de pena, sendo que as informações mais relevantes para a pesquisa só poderiam ser observadas nos processos que se destinaram à formação de culpa dos réus e tais processos estariam ainda nas Varas Criminais ou após encerrados eram encaminhados para o arquivo que fica na capital do Estado.

Este juiz então, solicitamente sugeriu que procurássemos e inclusive intermediou nosso primeiro contato com o juiz da 4ª Vara Criminal, informando que tinha uma boa relação com o mesmo e que o fato de ser professor universitário poderia facilitar sua compreensão sobre a importância da pesquisa acadêmica e o acesso aos documentos.

Em contato com o juiz da 4ª Vara Criminal, após explanarmos sucintamente sobre as práticas necessárias e os objetivos da pesquisa, este consentiu o acesso aos processos, solicitando apenas que o pedido fosse formalizado em documento escrito e oficial.

Após a formulação deste documento, nos dirigimos para um segundo contato com o Juiz. Este recebeu o pedido e escreveu na própria folha (como posteriormente se observou ser de costume fazer nas petições processuais) que autorizava o acesso aos processos, devendo se tomar as cautelas de praxe, esta expressão nos deixou com certa dúvida, mas posteriormente foi esclarecido pelo

escrivão se tratar de um costume e que deveria se referir, por exemplo, à impossibilidade de visualizarmos autos de processos com sigilo decretado pelo juiz. Em seguida, o juiz nos encaminhou para contato com o escrivão daquela vara criminal e inclusive disse que combinássemos com esse a melhor forma de acessarmos os processos. No momento em que o juiz fez as apresentações ao escrivão, informando sobre a pesquisa que demandaria a investigação de processos penais, fez uma brincadeira, disse para o escrivão: - “aí você aproveita que ele estará mexendo nos processos e vai pedindo para ir fazendo juntadas e ir dando andamento nos autos”. Isto aliado com o grande volume de autos de processos que observamos na pequena sala do escrivão, sua mesa abarrotada de pilhas de processos que, sem exageros, chegavam próximas ao teto, já nos passou uma ideia do acúmulo de casos que ali havia.

Feita esta apresentação o juiz entregou ao escrivão o documento no qual deferiu o pedido de acesso aos autos, retirou-se do local e retomou suas atividades na sala de audiência, nos deixando a sós. O escrivão tirou uma cópia do documento e me devolveu. Percebi que num primeiro momento ele ficou um pouco reticente com minha presença, mas quando fui explanando sobre minha pesquisa e meus objetivos ele foi se interessando pela questão. Quando o informei que concentraria minhas buscas apenas em processos de tráfico de drogas ele disse que achava ser possível fazer uma seleção pelo sistema de cadastro eletrônico, mas que de pronto não saberia o que fazer, então pediu que o procurássemos na semana seguinte.

Em novo contato com o escrivão este nos informou que ainda não havia tido tempo de buscar a lista de processos que precisávamos, então pediu que voltássemos na outra semana. Esperamos esse tempo e retornamos, ao que fomos informados que o escrivão estava de licença saúde, mas que não deveria demorar a retornar às suas atividades, então voltamos na semana seguinte e ele nos recebeu, porém informou que não havia conseguido filtrar os processos que precisávamos. Então propôs que o procurássemos após o horário de expediente (18h), para que ele pudesse sentar conosco e nos ensinar a operar o sistema cadastral para que nós mesmos fizéssemos as buscas necessárias, ficando agendado para o dia seguinte.

### **3.4.1 O acesso aos processos**

Ao retornarmos à 4ª vara criminal, o escrivão nos recebeu gentilmente e disse que não teria como fazer uma busca de modo a filtrar imediatamente todos os processos que desejássemos, porém ele permitiria que fôssemos pesquisando um a um no sistema e pegando os processos físicos que nos interessasse, disse ainda que sempre ficava depois do expediente, das 18h até aproximadamente às 20h e se dispôs a nos receber todos os dias neste horário argumentando que assim poderia nos dar mais atenção, ao passo que nossa presença não atrapalharia o regular funcionamento da secretaria.

O escrivão se assentou conosco perante um computador em sua sala e começou a passar as instruções básicas para se operar consultas no cadastro informatizado de processos. Disse que acreditava que os processos de tráfico apresentariam uma enorme quantidade e por isso seriam mais difíceis de identificá-los. Inicialmente pôde-se observar que existiam nada menos do que 4.795 processos distribuídos no lapso temporal de interesse da pesquisa (de primeiro de janeiro de 2014 até 31 de dezembro de 2015). A grande quantidade de processos no primeiro momento assustou, mas depois constatamos que a maioria deles não se tratava de ações penais propriamente ditas ou ações condenatórias, referiam-se, por exemplo, a pedidos de restituição de bens apreendidos, muitos se tratavam de pedidos de medidas protetivas no âmbito da violência doméstica, as próprias prisões em flagrante, os pedidos de liberdade e mesmo os inquéritos policiais que posteriormente eram todos anexados à ação penal principal, cada um destes estavam cadastrados como processos individuais e em muito aumentavam a contagem total de processos. Constata-se que com exceção das medidas protetivas, a maioria se referia a processos que não demandam um trabalho tão grande como necessário num processo criminal propriamente dito, que concentra audiências, intimações e se instaura uma disputa entre partes adversas, naqueles isto não se opera.

O cadastro eletrônico nos permitia uma busca mais refinada a partir do registro do processo, onde se observou que os processos de tráfico já são registrados separadamente com a rubrica "Proc Especial Lei de tóxicos" o que, contrariando as expectativas do escrivão, permitiu a imediata identificação de 124 processos referentes a este crime, distribuídos no lapso temporal da pesquisa. Nesta busca, nos surpreendemos ao nos depararmos com mais 31 processos de tráfico cadastrados na classificação geral "Ação Penal – Proc Ordinário". Alguns por erro, provavelmente da pessoa que registrou

e outros por cumularemos acusações de tráfico de drogas com acusações que evocam o rito processual ordinário, tal como porte ilegal de arma de fogo. Este fato levantou a preocupação de não se poder confiar nas informações prontamente obtidas pelo cadastro, porém não se observou outras falhas e nem se logrou êxito em localizar outros processos de interesse da pesquisa, para além dos que ali se identificou.

Assim, delimitamos os 155 processos de tráfico de drogas, distribuídos à 4ª Vara Criminal, entre primeiro de janeiro de 2014 e 31 de dezembro de 2015.

A partir daí passou-se a empreender a busca individualizada em cada processo por três formas distintas: a busca nos autos “físicos” do processo, junto à secretaria da 4ª Vara criminal, a busca mais detalhada no cadastro eletrônico do judiciário e a pesquisa dos dados virtuais disponibilizados no sistema de consulta processual aberto ao público no sítio virtual do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Importante frisar que, inicialmente subestimada, esta via de acesso aos dados do processo se revelou uma importante ferramenta da pesquisa ante a possibilidade de se consultar a qualquer tempo e local, sendo ali disponibilizadas informações relevantíssimas tais como, por exemplo, o inteiro teor de muitas sentenças condenatórias.

As buscas e a análise dos processos se encerraram no mês de dezembro de 2016. O período em que estivemos em contato direto com a 4ª Vara Criminal foi aproveitado não só nas buscas de processos, mas no estabelecimento de uma maior proximidade, sobretudo com o escrivão com quem tínhamos um contato mais direto, de forma que pudemos compreender alguns aspectos relevantes sobre o funcionamento daquela repartição, bem como observamos alguns aspectos do espaço físico em si, como o acúmulo de processos por todos os lugares. Em posse do material recolhido passou-se a fazer a análise quantitativa e qualitativa dos dados. A seguir resumem-se estes aspectos sobre o funcionamento da Vara Criminal, para em seguida se apresentar alguns dados mais objetivos extraídos dos processos:

### **3.4.2 Breve descrição sobre a disposição humana e física da 4ª Vara Criminal**

Durante o tempo que se esteve pesquisando os processos foi possível observar alguns detalhes sobre o funcionamento e estruturação da vara criminal. Ela é composta por um juiz, uma assessora do juiz, um escrivão, cinco oficiais de Justiça e quatro estagiários. Foi possível observar uma hierarquia onde o juiz se apresenta como o maior responsável por toda a vara criminal, porém não toma parte dos assuntos e atribuições da secretaria, suas atribuições principais se concentram em presidir as audiências dos processos e a proferir decisões; à sua assessora compete, sobretudo o auxílio na redação das decisões; o escrivão é o responsável maior pelo funcionamento da secretaria, sendo que alguns atos no processo são de sua exclusividade, quaisquer problemas ou dúvidas que os oficiais tenham são trazidos a ele; aos cinco funcionários, chamados genericamente de oficiais de justiça, cabe a responsabilidade imediata pela tramitação dos processos na secretaria, tais como autuar e dar andamento aos processos, encaminhar ofícios como ordens de prisão ou alvarás de soltura a outros órgãos, expedir intimações, enviar atos para publicação no diário oficial, ajudar ao juiz nas audiências, atender ao público, em sua maioria composto por jurisdicionados e seus advogados que buscam informações sobre seus processos junto ao balcão da secretaria, bem como funcionários do Ministério Público e da Defensoria Pública que buscam e trazem processos continuamente; pode-se observar ainda que os estagiários oferecem um grande suporte ao funcionamento da Vara Criminal sobretudo nas atribuições dos oficiais de justiça.

Quanto ao espaço físico observam-se as dimensões aproximadas de 6 metros de largura por 20 metros de comprimento, dividido longitudinalmente entre os seguintes compartimentos e nesta ordem: gabinete individual do juiz, sala de audiências, espaço da secretaria onde ficam os processos e o balcão de atendimento ao público externo, e uma pequena sala, contígua à secretaria e sem barreiras como porta que as separem, onde se acomoda o escrivão, há ainda um banheiro e uma pia externa, local utilizado para se fazer lanche. Chama muito a atenção o grande volume de autos de processos acumulados por todos os locais, as diversas prateleiras existentes não dão conta de comportar todos, então eles estão empilhados em mesas e até no chão.

### 3.5 APRESENTAÇÃO GERAL DOS PROCESSOS.

### 3.5.1 Dados numéricos

O número total de processos distribuídos à 4ª Vara Criminal entre primeiro de janeiro de 2014 e 31 de dezembro de 2015, foi de 4.795 processos. Conforme já se explanou, nesta conta inclui-se desde pedidos de restituição de bens apreendidos, pedidos de medida protetiva (o que se observou haver em grande volume), até as ações penais propriamente ditas, chamadas ações condenatórias, conforme Lopes Jr. (2012). Destes processos é que se extraiu o material da pesquisa, 155 processos de tráfico de drogas distribuídos num período de dois anos. Apresenta-se a seguir uma síntese dos números que se evidenciaram nestes processos. Optou-se por tomar como referencial os processos e não os réus, e sobre este aspecto é preciso destacar que existem processos com mais de um réu e que este fato pode fazer com que um único caso ocupe mais de um critério, por exemplo no critério “processos com condenação” e “processos com absolvição”, uma sentença pode contemplar a ambos quando aprecia a conduta de duas ou mais pessoas.

Tabela 4 - Quadro geral comparativo sintetizando os dados objetivos

<b>Referências</b>	<b>Número de processos</b>	<b>% dos processos</b>
<b>Total de processos</b>	<b>155</b>	<b>100%</b>
<b>Iniciados por flagrante</b>	<b>139</b>	<b>89,1%</b>
<b>Iniciados por investigação</b>	<b>16</b>	<b>10,9%</b>
<b>Flagrantes convertidos em preventiva</b>	<b>128</b>	<b>92%</b>
<b>Preventivas decretadas nos processos iniciados por investigação</b>	<b>01</b>	<b>6,25%</b>
<b>liberdade concedida ao longo do processo</b>	<b>28</b>	<b>20%</b>
<b>Processos com pedidos de liberdade negados</b>	<b>121</b>	<b>78%</b>
<b>Processos que já têm sentença</b>	<b>126</b>	<b>81,3</b>
<b>Processos que já têm sentença, com condenação</b>	<b>116</b>	<b>92%</b>
<b>Processos que já têm sentença, com absolvição</b>	<b>19</b>	<b>15%</b>

<b>Processos que não chegaram à sentença</b>	<b>29</b>	<b>18,7%</b>
<b>Tempo médio entre a prisão em flagrante e a remessa do inquérito à justiça (com réu preso)</b>	<b>34 dias</b>	
<b>Tempo médio decorrido entre distribuição da denúncia e sentença (com réu preso)</b>	<b>06 meses e 13 dias</b>	
<b>Tempo médio entre distribuição da denúncia até a marcação da audiência (com réu solto)*</b>	<b>3 anos e 02 meses</b>	

\* Os processos com réus soltos ainda não se encerraram, estão com audiências agendadas para datas futuras.

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG.

Chamou-nos a atenção o início ou a entrada do caso no sistema de justiça criminal. Neste aspecto, os 155 processos em que os acusados respondiam pelo crime de tráfico de drogas, 139 processos tiveram início com prisões em flagrante (89,1%) e apenas 16 processos iniciaram em decorrência de investigação policial (10,9%). Dos processos que se iniciaram pelo flagrante, em 128 (92%) se observou a conversão em preventiva. Verifica-se uma conversão maciça de prisão em flagrante em prisão preventiva.

Dos 16 processos que se iniciaram em decorrência de investigação policial, em apenas um (01) processo (6,25%) houve a decretação da prisão preventiva em seu decurso. No que tange aos pedidos de liberdade deferidos ao longo do processo, seja por *habeas corpus* concedido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, seja pelo juiz de primeira instância por considerar que não estão mais presentes os requisitos autorizativos da prisão preventiva, foram observados os seguintes resultados: 28 processos (do total de 139 processos com acusados presos) tiveram pedidos de liberdade aceitos, o que corresponde a aproximadamente 20% do total dos processos. Em 121 processos os pedidos de liberdade foram negados. Novamente, insta salientar que há processos com mais de um réu, onde um teve o pedido de liberdade aceito e outro teve o pedido de liberdade negado. Baseando-se nestes dados, pode-se afirmar que na grande maioria dos processos os pedidos de liberdade são indeferidos.

Até o momento final da coleta de dados (dezembro de 2016), dos 155 processos acompanhados, 126 foram sentenciados. Destes, em 116 processos se observou sentenças condenatórias (92%), todos com réus respondendo ao processo presos. Em apenas um processo o réu respondeu parcialmente em preso, pois teve sua liberdade concedida na audiência de instrução.

Dezenove processos apresentaram absolvições (15%). Ressalte-se que há processos com mais de um réu, portanto um mesmo processo pode apresentar condenação e absolvição. Destaca-se que somente em 04 processos os réus absolvidos responderam integralmente em liberdade, em 02 processos os réus foram soltos ao longo do processo e em 12 processos os réus ficaram presos até a sentença absolutória ser proferida. Especificamente em um caso, o tempo da prisão cautelar ultrapassou o período de um ano.

Convém mencionar que dos 29 processos que ainda não chegaram à fase de sentença, grande parte se refere a processos distribuídos no final de 2015, embora grande parte esteja em fase muito próxima à sentença; a outra parte destes processos corresponde aos que estão com todos os réus soltos, sendo que nestes as audiências estão marcadas para datas muito distantes, em muitos casos foram agendadas para o ano de 2018.

Esta observação nos permitiu demarcar duas categorias principais: processos com réus presos e processos com réus soltos. Nos processos com réus presos, com relação ao tempo médio gasto entre a data prisão em flagrante e a conclusão da investigação e a remessa do inquérito policial à Justiça, os processos apresentaram um lapso temporal médio de 34 dias. Tempo bem inferior ao apontado por outras pesquisas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015; IDDD, 2016). O tempo médio de duração do processo de réu preso na 1ª instância, entre a data de distribuição e a sentença foi de 06 meses e 13 dias (foram excluídos da amostragem os processos que ainda não chegaram à fase de sentença). Já nos processos com réus soltos o tempo médio aproximado de duração, entre data de distribuição e data em que a AIJ foi marcada é de aproximadamente 03 anos e 2 meses.

A análise despertou a atenção para o fato de os processos com réus presos terem prioridade de tramitação sobre os demais. Foi possível observar uma considerável

regularidade no tempo gasto nos processos, tanto nos processos com réu preso quanto nos processos com réu solto.

No que tange ao mapeamento do número de réus por processo e o gênero dos mesmos, chegou-se aos seguintes dados, a partir da totalidade de 155 processos:

Tabela 5 - Gênero e Número de réus por processo:

<b>Número de réus por processo</b>	<b>Número de processos com réus do sexo Masculino</b>	<b>Número de processos com réus do sexo Feminino</b>	<b>Total de processos</b>
<b>1</b>	92	6	98
<b>2</b>	36	9*	37
<b>3</b>	11	3**	11
<b>4 ou mais</b>	9	5**	9

\* apenas em um processo havia duas mulheres, nos outro eram uma mulher e um homem.

\*\* neste havia homens e mulheres mesclado.

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG.

### **3.5.2 Dados práticos observados: considerações gerais para a compreensão do fenômeno da prisão preventiva**

Apresenta-se nesta subseção temas que emergiram dos 155 processos coletados, cujo estudo do caso único serviu para ilustrar o que foi verificado. Não são tópicos advindos da teoria, mas que se despontaram das observações tais como o conteúdo e as formas repetitivas e automatizadas das decisões judiciais, os termos que se repetiram à exaustão, algumas dinâmicas processuais e dos casos que lhes dão origem, bem como apontamentos sobre os atores do sistema de justiça criminal.

Foi possível observar uma constância, uma padronização das estruturas dos processos, que envolviam em sua grande maioria casos de baixa complexidade, onde as audiências se resumiam ao depoimento de um ou dois policiais envolvidos com a prisão e ao interrogatório do réu, estes elementos aliados às perícias realizadas na droga, ainda na fase de inquérito, eram suficientes para se encerrar a fase de instrução probatória e em grande parte se condenar o acusado. Assim viu-se que os processos, sobretudo aqueles com réus presos seguem um fluxo voltado para a condenação e não para a

análise pormenorizada, que implique num confronto de provas e contraprovas e num debate entre partes que disputam teses divergentes. A maioria dos processos assume um viés unidirecional, onde o juiz se posta como um administrador e um garantidor da reprodução dos fatos que levarão à condenação e a prisão preventiva serve como baliza.

Após a análise dos processos de tráfico, concentradas nas decisões de prisão preventiva, analisando-se também depoimentos e a denúncia formulada pelo Ministério Público, bem como sentenças condenatórias quando existentes, pôde-se observar que todos apresentam dinâmicas muito parecidas, a grande maioria se refere a pequenas apreensões de maconha, crack e cocaína, em geral realizadas nos bairros periféricos do município.

Em todas as decisões que converteram prisões em flagrante em prisões preventivas, o fundamento da garantia da ordem pública foi invocado, bem como foi ressaltado a sua equiparação a crime hediondo. Observou-se uma constância nos termos, expressões que a fundamentam, ficando bem claro que a forma de se redigir a decisão se dá a partir de um modelo já pronto, ou de uma decisão preexistente que é tomada por base, promovendo-se apenas pequenas alterações, sobretudo nos dados de identificação dos presos e do processo. Expressões genéricas como “a gravidade do delito”, “crime que vem assolando a sociedade” são as mais destacadas. Portanto não há uma individualização dos decretos de prisões preventivas.

Conforme se destacou, a grande maioria dos processos por tráfico de drogas se inicia por prisões em flagrante, efetuadas pela Polícia Militar, e em alguns casos também pela própria Polícia Civil, que somente após esta operação é que dá início formal à investigação. Numa análise mais detida dos depoimentos dos policiais constata-se que em muitos casos a polícia já tinha informações prévias sobre a existência do tráfico de drogas nos locais das abordagens, porém preferem não formalizar uma investigação, a partir da qual poderiam solicitar ao Judiciário mandados de busca e até mandados de prisões preventivas, optam por efetuar as prisões em flagrante para que só então deem início ao inquérito. Este dado evidencia que a Polícia Civil tem uma predileção por operar a partir da prisão.

Cabe salientar que a grande maioria das conversões do flagrante em preventiva e da negativa dos pedidos de liberdade pelo juiz de primeira instância são ratificados pelo Tribunal. Tanto nos autos dos processos quanto pelo sistema de

consulta virtual observou-se informações sobre muitos *habeas corpus* impetrados, sendo a maioria negado. Chamou-nos atenção também, a prática da manutenção da prisão preventiva na fase de sentença condenatória sem trânsito em julgado. Igualmente se percebeu um automatismo nas sentenças condenatórias, que sempre fazem menção ao fato de o réu estar preso preventivamente e ou de ter sido preso em flagrante, conforme se infere das transcrições de trechos:

TRECHO DA SENTENÇA: “[...]Tendo em vista a natureza do delito, equiparado ao crime hediondo (inclusive pela Súmula 512 do STJ), considerando que o acusado foi preso em flagrante e responderam ao processo, acautelado, à disposição deste juízo, tratando-se de crime insuscetível de fiança e liberdade provisória, à vista do disposto no art. 5º, XLIII da Constituição Federal, art.2º, II da Lei 8.072/90 e artigo 44 da Lei 11.343/06 (ainda em pleno vigor, não obstante entendimentos no sentido de sua inconstitucionalidade), presentes portanto os requisitos autorizativos do recolhimento cautelar do acusado, conforme inclusive ressaltado por V. ACÓRDÃO DO TJMG QUE DENEGOU ORDEM DE "HABEAS CORPUS" AO ACUSADO (fls. 44/47), observando-se patentes os preceitos do art.312 do CPP, **deixo de conceder ao condenado o direito de recorrer desta sentença em liberdade**, determinando que seja recomendado na cadeia pública em que se encontra.” (TJMG, processo: 002591057.2014.8.13.0145, 2014) (grifo nosso)

Em outra sentença pode se observar que o texto é basicamente o mesmo:

TRECHO DA SENTENÇA: “[...]Tendo em vista a natureza do delito, equiparado ao crime hediondo (inclusive pela Súmula 512 do STJ), considerando que o acusado foi preso em flagrante e respondeu ao processo acautelado, à disposição deste Juízo, tratando-se de crime insuscetível de fiança e liberdade provisória, à vista do disposto no art. 5º, XLIII da Constituição Federal, art.2º, II da Lei 8.072/90 e artigo 44 da Lei 11.343/06 (ainda em pleno vigor, não obstante entendimentos no sentido de sua inconstitucionalidade), presentes portanto os requisitos autorizativos do recolhimento cautelar do acusado, conforme inclusive ressaltado por V. ACÓRDÃO DO TJMG QUE DENEGOU ORDEM DE "HABEAS CORPUS" AO ACUSADO (fls. 33/39vº), observando-se patentes os preceitos do art.312 do CPP, **deixo de conceder ao condenado o direito de recorrer desta sentença em liberdade**, determinando que seja recomendado na cadeia pública em que se encontra.” (TJMG, processo nº: 007201813.2015.8.13.0145) (grifo nosso)

Além do automatismo das sentenças condenatórias, foi constatado ainda que réus que respondem ao processo presos e são condenados a penas não tão altas, mas com aplicação de regime fechado, são incluídos automaticamente na execução da pena, onde o juiz determina que seja expedida guia de execução provisória. Isto significa que

mesmo que recorram da condenação, uma vez que o juiz determinou a manutenção da prisão preventiva, a pena aplicada na sentença poderá ser executada, o que pode em certa medida trazer benefícios ao sujeito, tais como a possibilidades de remissão de pena pelo trabalho e mesmo a progressão de regime. Neste ponto há um misto de prisão preventiva e prisão por pena. Nos processos em que o réu respondeu ao processo preso preventivamente o juiz após decidir pela condenação sempre mantém esta decisão, mesmo na fase recursal.

A pesquisa demonstrou que os processos de réus presos têm grande celeridade, duram em média seis meses, alguns duram três ou quatro meses, sendo que a grande maioria resulta em condenação. Já os processos de réus soltos se prolongam por dois a três anos podendo chegar a tempo superior posto que dos casos analisados, nenhum com réu que responda em liberdade desde o início chegou à sentença, portanto utilizamos como referência a data em que foi marcada a audiência de instrução e julgamento.

Sobre este aspecto nos chamou a atenção o fato de que os processos cuja totalidade dos réus envolvidos responde em liberdade, estão com as audiências marcadas para os anos de 2017 e 2018, portanto até o fechamento da pesquisa, nenhum deles chegou ao sentenciamento. Investigamos sobre a marcação de audiências junto à 4ª Vara criminal sendo-nos explicado que esta é uma regra seguida por todas as varas, processos com réus presos têm prioridade de tramitação em relação aos com réus soltos e as audiências destes já são marcadas para datas bem distantes. Desta observação depreendemos que está na lógica de funcionamento institucional que estes processos irão ser morosos, bem como está na conta do Judiciário que neste íterim muitas outras audiências precisarão ser marcadas e estas audiências são justamente as referentes aos processos em que os réus estão presos. Na lógica de funcionamento da instituição já se considera que haverá um considerável número de réus com as preventivas decretadas e que seus processos precisarão ser mais rápidos. Portanto, percebe-se que a instituição trabalha com duas categorias de processo para definir a velocidade de tramitação: “processos com réu soltos” e “processos com réus presos”.

Constatou-se ainda uma especial atenção por parte dos serventuários da 4ª Vara Criminal, para com os autos de processos com réus presos, sendo que estes têm prateleiras exclusivas, ou seja, são alocados e manuseados separadamente dos processos

com réus soltos, havendo ainda uma funcionária com a atribuição exclusiva de movimentar os processos com réus presos. Observou-se também que nas capas destes autos sempre vem escrito de forma destacada “Réu Preso”. Assim, nestes casos, além da rápida marcação da audiência há uma atenção especial e um esforço por parte de todos no sentido de dar agilidade a sua tramitação.

Quanto às prisões em flagrante, é uma exigência do Código de Processo Penal (art. 306, §1º) que sejam comunicadas num prazo de 24 horas ao Juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, para esta apenas se o preso não estiver acompanhado de advogado particular. Observou-se que esta formalidade foi cumprida pela Polícia Civil dentro do prazo legal em todos os casos. Destacou-se também a atuação da Defensoria Pública nesta comarca, que formulou os pedidos de liberdade para todos os casos que lhes foi encaminhado, seja perante o juiz da comarca ou mesmo com a impetração de *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça que se localiza na capital do Estado, Belo Horizonte. Este dado se diferenciou das pesquisas do Ministério da Justiça (2015) e do IDDD (2016) que apontaram uma atuação deficitária deste órgão nos locais que pesquisaram. Pela pesquisa apuramos que na comarca há uma defensoria responsável apenas pela formulação dos pedidos de liberdade necessários nos casos criminais da comarca e outra defensoria designada para o acompanhamento da ação penal propriamente dita junto às Varas Criminais. Em que pese o volume de pedidos de liberdade e a grande atuação da defensoria, os resultados destes não foram tão efetivos posto que a maioria dos pedidos foram negados. O que refuta a tese, formulada pelo Ministério da Justiça (2015), por exemplo, de que o simples acesso à defesa técnica seria capaz de reduzir o número de presos.

Sobre a atuação do Ministério Público com relação às prisões preventivas, observou-se que o órgão se mantém basicamente inerte, se atendo a concordar com todas as conversões de flagrante em preventiva feitas pelo magistrado de ofício (sem que haja pedido do Delegado ou do Ministério Público), o que é permitido pela legislação (art. 310 do CPP), mas muito criticado por juristas que alegam a violação da inércia do juiz além de representar um traço inquisitorial muito forte em suas práticas, conforme Pacelli (2013).

Pôde-se constatar que os juízes não têm nenhum contato pessoal com os sujeitos cujos flagrantes estão analisando e convertendo em prisão preventiva, na

maioria dos casos não existe sequer cópia da carteira de identidade do sujeito, portanto o juiz não toma ciência de nenhuma característica física do sujeito. Os dados individuais do preso com os quais o juiz tem contato são aqueles referidos na qualificação geral feita pela polícia, sendo o nome, data de nascimento, profissão, endereço e um dado sempre observado e destacado é a existência ou não de anotações nas folhas e certidões de antecedentes criminais. Portanto, os juízes decidem sobre manter preso ou conceder a liberdade, sozinhos, fechados em seus gabinetes tendo contato somente com o que foi autuado e conforme já se explanou trata-se basicamente do depoimento de um ou dois policiais responsáveis pela prisão, oitiva da vítima (quando presente ou existente) e interrogatório do preso tomado na delegacia. Sobre este aspecto é importante ressaltar que as audiências de custódia, que consistem basicamente na apresentação do preso ao juiz para que só então este decida sobre a conversão em preventiva ou liberdade provisória, só foi introduzida na comarca de Juiz de Fora a partir do mês de maio de 2016, portanto não alcançou nenhum dos casos apreciados.

Apurou-se que após o flagrante ser ratificado pelo Delegado, o preso é encaminhado para o Centro de Remanejamento do Sistema Prisional (CERESP), diga-se de passagem, sempre superlotado, fato amplamente reconhecido, inclusive pelas próprias autoridades responsáveis pelo sistema carcerário. A exemplo, o portal de notícias G1 (2014) noticiou que o CERESP “está com número de presos 287,3% maior do que a capacidade”, apresentando 332 vagas, abrigava 954 detentos, entretanto não se logrou êxito na busca por informações oficiais das agências do estado de Minas Gerais.

Dos dados observados nenhum elemento demonstrou que os juízes ao decretarem a prisão levam em conta a questão da superlotação, ou das condições degradantes apresentadas pelo cárcere, presume-se que os magistrados sabem que elas existem, mas isto é um fator irrelevante no momento em que decidem mandar ou não mais um indivíduo para a prisão. Pela lógica de funcionamento institucional, sabe-se que novas prisões em flagrantes continuarão chegando rotineiramente e não se tem a menor esperança de que isso possa mudar. Não se pôde observar qualquer ação por parte do Judiciário ou do Ministério Público no sentido de se alterar esta situação, a não ser a preocupação de se imprimir velocidade no trâmite dos processos que têm réus presos para que se possa definir de forma célere sua situação no cárcere.

Quanto à situação econômica ou social dos presos ou processados, contrariando as expectativas iniciais da pesquisa, não se observou nos processos um dado seguro que nos permitisse fazer esta classificação, há indicativos de serem oriundos de camadas sociais mais baixas como, por exemplo, os bairros onde declararam residir ou o fato de a maioria estar assistida pela defensoria pública, porém estes dados não foram suficientes para formularmos uma categorização.

Merece destacar que a pesquisa nos levou a constatar a ausência de uma gestão de informações e sistematização de dados processuais e prisionais pelo Judiciário, não há sequer a preocupação de se quantificar os processos. Na mesma esteira não se tem notícias de nenhuma pesquisa a nível municipal ou a níveis mais focalizados iniciadas pelos órgãos públicos, no que se refere aos crimes e suas formas de controle social, ou seja, não se pôde observar nenhum tipo de “autorreflexão das instituições”.

Por meio da pesquisa de campo foi possível observar o caminho que se faz da prisão em flagrante, sua conversão em preventiva, instauração de inquérito policial e o devido processo legal até a sentença (condenatória na maioria dos casos). Evidenciou-se que a prisão preventiva além de representar factualmente a ligação direta entre prática do crime e cárcere, promove também uma junção quase imediata entre os órgãos envolvidos com a Justiça criminal (Policias Militar e Civil, Judiciário, Ministério Público, sendo comunicada à Defensoria Pública, e Sistema prisional), mais do que isso, representa uma garantia de que o processo legal será muito célere e com grandes probabilidades de condenação. Sobre este aspecto, há de se considerar as ponderações feitas por Ribeiro e Silva (2010) no sentido de que muitas pesquisas que abordam fluxos de processo se preocupam em apontar que poucos casos são investigados e menos ainda chegam a ser processados e julgados, porém tais pesquisas não dão conta de evidenciar onde estão os gargalos que congestionam os fluxos processuais, asseveram que ao se tentar compreender “quais são os fatores de estrangulamento do sistema, será possível intervir sobre eles, fazendo com que um número maior de casos passe de uma fase a outra” (RIBEIRO e SILVA, 2010, p. 26). Portanto, pode se afirmar que a presente pesquisa demonstra que a prisão em flagrante, aliada à prisão preventiva, são fatores de desobstrução dos casos criminais, desde a fase policial até o encerramento do processo. Observa-se uma grande celeridade no avanço dos processos e uma grande tendência a

um desfecho condenatório nos casos que tenham réu preso. Ao mesmo tempo a prisão preventiva representa um fator de retardamento para os processos com réus soltos. Assim, é possível dizer que tem uma função ambígua no fluxo geral de processos: aceleram a tramitação nos casos em que ela está decretada e retarda a tramitação do caso que não a apresenta.

Neste aspecto, a prisão preventiva pode ser classificada como mais uma malha de filtragem na seletividade do sistema de Justiça Criminal, a primeira filtragem é o flagrante promovido pela Polícia e a segunda é a conversão deste em preventiva pelo Judiciário. Destarte, esta modalidade de prisão pode ser apontada como uma forma não declarada ou uma forma latente de se selecionar processos, que terão julgamento mais rápido e com maior pendor à condenação. No cenário onde o judiciário tem volume processual sempre maior do que é capaz de julgar e cada vez mais crescente, a prisão preventiva decretada num processo é a garantia de que este passará a frente dos demais, cujos réus aguardam em liberdade. Dessa forma, ela se torna uma importante ferramenta de seletividade, processos com réus presos se encerrarão rapidamente e com grandes possibilidades de condenação, conforme os números evidenciaram.

### 3.6 ANÁLISE PORMENORIZADA DE 83 SENTENÇAS

A seguir apresentaremos a análise mais detalhada de 83 (oitenta e três) sentenças onde exploramos, dentre outros aspectos, as dinâmicas dos casos, as fundamentações utilizadas, o tipo e quantidade de drogas, e as punições aplicadas, a fim de se correlacionar com as prisões preventivas decretadas.

Conforme se expôs anteriormente, 126 (cento e vinte seis) já chegaram ao sentenciamento de modo que a razão de não se ter analisado esta totalidade se deve à dificuldade de acesso às 43 (quarenta e três) sentenças que se encontravam indisponíveis ora pelo fato de o processo já estar baixado, ora por não estarem disponíveis para a consulta pelo sistema do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ora por haver se decretado segredo de justiça. Conjugando-se o período em que estivemos observando os autos (físicos) junto à 4ª Vara Criminal e o período em que fizemos consulta geral no sistema virtual de acompanhamento dos processos, conseguimos acessar e extrair cópias de 83 sentenças para fazermos uma análise mais detida das

mesmas, conforme apresentamos a seguir. Ressaltamos ainda que em todos esses casos havia pelo menos um réu respondendo ao processo preso preventivamente.

### 3.6.1 Materialidade

A materialidade do crime de tráfico foi constatada por meio da apreensão de três tipos de droga: maconha, cocaína e crack, em nenhum dos casos houve a apreensão de outro tipo de droga. Assim, as drogas apreendidas podem ser representadas em sua totalidade da seguinte maneira: das 83 sentenças analisadas, a maconha aparece como droga apreendida em 56 sentenças (67,46%), vindo em sequência a cocaína, encontrada em 50 sentenças (60,24%) e por último o crack, sendo encontrado em 11 sentenças (13,25%).

Tabela 6 - Tipos de droga presentes na sentença

<b>Tipos de droga</b>	<b>Sentenças (total 82)</b>	<b>%</b>
<b>Maconha</b>	56	67,46
<b>Cocaína</b>	50	60,24
<b>Crack</b>	11	13,25
<b>Outras</b>	0	0

\*Observa-se que foi encontrado mais de um tipo de droga em diversas sentenças, razão pela qual o número de sentenças na tabela ultrapassa 83.

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG.

Pormenoriza-se na tabela seguinte os tipos de droga por processo:

Tabela 7 – Tipos de droga

<b>Tipos de droga</b>	<b>Sentenças (total 82)</b>	<b>%</b>
<b>Maconha</b>	24	29,26
<b>Cocaína</b>	19	23,17
<b>Crack</b>	6	7,31
<b>Maconha + Cocaína</b>	28	34,14
<b>Maconha + Crack</b>	2	2,43
<b>Cocaína + Crack</b>	1	1,21
<b>Maconha + Cocaína + Crack</b>	2	2,43

Obs.: Das 83 sentenças uma tratava de associação para tráfico e não havia nenhuma apreensão de droga.

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG.

Conforme se extrai dos dados dispostos na tabela, das 83 sentenças analisadas, em oitenta e duas (82) foi encontrado pelo menos um tipo de droga. A maconha e a cocaína são as que aparecem com maior frequência. Em 29,26% dos autos analisados a maconha foi a única droga apreendida, a cocaína aparece em 2º lugar com 23,17%, enquanto o crack (que é um subproduto da cocaína) aparece em terceiro lugar com 7,31% dos casos, como o único tipo de droga encontrada. Também observamos que na maioria das sentenças analisadas foi constatada a apreensão de maconha e cocaína (34,14%), em 2,43% das sentenças apontam maconha e crack como drogas apreendidas, sendo que a cocaína e crack aparecem em apenas um processo (1,21%). Há sentenças que apontaram ainda a presença das três substâncias acima mencionadas, configurando em 2,43% dos autos processuais analisados.

Outro dado que chamou atenção refere-se ao volume de droga apreendida. Decidimos, portanto, fazer o levantamento individualizado da quantidade (em gramas) de cada droga apreendida. Iniciamos pela quantidade de maconha apreendida. Os dados obtidos indicam que em 19,6% dos casos a quantidade de maconha apreendida não ultrapassava 3,0 g; em 10,7% dos casos o volume apreendido variava entre 3,01 a 7,0 g; em 14,3% dos casos o volume de maconha apreendida estava entre 7,01 a 25 g; em 25% o volume de maconha apreendida variava entre 25,01 a 100 g; e em 16,1% das sentenças a variação se deu entre 100,01 a 500 g; e acima de 500 gramas de maconha encontramos somente em 08 sentenças (14,3%), conforme demonstrado na tabela:

Tabela 8 – Volume de Maconha apreendida

<b>Volume de droga apreendida (gramas)</b>	<b>Quantidade</b>	<b>%</b>
<b>0,1 a 3,0 g.</b>	11	19,6
<b>3,01 a 7,0 g.</b>	6	10,7
<b>7,01 a 25 g .</b>	8	14,3
<b>25,01 a 100 g.</b>	14	25
<b>100,01 a 500 g.</b>	9	16,1
<b>Acima de 500 g</b>	8	14,3
<b>TOTAL: 56 sentenças</b>	56	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG.

Conforme se observa, na maioria dos casos analisados (69,6%) a quantidade de maconha apreendida não ultrapassa 100,00 g. Marcelo da Silveira (2015, p. 160)

destaca que o na legislação de Portugal, a pessoa apreendida com até 25 g. de maconha é considerada usuária, o que neste país não recebe tratamento penal. Ou seja, fazendo-se uma comparação um tanto quanto arbitrária e especulativa, tem-se que caso este padrão fosse adotado, 25 dos processos analisados acima deixariam de existir. Isso para se falar apenas dos casos em que se apreendeu *cannabis*.

Ao verificarmos as oito sentenças em que o volume de maconha apreendida ultrapassou quinhentos gramas (500 g), constatamos um processo com apreensão muito grande, duzentos e quarenta e dois quilos e três gramas (242,03kg). Os demais processos não ultrapassaram 5Kg.

No que tange à quantidade de cocaína encontrada, verificamos que das sentenças que continham esta substância em 10% o volume apreendido não ultrapassava 3,0 g; em 12% dos casos o volume de cocaína apreendida estava entre 3,01 a 7,0 g; em 22% dos casos a quantidade apreendida estava entre 7,01 a 25 g; em 26% dos casos a quantidade apreendida variava entre 25,01 a 100 g; em 22% a quantidade variava entre 100,01 a 500 g e acima de 500 g encontramos 8% das sentenças analisadas, conforme tabela abaixo:

Tabela 9 – Volume de Cocaína apreendida

<b>Volume de droga apreendidas (gramas)</b>	<b>Quantidade</b>	<b>%</b>
<b>0,1 a 3,0g.</b>	5	10
<b>3,01 a 7,0g.</b>	6	12
<b>7,01 a 25g .</b>	11	22
<b>25,01 a 100g.</b>	13	26
<b>100,01 a 500g.</b>	11	22
<b>Acima de 500g</b>	4	8
<b>TOTAL</b>	50	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG.

Também em relação à cocaína, verifica-se que na maioria dos casos (70%) a quantidade de droga apreendida não ultrapassa 100,00 g. Nos casos em que a quantidade de cocaína apreendida ultrapassava 500 g, constatamos que a apreensão máxima foi de um quilo e meio (1500 g). Pesquisa feita por Dartiu Xavier Silveira (2013 *apud* CAMPOS, 2015, p.160) aponta que a quantidade estimada de cocaína consumida por dia nos períodos de uso mais frequentes variou de 0,5 a a10 gramas sendo a mediana de 3 gramas. Com relação ao crack a dosagem consumida diariamente nos períodos de uso mais frequentes, varia de 1 a 15 gramas e apresenta média de 3 gramas.

Por último, buscamos analisar o volume de crack apreendido e em que percentual aparecia nas sentenças analisadas. Em 18,2% dos casos a quantidade de crack não ultrapassava 3,0 g; em 9,1 % dos casos a quantidade variava entre 3,01 a 7,0 g; em 45,4 % dos casos a quantidade de crack apreendida variava entre 7,01 a 25 g; em apenas duas sentenças verificamos que a quantidade de crack ficou entre 100, 01 a 500 g (18,2%) e somente uma sentença a apreensão de crack ultrapassou 500 g (9,1%). Nesta, a quantidade apreendida foi de 706,23 g de crack. O que nos chama a atenção é que não foi encontrada nenhuma quantidade que variasse entre 25,01 a 100 g; conforme pode ser visualizado a seguir na tabela:

Tabela 10 – Volume de Crack apreendido

<b>Volume de droga apreendida (gramas)</b>	<b>Quantidade</b>	<b>%</b>
<b>0,1 a 3,0g.</b>	2	18,2
<b>3,01 a7,0g.</b>	1	9,1
<b>7,01 a 25g .</b>	5	45,4
<b>25,01 a 100g.</b>	-	-
<b>100,01 a 500g.</b>	2	18,2
<b>Acima de 500g</b>	1	9,1
<b>TOTAL</b>	11	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG.

Como se vê na maioria dos casos (72,7%) a quantidade de crack apreendida não ultrapassa 25 gramas, sendo que na maior parte das sentenças analisadas, a incidência maior de apreensão está entre 7,01 a 25 gramas.

Campos (2015, p. 159) destaca que “uma trouxinha de maconha tem aproximadamente 2,5 gramas; uma pedra de crack pesa aproximadamente 0,25 gramas e um pino de cocaína contém aproximadamente 1grama”. Analisando o volume de drogas apreendidas nas três categorias mencionadas anteriormente chegamos aos seguintes dados, conforme explicitado na tabela abaixo:

Tabela 11 – Volume total de drogas por processo

<b>Volume de droga apreendida (gramas)</b>	<b>Quantidade</b>	<b>%</b>
<b>0,1 a 3,0g.</b>	18	21,95
<b>3,01 a 7,0g.</b>	13	15,85
<b>7,01 a 25g .</b>	24	29,26
<b>25,01 a 100g.</b>	27	32,92
<b>100,01 a 500g.</b>	22	26,82
<b>Acima de 500g.</b>	13	15,85
<b>TOTAL</b>	82	100

\* Há sentenças em que foi apreendido mais de um tipo de droga.

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG.

### 3.6.2 Formas de tipificação na denúncia e na sentença

Nas 83 sentenças analisadas, verificamos que em 44,04% dos casos a denúncia formulada pelo Ministério Público pedia a condenação dos acusados apenas pela prática do delito previsto no “caput” do art. 33 da Lei nº 11.343/06, ou seja, pela prática do tráfico de drogas. Em 39,28% dos casos, o Ministério Público requereu a condenação pela prática de tráfico juntamente com outro crime da mesma lei, sendo mais frequente a associação para o tráfico, reconhecendo o concurso de crimes. Observa-se também a imputação de um crime previsto na lei de drogas em concurso material com outras modalidades de crime (Lei 10.826/03 – Estatuto do desarmamento; Decreto-Lei nº 2.848 – Código Penal; e Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente), o que totaliza 15,47% dos casos. A configuração da tipificação dos delitos na denúncia está sintetizada na tabela que segue:

Tabela 12 - Tipificação/Concurso de crimes na Denúncia

<b>Denúncia– Tipificação/Concurso de crimes Lei nº: 11.343/06</b>	<b>Quant.</b>	<b>%</b>
<b>Art.33, caput, Lei nº 11.343/06 (Tráfico)</b>	37	44,04
<b>Art.33, caput, c/c Art. 35, Lei nº: 11.343/06 (Tráfico/Associação)</b>	30	35,71
<b>Art. 33 c/c art. 28, Lei nº: 11.343/06 (Tráfico/Porte para uso)</b>	3	3,57
<b>Art.33 da Lei nº: 11.343/06 c/c Leis Diversas (Lei 10.826/03, ECA, Código Penal)</b>	12	14,28
<b>Art. 35 da Lei nº: 11.343/06 c/c Lei Extravagante</b>	1	1,19
<b>TOTAL</b>	83	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG.

Ressaltamos que a denúncia pela prática simultânea das condutas descritas nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06 mostrou-se muito recorrente, vindo a resultar em 35,71% dos casos. Uma das justificativas que pode estar atrelada a tal percentual se

deve ao fato de que das 83 sentenças analisadas, 38 (45,72%) tratam de dois ou mais réus, o que leva os órgãos estatais, sobretudo a Polícia Civil e o Ministério Público, a presumir que há uma divisão de tarefas entre eles. A tabela abaixo aponta os índices percentuais do número de réus por processo. Nas sentenças analisadas, 45 tratava apenas de um (01) réu (54,2%), em 26 sentenças verificamos a presença de dois (02) réus por processo (31,3%), cinco sentenças eram compostas por três (03) réus (6,02%), sendo que 8,4% dos casos o processo tinha quatro (04) ou mais réus.

Tabela 13 – Número de réus

<b>Número de réus por processo</b>	Quantidade	%
1	45	54,2
2	26	31,3
3	5	6,1
4 ou mais	7	8,4

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG.

Após a análise dos autos processuais, verificamos a ocorrência da seguinte reconfiguração da tipificação da conduta inicialmente feita pelo Ministério Público na denúncia e posteriormente confirmada ou não pelo magistrado nas sentenças estudadas. Observamos que 71,42% dos processos resultaram em sentenças condenatórias no “caput” do art. 33 da Lei 11.343/06, sendo que em 10,71% das sentenças condenatórias proferidas, foi reconhecido o concurso de crimes previstos na mesma lei, associação para o tráfico e posse de droga para consumo pessoal (art.33c/c art.35 e art. 33 c/c art.28). Foi possível observar também sentenças condenatórias por um dos crimes previstos na lei de drogas em concurso material com crimes previstos em leis diversas (Lei 10.826/03 – Estatuto do desarmamento; Decreto-Lei nº 2.848 – Código Penal; e Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente), o que totaliza 15,47% dos casos. Neste aspecto percebe-se que a sentença condenatória confirmou o pedido ministerial integralmente.

Ao comparar os dados colhidos, visualiza-se que das 30 denúncias pelo Art.33, “caput” em concurso com o art. 35, Lei nº: 11.343/06 (Tráfico+Associação), somente 06 (seis) foram confirmadas na sentença, ou seja, apenas em 20% desta modalidade de denúncia é que se confirmou a prática do crime de associação para o tráfico na sentença. Em contrapartida, houve um aumento de condenações apenas por

tráfico. Eram 37 denúncias tão somente no “caput” do art. 33 e ao final resultaram em 60 sentenças condenatórias nesta tipificação. A explicação encontra-se no alto índice de absolvição pelo delito de associação para o tráfico e da confirmação da configuração da prática apenas do tráfico o que se chama de absolvição parcial. Observa-se também nas respectivas sentenças, que a denúncia nos termos do Art. 33 c/c art. 28 foram confirmadas, bem como as denúncias que envolveram um artigo da lei de drogas em concurso com uma lei diversa também resultaram em condenação.

Ressaltamos ainda que das 83 sentenças apenas uma sentença foi totalmente absolutória, o que evidencia uma ampla tendência à condenação. Assim, a tipificação feita pelo magistrado nas sentenças, restou configurada da seguinte forma:

Tabela 14 – Tipificação/Concurso de crimes na sentença

<b>Sentença– Tipificação/Concurso de crimes Lei nº: 11.343/06</b>	Quant.	%
<b>Art.33, caput, Lei nº: 11.343/06 (Tráfico)</b>	60	72,3
<b>Art.33, caput, c/c Art. 35, Lei nº: 11.343/06 (Tráfico/Associação)</b>	6	7,3
<b>Art. 33 c/c art. 28, Lei nº: 11.343/06 (Tráfico/Porte para uso)</b>	3	3,6
<b>Art.33 da Lei nº: 11.343/06 c/c Leis Diversas (Lei 10.826/03, ECA, Código Penal)</b>	12	14,6
<b>Art. 35 da Lei nº: 11.343/06 c/c Leis Diversas</b>	1	1,2
<b>Absolvição</b>	1	1,2
<b>TOTAL</b>	83	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG.

### 3.6.3 Forma de aplicação de pena

Nas sentenças coletadas, com relação a aplicação de pena, inicialmente chamou-nos a atenção a incidência ou não de causas de diminuição e de causas de aumento de pena, e as fundamentações do magistrado para deferi-las ou negá-las. Em termos estritamente legais elas remetem às circunstâncias objetivas do crime, ao alcance e repercussão social da conduta, e por isso, ora demandam uma análise objetiva das provas, ora demandam uma análise mais interpretativa. Elas preveem significativos patamares de variações da pena em frações que vão de um sexto (1/6) a dois terços (2/3), sendo analisadas na 3ª fase de aplicação de pena. Por isso estabeleceu-se as categorias para formulação da tabela a seguir:

Tabela 15 – Incidência de causas de diminuição e de aumento

<b>Sentenças condenatórias</b>	<b>Quantidade (82)</b>	<b>%</b>
<b>Condenação apenas no art. 33 “caput” da Lei 11.343/06</b>	23	28,04
<b>Reconhecimento de causa de diminuição (tráfico privilegiado)</b>	61	74,4
<b>Reconhecimento de causa de aumento</b>	16	19,5
<b>Reconhecimento de causa de diminuição c/c causa de aumento</b>	11	13,4

\* há sentenças com mais de um réu que apresentam aplicação de penas diversas, por isso podem incidir em mais de um critério.

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG.

No presente estudo, observou-se que a única causa de diminuição aplicada foi a prevista no art. 33, § 4º da lei 11.343/06, chamada de tráfico privilegiado, havendo grande incidência da mesma. As condições para alcançar este privilégio são: o agente ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa. Percebemos que em 98,3% das sentenças que reconheceram o tráfico privilegiado a fração de redução foi no grau máximo, ou seja, dois terços (2/3). Apenas em uma sentença a redução foi de metade (1/2).

Percebe-se que a aplicação da causa de diminuição de pena e a fração utilizada carece de um mínimo de fundamentação, observamos que o magistrado ao sentenciar faz menção apenas ao dispositivo legal, como se vê no trecho selecionado:

Considerando que, a *culpabilidade* faz reprovável a conduta do agente, os *motivos* se fizeram injustificáveis, as *circunstâncias* demonstraram necessidade de repressão penal, as *consequências* do delito são de ordem pública, mas tendo em vista que a *conduta social, personalidade e antecedentes* do acusado não se fizeram denegridos nos autos, tendo em vista a sua CAC (fls.141/142), fixo a *PENA BASE* em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, com o dia multa na base de 1/30 do salário mínimo, pena esta que diminuo em 2/3 à vista da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art.33 da Lei 11.343/06, restando assim fixada *EM DEFINITIVO* na proporção de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias multa, com o dia multa na base de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, que assim permanece à míngua de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição de pena, devendo a pena privativa de liberdade ser cumprida *INICIALMENTE EM REGIME FECHADO* a vista do disposto no artigo art.2º, §1º da Lei 8.072/90 que constitui norma especial de prevalência inclusive sobre o disposto no artigo 387 §2º do CPP, impondo-se o pagamento da Multa na forma dos arts. 49 e 50 do CP c/c art. 43 da Lei 11.343/06. (processo nº: 145 14 031 281 3, publicada no dia 09/10/2014) (grifou-se)

As razões para a não concessão da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 referem-se ao não atendimento dos requisitos legais anteriormente mencionados. Nas sentenças analisadas, o magistrado indeferiu a incidência da redução invocando também argumentos estritamente legais: ser o sentenciado reincidente ou integrar de forma permanente e habitual associação criminosa para o tráfico de drogas.

No que tange à aplicação das causas de aumento de pena, previstas no art. 40 da lei 11.343/06, encontramos sua aplicação em 16 sentenças (19,5%). Entre as motivações apontadas nas sentenças analisadas para a sua aplicabilidade estão também a estrita análise dos critérios exposto pela lei: a infração ter sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais; o uso de violência e emprego de arma de fogo na prática do crime; a prática do tráfico interestadual e a prática do crime com envolvimento de menores.

Tabela 16 – Motivação para a causa de aumento

Causa de aumento de pena - Lei 11.343/06/06	Quant.	%
Estabelecimento prisional (art. 40, III)	3	18,75
Emprego de violência, grave ameaça, arma de fogo (art.40, IV)	1	6,25
Tráfico interestadual (art. 40, V)	2	12,5
Envolvimento de menores (art. 40, VI)	10	62,5
TOTAL	16	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG.

Conforme se extrai da tabela acima, o envolvimento de menores na prática delituosa corresponde a 62,5% das causas de aumento aplicadas, em seguida a prática do crime na proximidade de estabelecimento prisional (18,75%), o emprego da violência (6,25%) e o tráfico interestadual como causa de aumento em dois casos (12,5%).

Quanto à fração utilizada no aumento da pena, 93,8% dos casos aplicou-se o aumento mínimo, ou seja, um sexto (1/6). Em apenas uma sentença o magistrado aplicou a incidência máxima (2/3). Trata-se de um caso em que foi reconhecido o tráfico interestadual (art. 40, V), em que o sentenciado (primário) transportava 1.109 gramas de maconha oriunda da cidade de São Paulo para Juiz de Fora. É interessante observar que tanto para fazer incidir o aumento em um grau mais brando (1/6) quanto

em um grau mais áspero (2/3) o magistrado se vale da mesma argumentação, a presença do requisito legal, conforme se ilustra:

“Verifica-se do Laudo Toxicológico Definitivo, acostado em fls.19, que foram apreendidos fragmentos de material vegetal prensado e 02 barras de material vegetal prensado de coloração marrom perfazendo o peso líquido de 1109 gramas de canabinóides – maconha , verificando-se, portanto, tratar-se de quantidade considerável de entorpecentes. [...]

**Destarte, presente *in casu* a causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/06, tendo em vista que o acusado realizou o transporte das drogas do Estado de São Paulo para o Estado de Minas Gerais, ou seja, os atos compreendidos ao longo do *iter* delituoso foram praticados entre dois Estados da Federação, devendo a pena mínima ser aumentada em 2/3.** (processo nº: 145.14.039.6121, sentença publicada em 11/05/2015) (grifou-se)

Observamos que no segundo caso que envolvia tráfico interestadual, foram encontradas as substâncias maconha e cocaína, nas proporções de 1873,40 g e 1038,20 g, respectivamente. Neste processo foi aplicada a causa de aumento na fração de 1/6, conforme se verifica:

“[...] Conforme Laudo Toxicológico Definitivo acostado às fls. 44, ressalta-se que foi encontrado com Diego, 1873,40g (mil oitocentos e setenta e três gramas e quarenta centigramas) de maconha prensadas em duas unidades em forma de tablete e 1038,20g (mil e trinta e oito gramas) de cocaína, em uma unidade compactada no formato de uma barra em pó, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. [...]

**Destarte, presente *in casu* a causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/06, tendo em vista que o acusado realizou o transporte das drogas do Estado de São Paulo para o Estado de Minas Gerais, ou seja, os atos compreendidos ao longo do *iter* delituoso foram praticados entre dois Estados da Federação, devendo a pena ser aumentada em 1/6.** (processo nº: 145.14.063.7938, sentença 20/07/2015)

Ao analisarmos os dois casos acima referidos, verificamos a mesma situação contextual, para a qual o magistrado utilizou a mesma argumentação, mas ao aplicar os índices da causa de aumento, estes foram diferentes. Ressalta-se que ambos os sentenciados eram primários.

Assim, ao quantificarmos todos os dados, observamos que das 82 sentenças condenatórias, em 23 sentenças (28,04%) a condenação ocorreu apenas no caput do artigo 33 da Lei 11.343/06. A causa de diminuição de pena (tráfico privilegiado) foi aplicada em 61 casos (74,4%) e a causa de aumento em 16 casos (19,5%). Verificamos a incidência simultânea de causa de diminuição e de aumento em 11 casos (13,4%). Ressaltamos que há sentenças com mais de um réu e que encontramos sentenciados com

aplicação de penas diversas no mesmo processo. Estas categorias nos permitem apontar o rudimento do que talvez tenha se pretendido com a atual legislação, mas que a prática torna um tanto quanto confuso, que seriam as hipóteses de um pequeno tráfico (privilegiado), o tráfico comum (apenas *caput* do art. 33), e o grande tráfico (qualificado), que na legislação espanhola se define principalmente pela quantidade de drogas, conforme Salo de Carvalho (2016, p. 285-286) e não pela dinâmica dos fatos.

No que concerne à fixação de regime de cumprimento de pena, verificamos que das 83 sentenças analisadas, em 97, 6% dos casos foi aplicado o regime fechado, sendo que somente em dois (02) casos foi fixado o regime aberto. Destes dois, em um caso o sentenciado foi denunciado pelo art. 33, “caput”, da lei 11.343/06 e condenado na sanção do art. 33, “caput” c/c § 4º da lei 11.343/06, porém o juiz que sentenciou foi o substituto da vara e não o titular responsável por todas as demais sentenças; e no outro caso o acusado foi denunciado pela suposta prática do art. 35 da lei 11.343/06 c/c art. 16 da Lei 10.826/03, vindo a ser absolvido do art. 35 e condenado apenas no dispositivo da lei extravagante, para a qual não há previsão de aplicação de regime mais severo do que o previsto pelas regras gerais do Código Penal nem vedação à substituição.

Sob este aspecto cabe ressaltar que o crime de tráfico é equiparado a hediondo e que a respectiva lei prega a fixação de regime inicialmente fechado independentemente da quantidade de pena, e progressão após o cumprimento de dois quintos da pena, se primário, e de três quintos, se reincidente, de modo que nos casos em que a ela incide, fica excepcionada a regra geral do Código Penal (regime de cumprimento de pena de acordo com tempo aplicado, e progressão a partir do cumprimento de um sexto da punição). Porém o Supremo Tribunal Federal julgou processo no qual afirmou que a incidência da causa de diminuição do art. 33, §4º (tráfico privilegiado) descaracteriza a hediondez, portanto, para estas hipóteses devem-se incidir novamente as regras gerais do Código Penal, sem contudo dar efeito vinculante (obrigatório) a esta decisão. Assim, os juízes e os tribunais não estão obrigados a seguir este entendimento.

Ressalte-se ainda outra nuance legislativa e jurisprudencial referente à própria redação do art. 33, §4º, que veda a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, também excepcionando a regra geral do Código Penal que prevê esta hipótese para condenações de crimes cometidos sem

violência, cuja pena aplicada não ultrapasse quatro anos de reclusão. Porém no *habeas corpus* nº 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal também julgou ser inconstitucional esta previsão e o Senado Federal posteriormente, através da resolução nº 5 de 2012, suprimiu a parte do texto do referido artigo da lei de drogas que vedava tal substituição.

Diante destas considerações pudemos constatar que o magistrado responsável pelas sentenças adota postura um tanto quanto ambígua, pois mesmo reconhecendo a incidência das causas de diminuição em muitos casos e aplicando-a em seu grau máximo fazendo com que as punições fiquem em patamares pequenos (muitas vezes em um ano e oito meses) se nega a aplicar outro regime senão o fechado, bem como se nega a aplicar a substituição de pena, mantendo os sentenciados no cárcere, não se olvidando do fato de que a grande maioria dos réus envolvidos com as sentenças ora analisadas respondem presos.

Tabela 17 – Regimes de Pena

<b>Tipos de Regime</b>	<b>Quantidade</b>	<b>%</b>
<b>Regime Fechado</b>	81	97,6
<b>Regime Semiaberto</b>	-	0,0
<b>Regime Aberto</b>	3	2,4
<b>Substituição de Penas</b>	2	2,4

\* as duas sentenças que concederam regime aberto também concederam substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

\*\* em um processo com dois réus um recebeu regime fechado e outro regime aberto

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG.

Também buscamos analisar nas 82 sentenças condenatórias, a pena definitiva aplicada. Constatamos que 63,85% dos casos analisados a punição não ultrapassava 02 (dois) anos. Em 10,84% dos casos a pena foi fixada entre 02 e 05 anos; em 32,5% dos casos a pena definitiva ficou entre 05 e 8 anos, e acima de 08 anos verificamos apenas 4,81% das sentenças analisadas.

Tabela 18 – Tempo de Pena

<b>Tempo de pena definitiva</b>	<b>Quantidade</b>	<b>%</b>
<b>Até 2 anos</b>	53	63,85
<b>02 ≤ 5</b>	9	10,84
<b>05 ≤ 8</b>	27	32,5
<b>Acima de 8</b>	4	4,81

\*O somatório do número de sentenças ultrapassa 82 em razão de haver sentenças que possuíam mais de um réu, sendo aplicadas penas distintas.

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG.

Ressaltamos que nas 83 sentenças analisadas, constatamos a presença de 145 réus, sendo que 127 réus eram do sexo masculino e 18 eram do sexo feminino, como demonstrado na tabela abaixo:

Tabela 19 – População carcerária

<b>Gênero</b>	<b>Quantidade</b>	<b>%</b>
<b>Homem</b>	127	87,6
<b>Mulher</b>	18	12,4
<b>Total</b>	145	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora – MG.

Outro dado observado é que dos 145 réus, 127 foram condenados (87,6%) e somente 18 réus foram absolvidos de todas as imputações (12,4%). Destes 18 réus absolvidos, 14 (quatorze) estavam presos preventivamente (77,8%) e somente quatro réus estavam em liberdade, entre estes duas mulheres e dois homens. Os dados acima expostos podem ser demonstrados na tabela abaixo, onde se verifica que 87,6% dos réus restaram condenados.

Tabela 20 – Percentual de condenação e absolvição

<b>Situação na sentença</b>	<b>Quantidade de Réus</b>	<b>%</b>
<b>Réus condenados</b>	127	87,6
<b>Réus absolvidos de todas as imputações</b>	18	12,4
<b>Total</b>	145	100

Fonte: sentenças coletadas durante a pesquisa na 4ª Vara Criminal da Comarca de juiz de Fora – MG.

Estes dados reforçam a ideia de uma continuidade entre os órgãos responsáveis pelo sistema de justiça criminal, a polícia prende em flagrante, a justiça mantém preso convertendo em preventiva e depois condena a grande maioria e adota uma postura que garantirá que este permaneça no cárcere, mesmo nas hipóteses em que a pena aplicada não foi tão alta.

### 3.7 ANÁLISE DE UM CASO MODELO

A observação dos autos de ações penais referentes ao tráfico de drogas, das decisões que convertiam prisões em flagrante em prisões preventivas e das sentenças proferidas, nos permitiu constatar uma frequência muito grande de fatores tais como a dinâmica dos fatos e sua reconstituição, as abordagens policiais e justificativas narradas, os termos utilizados para se negar liberdade, o modelo de fundamentação na aplicação de pena, dentre outros. Por isso, optamos por tomar como modelo um caso a partir do qual é possível explorar em detalhes estes fatores e correlacioná-los com os demais processos.

Segundo Pires (*apud* CAMPOS, 2015, p.176) está em jogo neste tipo de método não apenas as especificidades, mas a sua capacidade de servir como “via de acesso” a outros fenômenos e questões que possam ser relevantes na compreensão geral do fenômeno. De acordo com o autor, os critérios de caracterização de pesquisa qualitativa por caso único estão relacionados à amostra de acontecimento. Esta amostra pode estar baseada tanto num acontecimento raro, do ponto de vista da frequência, bem como, num acontecimento ordinário como, por exemplo, um caso que aconteceu em um tribunal.

No caso escolhido, o acusado, um jovem de 19 anos de idade à época dos fatos, que chamaremos apenas pela inicial de seu nome H., foi preso em flagrante por estar em atitude suspeita, segundo os policiais; foi apreendido droga (63 g. de maconha), parte com o réu, parte em sua residência; conduzido à delegacia seu flagrante foi ratificado pelo delegado que comunicou o caso ao Juiz, este por sua vez, converteu o flagrante em preventiva; pedidos de liberdade foram formulados, mas negados, portanto o acusado respondeu ao processo preso preventivamente; o incriminado alegou ser usuário e viciado em maconha durante a audiência de instrução e julgamento, bem como possuir trabalho lícito, fazendo bicos, juntamente com seu tio, numa fazenda num bairro próximo; o Ministério Público requereu a condenação nos termos da denúncia; a Defensoria Pública requereu a absolvição com fulcro no art. 386, VI, do CPP e, subsidiariamente o reconhecimento da confissão do réu com base no art. 65, III, “d” do CP; o juiz rejeitou a tese da defesa reafirmando que as testemunhas ouvidas em juízo (no caso, três policiais militares) não deixaram transparecer qualquer equívoco em relação à prática delituosa e que, mesmo alegando ser para consumo pessoal, o réu

confessa o porte da drogas, não havendo dúvidas sobre a prática do crime de tráfico, por enquadrar-se no verbo “trazer consigo”, que constitui o tipo legal; a acusação foi confirmada, o juiz condenou o réu a uma pena de cinco anos e dez meses de reclusão, a ser iniciada em regime fechado.

Assim, grande parte das criminalizações por tráfico de drogas observadas nesta pesquisa apresentam padrões muito semelhantes ao descrito acima, que vão desde a dinâmica dos fatos até as descrições policiais e modelos decisórios empregados pelo magistrado, a própria quantificação apresentada na seção anterior também evidencia esta padronização.

A grande frequência de padrões decisórios nos permitiu destacar a questão trabalhada pela “teory of sentencing”, no sentido de avaliar as influências de fatores como as inserções sociais do juiz e a percepção que tem de seu papel dentro deste contexto social e conseqüentemente da ligação estabelecida com suas práticas profissionais, conforme assinala Prates Fraga (2006). Ou como assevera Campos (2015, p. 180-181) as narrativas que constam nos processos criminais não resultam apenas de juízos distanciados e neutros que esquadriham os atos em apreciação, mas são resultados de idiosincrasias dos discursos das práticas, para demarcar o lícito e o ilícito em termos de conduta social moral, bem como dos padrões de uma “prática jurídica adequada”.

Seguindo modelo apresentado para análise de autos de processos criminais por Marcelo da Silveira Campos (2015) em sua tese de doutorado, iniciaremos o estudo pela análise do vocabulário de motivos típicos que demarcam a atuação policial por meio da suspeição e da prisão em flagrante, destacando-se o depoimento do Policial Militar responsável por efetuar a prisão:

“Que nesta data, o condutor do flagrante, acompanhado de sua guarnição de PMs, durante o patrulhamento pelo bairro Igrejinha na Rua Cleir Reis Duque depararam com o autor transitando em via pública e este ao evitar a viatura se portou de maneira suspeita demonstrando nervosismo levando a mão no bolso da blusa; que tal motivo levou a fundada suspeita, sendo efetuado a abordagem policial; que ao ser submetido a busca pessoal foi localizado no bolso de sua blusa um envólucro contendo duas porção prensada de substancia semelhante a maconha e um envólucro plástico com uma porção já esfarelada da mesma droga; que apos consultar o nome do autor foi verificado que ele já possui apontamento no sistema “ISP” por tráfico de drogas e porte ilegal de armas de fogo; que deslocaram até sua residência do autor onde fizeram contato com sua genitora que autorizou a proceder uma busca no imóvel; que durante as buscas foi localizado dentro de um balde de

lixo uma bucha de substância semelhante a maconha e dentro de uma lata com várias ferramentas foi localizado vários sacolés que comumente são utilizados para embalar drogas; que diante os fatos foi preso em flagrante sendo encaminhado para esta Depol... nada mais nem lhe foi perguntado. Mandou a Autoridade Policial encerrar o presente termo, o qual, após ser confirmado, assina com o (a) condutor (a) e comigo, escrevã (O) que o digitei.”

Pudemos constatar que a maioria das prisões por tráfico de drogas foi realizada pela Polícia Militar, e os depoimentos prestados pelos policiais tendem a seguir o padrão acima. Os fatos se deram a partir de um patrulhamento de rotina na data de 26 de agosto de 2015, nas imediações do bairro Igrejinha: houve uma quebra de “rotina” porque os policiais depararam com o autor e este veio a se portar de maneira “suspeita”; em decorrência desta “suspeita” houve a abordagem; durante a “revista pessoal” uma pequena quantidade de drogas foi encontrada (03 porções de maconha); em seguida realiza-se uma consulta do nome do autor no sistema “ISP” e ao verificar que o suspeito tinha um apontamento por tráfico de drogas e porte de armas, os policiais deslocam até a sua residência; ao chegarem na residência, ‘pedem’ autorização à genitora para fazer uma busca no domicílio e alegam que esta assim o consentiu; encontram uma bucha de maconha dentro do balde de lixo e dentro de uma lata localizam saquinhos plásticos conhecidos como ‘sacolés’, que os policiais presumem que são para embalar drogas, em seguida dão voz de prisão ao autor e o conduzem à Delegacia de Polícia, onde a prisão é ratificada pelo Delegado.

Segundo CAMPOS (2015, p.183) através do registro policial é possível distinguir os vocabulários de motivos utilizados pelas instituições do sistema de justiça criminal. O autor acrescenta que os motivos vão além do fixar elementos em um indivíduo, pois são os termos com os quais se interpretam condutas por meio dos procedimentos dos atores sociais. Wiright Mills (apud CAMPOS, 2015, p. 183) preconiza que a imputação e confissão dos motivos dados pelos atores são os fenômenos sociais a serem explicados.

Campos apresenta um quadro de vocabulário de motivos dados pela polícia para a incriminação de alguém como traficante. Utilizando-se dessa construção, fizemos os mesmos paralelos com a análise do caso em questão, atentando-se às peculiaridades deste.

Tabela 21- Vocabulário de motivos típicos da polícia para a incriminação de alguém como traficante de drogas

Vocabulário de Motivos	Justificação dada pela Polícia Militar
I - Quebra de “rotina”	“Que nesta data, o condutor do flagrante, acompanhado de sua guarnição de PMs, durante o patrulhamento pelo bairro Igrejinha na Rua Cleir Reis Duque depararam com o autor transitando em via pública e este ao evitar a viatura se portou de maneira suspeita demonstrando nervosismo levando a mão no bolso da blusa;”
II - Abordagem no “suspeito”	“Que tal motivo levou a fundada suspeita, sendo efetuado a abordagem policial;”
III - Encontrando drogas	“Que ao ser submetido a busca pessoal foi localizado no bolso de sua blusa um envólucro contendo duas porção prensada de substancia semelhante a maconha e um envólucro plástico com uma porção já esfarelada da mesma droga; Que durante as buscas foi localizado dentro de um balde de lixo uma bucha de substância semelhante a maconha e dentro de uma lata com várias ferramentas foi localizado vários sacolés que comumente são utilizados para embalar drogas”
IV- Busca na casa do suspeito	“Deslocaram até sua residência do autor onde fizeram contato com sua genitora que autorizou a proceder uma busca no imóvel”
V- Prisão em flagrante	“Que diante os fatos foi preso em flagrante sendo encaminhado para esta Depol.”

CAMPOS (2015, p. 177) afirma que a instituição policial é quem recorta o enredo primário no registro da ocorrência. No presente caso, o verbo “abordar” acionou a captura e a futura prisão do suspeito e conforme será demonstrado adiante é o discurso do policial que transmite o poder aos juízes na sentença, evidenciando o não declarado caráter complementar entre estas instituições, conforme apontado por Kant de Lima (1989).

Na sequência do caso, após dirigirem-se à Delegacia de Polícia Civil, onde se tomou por escrito o depoimento de dois policiais e se interrogou formalmente o preso, que alegou ter a droga para consumo próprio, o flagrante foi ratificado pelo Delegado. Comunicada a prisão ao Juiz, este converteu, mediante decisão padronizada e de ofício, o flagrante em preventiva.

Após pedido de liberdade formulado pela defesa o Juiz negou-o mediante a mesma decisão padrão:

“Indefiro o pedido de revogação da prisão preventiva do acusado H. ...., pois o crime imputado a referido acusado é grave, qual seja, tráfico de drogas,

sendo certo, ainda, que foi preso consubstancial quantidade de substância entorpecente, acondicionada de forma propícia à mercância de drogas.

Além do mais, existem indícios de autoria, provas da potencial ocorrência do crime, evidenciando-se a necessidade de resguardo da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para o fim de aplicação efetiva da lei penal, sobretudo por tratar-se de crime de ameaça à saúde pública e representa verdadeira ameaça ao sossego e a paz social.

Ademais, as circunstâncias indicam potencialidade de reiteração de condutas relacionadas a substâncias entorpecentes, o que serve para assolar a saúde pública.

Ressalte-se que, a existência de algumas condições pessoais favoráveis ao réu, por si só não autoriza a desconstituição da segregação provisória quando estiverem presentes outros elementos que a justifiquem, como a garantia da ordem pública como ocorre *in casu*.

No mais, aguarde-se a AIJ designada.” (processo nº 0145 15 0494691)

Os motivos típicos do juiz para indeferir o pedido de liberdade também podem ser analisados por meio do vocabulário usado, conforme demonstrado na tabela abaixo:

Tabela 22- Vocabulário de motivos típicos do juiz para indeferir o pedido de liberdade

Vocabulário de Motivos	Justificação dada pelo Juiz
I- Gravidade do crime	“Indefiro o pedido de revogação da prisão preventiva do acusado H., pois o crime imputado a referido acusado é grave, qual seja, tráfico de drogas”
II- Quantidade de droga	“sendo certo, ainda, que foi preso consubstancial quantidade de substância entorpecente, acondicionada de forma propícia à mercância de drogas.”
III-Citação literal dos requisitos do art. 312 do Código Penal	“Além do mais, existem indícios de autoria, provas da potencial ocorrência do crime, evidenciando-se a necessidade de resguardo da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para o fim de aplicação efetiva da lei penal.”
IV- Proteção à Saúde Pública	“sobretudo por tratar-se de crime de ameaça à saúde pública”
V- Paz Social	“representa verdadeira ameaça ao sossego e a paz social.”
VI- Risco de Reincidência	“Ademais, as circunstâncias indicam potencialidade de reiteração de condutas relacionadas a substâncias entorpecentes”

Ao analisar a decisão supracitada, verifica-se a menção à gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas sem se apontar nenhum fato que demonstre a efetiva contundência da ação ou riscos gerados pelo sujeito preso. Destaca-se também a presunção de que a droga encontrada se destinava ao comércio, a referência à potencialidade de reiteração criminosa, alusão à necessidade de resguardo da ordem

pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, “verdadeira ameaça ao sossego e a paz social”; inexistindo qualquer motivação que conecte diretamente com os fatos em si. Este modelo decisório foi um padrão largamente encontrado em todos os casos. Que revelam um automatismo nas decisões que convertem flagrantes em preventiva e ao mesmo tempo evidenciam que o magistrado, compartilha das premissas da política de guerra às drogas, ao atribuir à conduta uma pecha de “grande inimiga” da saúde pública, do sossego e da paz social, estando justificado por este motivo o tratamento repressivo – prisão preventiva. O que conforme Luciana Boiteux (2006) nos permite desnudar o discurso proibicionista e observar questões moralistas que lhe permeiam e se disfarçam na justificativa sanitário-social.

A denúncia formulada pelo Ministério Público também apresenta uma reprodução do que consta no boletim de ocorrência, como menção à quantidade de droga apreendida, o bairro periférico da cidade onde ocorreram os fatos e ao final tipifica o suposto delito no crime de tráfico.

Já na sentença condenatória percebemos que o juiz retomou o vocabulário de motivos da polícia para ratificar a atuação dos mesmos e condenar o réu à pena de prisão. A reconstituição dos fatos ocorreu da seguinte forma:

“Consta que o acusado foi preso em flagrante delito, ao ser avistado pelos policiais militares, durante patrulhamento, em atitude suspeita, momento em que foi abordado. Durante a abordagem foram encontradas algumas unidades de substâncias entorpecentes com o acusado. Que, então, foram até a casa do acusado e chegando lá encontraram mais drogas e sacolé. Corroborando com estes fatos, no que diz respeito ao depoimento prestado pela primeira testemunha, o policial militar, Flávio, este é preciso ao informar que encontrou o acusado portando as drogas, o que fortalece a prova de que H. realmente estava guardando e portando as drogas. Coadunando com o depoimento prestado por esta testemunha, o depoimento do segundo policial militar, Thiago, também presente no momento dos fatos. A testemunha também é categórica ao afirmar que o acusado guardava consigo determinada quantidade de drogas. De efeito, não há de se colocar em dúvida os depoimentos dos policiais que acabaram por participar das diligências, sem que se tenha apresentado efetivas circunstâncias de fato e de direito que sirvam a macular suas declarações com a pecha da suspeição ou do impedimento, não se podendo fragilizar depoimentos de testemunhas em razão de profissão, classe social ou atividade desenvolvida em sociedade, sendo todas as testemunhas compromissadas com a fé de dizerem a verdade, constituindo provas aptas e capazes de formar a convicção do julgador a luz do princípio do livre convencimento motivado prelecionado no artigo 157 do CPP. Ademais, conforme já se disse, o depoimento dos policiais militares estão em perfeita consonância com as demais provas produzidas. Além disso, o réu é categórico ao confessar que de fato estava portando as drogas, apesar de dizer que a droga seria para uso pessoal, o que portanto, já demonstra que este incorreu no crime de tráfico, por simplesmente enquadrar-se no verbo

“trazer consigo”, que constitui o tipo legal. Somando a isso, foram encontradas 61,87 gramas de maconha acondicionadas em dois invólucros e 1,40 gramas de maconha acondicionada em um saco plástico, conforme o Laudo Toxicológico Definitivo de fls. 33/34. Certo é que não restam dúvidas acerca da autoria delitiva em face do acusado, vez que as testemunhas ouvidas em Juízo não deixaram transparecer qualquer equívoco em relação à prática delituosa perpetrada por Fabiano, fazendo jus a condenação.”

Observa-se no discurso acima, que o juiz baseou-se na versão dos policiais apresentada no APF e em juízo sobre o acontecimento, no laudo toxicológico elaborado pela Polícia Civil e desconsiderou a confissão do acusado quando alega ser usuário, mas assevera o aspecto em que este admite a propriedade da droga; acionando, dessa forma, o vocabulário de motivos contido nos registros policiais para fundamentar a reconstituição do caso.

De acordo com Marques (apud CAMPOS, 2015, p. 192) o acusado acaba sendo condenado com base nos mesmos termos registrados no auto de prisão em flagrante e que em 74% dos casos os autos foram baseados somente nos testemunhos dos policiais que efetuaram a abordagem, os quais raramente apresentam outras versões. Tal constatação vem ao encontro do caso ora apreciado. O acusado foi condenado com base na prova inquisitória produzida na investigação preliminar, reforçada com a oitiva dos três policiais militares que participaram da ocorrência e que mantiveram em juízo a versão declarada em sede policial. Nenhuma testemunha de defesa foi ouvida e as testemunhas de acusação foram os policiais militares responsáveis pela prisão.

Segundo CAMPOS (2015, 194) em sua análise de processos referentes a tráfico, na cidade de São Paulo- SP, a reconstituição

“é uma operação de seleção e recorte das informações que constitui uma atividade de investigação a fim de alcançar uma ou mais versões dos acontecimentos ocorridos que foram objetos de investigações: selecionou-se a droga em posse do acusado e a acusação de mercancia com base nos depoimentos dos policiais; nas provas trazidas, colhidas pelos policiais; no depoimento das testemunhas, que são geralmente os policiais; no reconhecimento do réu que se deu pelos policiais”.

A reconstituição escrita pelo juiz destaca o vocabulário legitimador da sentença, cujos fundamentos basearam-se na prova inquisitória produzida na investigação preliminar:

Tabela 23- Vocabulário de motivos para a justificação do juiz na reconstituição do caso

Vocabulário de Motivos	Justificação dada pelo juiz na reconstituição
I- Praticava o comércio de drogas	“Consta que o acusado foi preso em flagrante delito, ao ser avistado pelos policiais militares, durante patrulhamento, em atitude suspeita, momento em que foi abordado. Durante a abordagem foram encontradas algumas unidades de substâncias entorpecentes com o acusado. Que, então, foram até a casa do acusado e chegando lá encontraram mais drogas e sacolés [...] Além disso, o réu é categórico ao confessar que de fato estava portando as drogas, apesar de dizer que a droga seria para uso pessoal, o que portanto, já demonstra que este incorreu no crime de tráfico, por simplesmente enquadrar-se no verbo “trazer consigo”, que constitui o tipo legal.”
II-Credibilidade do depoimento policial	“De efeito, não há de se colocar em dúvida os depoimentos dos policiais que acabaram por participar das diligências, sem que se tenha apresentado efetivas circunstâncias de fato e de direito que sirvam a macular suas declarações com a pecha da suspeição ou do impedimento, não se podendo fragilizar depoimentos de testemunhas em razão de profissão, classe social ou atividade desenvolvida em sociedade, sendo todas as testemunhas compromissadas com a fé de dizerem a verdade, constituindo provas aptas e capazes de formar a convicção do julgador a luz do princípio do livre convencimento motivado prelecionado no artigo 157 do CPP.”
III – A substância é tóxica	“foram encontradas 61,87 gramas de maconha acondicionadas em dois invólucros e 1,40 gramas de maconha acondicionada em um saco plástico, conforme o Laudo Toxicológico Definitivo de fls. 33/34”
IV- Provas suficientes para a condenação	“Ademais, conforme já se disse, o depoimento dos policiais militares estão em perfeita consonância com as demais provas produzidas. Além disso, o réu é categórico ao confessar que de fato estava portando as drogas, apesar de dizer que a droga seria para uso pessoal, o que portanto, já demonstra que este incorreu no crime de tráfico, por simplesmente enquadrar-se no verbo “trazer consigo”, que constitui o tipo legal. Certo é que não restam dúvidas acerca da autoria delitiva em face do acusado, vez que as testemunhas ouvidas em Juízo não deixaram transparecer qualquer equívoco em relação à prática delituosa perpetrada por Fabiano, fazendo jus a condenação.”

Observamos que o juiz silencia a defesa na reconstituição e não legitima o seu pedido:

“Enquanto que o defensor do acusado requer a improcedência da pretensão punitiva, com a conseqüente absolvição, com fulcro no art. 386, VI, do CPP. Subsidiariamente, em caso de condenação requer que seja aplicada a atenuante de menoridade e confissão (fls.136/138). Contrariamente ao exposto, a defesa aduziu pelo reconhecimento da confissão do réu com base no art. 65, III, “d” do CP, o que deixo de acolher, visto que o acusado não confessou a prática do delito de tráfico de drogas, conforme se faz comprovada diante das exaustivas provas produzidas nos autos.”

Após a reconstituição do caso, o juiz passa a interpretá-lo. CAMPOS (2015, 194) define a fase da interpretação como “a *construção da pena*” na qual o juiz utiliza o a sistemática do direito criminal, o que representa a racionalidade penal moderna, com suas teorias sobre as funções da pena. Situação que pudemos também visualizar.

No presente caso, o vocabulário de motivos utilizado pelo juiz para a interpretação da criminalização do réu por comércio de drogas foi: a quantidade e a forma da droga; os motivos para a posse da droga; a confissão do réu onde admite ser sua a droga; a desconsideração da declaração do acusado de que era usuário; e os depoimentos dos policiais militares.

Tabela 24 - Vocabulário de motivos apresentado pelo juiz na interpretação

<b>Vocabulário de motivos</b>	<b>Justificação dada pelo juiz na interpretação</b>
I- A quantidade e a forma da droga	“Outrossim, pela quantidade considerável de droga apreendida – 75,75 gramas, pela forma como estava disposta – endoladas, pronta para comércio”
II- Os motivos para a posse da droga	“tal alegação – de consumo próprio, “data venia”, não merece prosperar, restando evidenciado, claramente, que aquela droga se destinava a abastecer o comércio ilícito dentro do estabelecimento prisional.”
III- a confissão do réu que portava a droga	“Além disso, o réu é categórico ao confessar que de fato estava portando as drogas, apesar de dizer que a droga seria para uso pessoal, o que portanto, já demonstra que este incorreu no crime de tráfico, por simplesmente enquadrar-se no verbo “trazer consigo”, que constitui o tipo legal.
IV – o Amplo alcance de condutas abarcadas pela tipificação de tráfico	Como dito, o crime de tráfico de drogas previsto no “ <i>caput</i> ” do art. 33 da Lei 11.343/06 é figura típica de ação múltipla, a qual criminaliza várias condutas em uma única espécie delitiva, basta, para a sua configuração, que o agente guarde ou traga consigo quantidade significativa de droga, circunstância esta reveladora do fim mercantil de tal armazenagem de entorpecente.”
V- A desconsideração da declaração do acusado de que era usuário	“tal alegação – de consumo próprio, “data venia”, não merece prosperar”
VI- A defesa dos depoimentos dos policiais	“De efeito, não há de se colocar em dúvida os depoimentos dos policiais que acabaram por participar das diligências, sem que se tenha apresentado efetivas circunstâncias de fato e de direito que sirvam a macular suas declarações com a pecha da suspeição ou do impedimento, não se podendo fragilizar depoimentos de testemunhas em razão de profissão, classe social ou atividade desenvolvida em sociedade, sendo todas as testemunhas compromissadas com a fé de dizerem a verdade, constituindo provas aptas e capazes de formar a convicção do julgador. Ademais, conforme já se disse, o depoimento dos policiais militares estão em perfeita consonância com as demais provas produzidas.”

A ampla padronização dos textos das sentenças nos fez constatar que estas são replicadas a partir de um modelo. No caso estudado sequer se atentou para a troca do nome do acusado (inicial H. e não Fabiano) como aparece:

“Certo é, que não restam dúvidas acerca da autoria delitiva em face do acusado, vez que as testemunhas ouvidas em Juízo não deixaram transparecer qualquer equívoco em relação à prática delituosa perpetrada por **Fabiano**, fazendo jus a condenação.” (grifo nosso)

Na última etapa o juiz quantifica a pena: 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, com o dia multa na base de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato. A justificativa do juiz de punição é legitimada pela necessidade de segregação colocando mais uma “vida sob cerco” conforme Machado da Silva (apud CAMPOS, 2015, p. 215). No presente caso evidenciamos o vocabulário de motivos utilizado pelo juiz ao aplicar a pena de prisão:

Tabela 25 - Vocabulário de motivos apresentado pelo juiz na codificação

Vocabulário de motivos	Justificação dada pelo juiz na aplicação da pena
I-O réu é enquadrado como traficante	“JULGO PROCEDENTE a pretensão exordial, para o fim de CONDENAR o réu H. S. L. como incurso nas penas do art. 33, “caput” da Lei 11.343/06.”
II- Fixa a Pena Mínima (5 anos)	“Atento às diretrizes do art. 59 do CP, passo à dosagem da pena. Fixo a <i>PENA BASE</i> em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, com o dia multa na base de 1/30 do salário mínimo”
III- Deixa de aplicar a atenuante e aplica a agravante (2ª fase)	“... deixando de aplicar a atenuante de confissão por fixada a pena base no mínimo legal (Súmula 231 do STJ), aplicando em seguida a agravante de reincidência para o fim de aumentar a pena em 10 meses de reclusão e 83 dias multa, com o dia multa na mesma proporção”
IV- Deixa de aplicar a causas de diminuição e de aumento de pena	“assim permanece à míngua de outras agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição de pena”
V-Pena definitiva	“restando assim fixada <i>EM DEFINITIVO</i> na proporção de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, com o dia multa na base de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato”
VI- Cumprimento de pena	“devendo a pena privativa de liberdade ser cumprida <i>INICIALMENTE EM REGIME FECHADO</i> a vista do disposto no artigo art.2º, §1º da Lei 8.072/90 que constitui norma especial de prevalência inclusive sobre o disposto no artigo 387 §2º do CPP”
VII- Deixa de substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos	“Deixo de conceder ao réu o “ <i>sursis</i> ” e a substituição a que alude o art. 44 do CP, pois a despeito do que consta no artigo 1º da Resolução 05/2012 do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão “ <i>vedada a conversão em penas restritivas de direitos</i> ” (declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF), contida no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, “ <i>permissa maxima venia</i> ”, permanecem as vedações elencadas nos incisos XLIII e XLVI do artigo 5º, da Constituição Federal, a indicar necessidade de tratamento mais rigoroso aos Crimes Hediondos e equiparados”
VIII- Necessidade de rigor na punição	“referidos crimes não podem ser tratados da mesma forma que os crimes de médio e menor potencial ofensivo, sob pena da perda da eficácia dos preceitos constitucionais pertinentes.”
IX- Proteção da sociedade	“não se faz socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao condenado que se dedica ao comércio ilícito de drogas”
X- Prisão como o único e eficiente meio de se lidar com a venda de drogas.	“apenas com a sua retirada do meio social os vínculos mercantis serão rompidos e existirá possibilidade de efetiva de sua reinserção social com resguardo da saúde pública – bem jurídico protegido pela norma incriminadora.”

Como já abordado anteriormente, a reincidência é uma das causas para a não aplicação da diminuição de pena, prevista pela lei de drogas, o que se verificou no caso em análise no qual o acusado, que tem apenas dezenove anos de idade, já apresentava uma condenação prévia:

“Outrossim, ao que se verifica das CAC de fls. 127/129, o acusado é reincidente específico (art. 61, I, CP), possuindo contra si uma condenação, o que haverá de ser considerado para fins do artigo 59 do CP, **não se admitindo portanto a causa de diminuição do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06.**”

A tabela de motivos acima nos permite observar que o vocabulário legitimador utilizado pelo juiz fundamenta-se no quadro de referência da racionalidade penal moderna, sobretudo, com a utilização de um vocabulário retributivo e dissuasivo: o juiz destaca a sua posição favorável ao tratamento mais severo dado aos crimes hediondos e equiparados e acredita que o rompimento dos vínculos mercantis advindos do tráfico de drogas ocorre com a retirada do sujeito condenado do meio social, ou seja, utiliza a ideia de repreensão e prevenção para reduzir e controlar o crime e a criminalidade, bem como forma de resguardar a saúde pública. Afirma que só com a retirada do sujeito do meio social (ou seja, com a prisão) é que ele terá uma possibilidade efetiva de reinserção social. Mais uma vez, os fundamentos da política proibicionista que declaram guardiões da saúde, mas trazem em sua essência uma moralidade de abstinência, se operam nos fundamentos expostos.

As categorias desconstruídas por Prates Fraga (2006) no sentido de que um juiz que busque fundamentações mais abertas, atentas às questões sociais, que conjugue sua interpretação aos princípios constitucionais e não se apega à estrita legalidade seria um magistrado com postura mais garantista e libertária e, em contrapartida, um juiz com decisões fechadas no texto legal tenderia a ser mais conservador e com postura mais punitivista. No presente trabalho também não se sustentariam tais categorias, visto que nos casos apreciados ambas as posturas são evocadas em nome do punitivismo. Por exemplo, no item “VI” da tabela supra, o juiz evoca a literalidade do texto da lei de crimes hediondos para fixar o regime inicialmente fechado, numa pena inferior a oito anos, mesmo já tendo o Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade desta previsão e permitido o regime semiaberto. Já no item “VII”, o magistrado argumenta pela não incidência da substituição de pena privativa de liberdade por

restritiva de direito admitindo estar contrariando resolução do Senado Federal que passou a permitir esta aplicação, ou seja, vai de encontro ao texto da lei evocando agora a Constituição Federal e seus princípios, para fundamentar postura mais punitiva. Igualmente, no item “VIII” o juiz evoca a necessidade de maior rigor na punição do crime de tráfico de droga como forma de manutenção de eficácia do texto constitucional.

Já no item “X” da tabela supra, observa-se que o magistrado fundamenta que somente a retirada do traficante do meio social – apenas a prisão – é capaz de romper os vínculos mercantis e ressocializar o indivíduo. Esta visão desconsidera por completo os efeitos deletérios provocados pelo encarceramento em massa, conforme apontados por Boiteux (2006). Tampouco o que afirma Helpes (2014) que compreende a estadia no sistema prisional como um elemento central na construção de uma carreira criminosa e ampara sua compreensão no pensamento de que “um registro de passagem pela prisão torna mais difícil ganhar a vida numa ocupação convencional, predispondo assim o sujeito a ingressar numa atividade ilegal” (BECKER, 2008, p.181).

A argumentação utilizada pelo juiz, em certa medida, evidencia a análise formulada por Becker (2008) sobre as cruzadas morais e seus impostores de regras, no sentido de que a necessidade de que estes têm de justificar a existência de sua posição tendem a produzir discursos um tanto quanto ambíguos, pois ao mesmo tempo que precisam demonstrar que o problema existe e que as regras que impõem têm sentido visto que as infrações estão ocorrendo, necessitam também sustentar que suas tentativas de imposição são eficazes e valem a pena e que o mal que combatem está sendo efetivamente transformado.

Ainda sobre a tabela acima, nos itens de VII a X, que se referem à negativa da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito, chamou-nos a atenção o fato de ter se aplicado a pena sem a incidência da causa de diminuição e por isto ficou estabelecida em cinco anos e dez meses. Este patamar por si só já afasta a possibilidade de substituição pelas próprias regras gerais do Código Penal, que em seu art. 44, prevê este benefício apenas para punições que não excedam a quatro anos. Mesmo assim o magistrado faz constar em seus fundamentos o mesmo texto, em sua literalidade, utilizado para negar a referida substituição nos casos em que a pena é fixada em patamares inferiores a quatro anos. Isto nos revelou a padronização e o

automatismo na formulação das sentenças, onde argumentos que demarcam um tratamento mais repressivo são evocados mesmo sem necessidade. Este fato também evidencia que nos casos de tráfico o tratamento é maciço e pouco individualizado e a decisão já está previamente formulada para ser aplicada, independentemente das especificidades de cada caso. Neste sentido, Boiteux (2006, p. 199) enfatizou que o modelo proibicionista tende a uniformizar e universalizar sua política de controle, enquanto o mercado da droga é facilmente adaptável à economia e às diversidades de cada local.

Conforme se verificou na quase totalidade dos processos com sentenças condenatórias analisados nesta pesquisa, não foi permitido ao sentenciado H. o direito de recorrer em liberdade sob os seguintes argumentos:

“Tendo em vista a natureza do delito, equiparado ao crime hediondo (inclusive pela Súmula 512 do STJ), considerando que o acusado foi preso em flagrante e respondeu ao processo, acautelado, à disposição deste Juízo, tratando-se de crime insuscetível de fiança e liberdade provisória, à vista do disposto no art. 5º, XLIII da Constituição Federal, art.2º, II da Lei 8.072/90 e artigo 44 da Lei 11.343/06 (ainda em pleno vigor, não obstante entendimentos no sentido de sua inconstitucionalidade), presentes portanto os requisitos autorizativos do recolhimento cautelar do acusado, conforme inclusive ressaltado por V. Acórdão do TJMG que denegou ordem de "habeas corpus" ao acusado (fls. 102/107), observando-se patenteados os preceitos do art.312 do CPP, **deixo de conceder aos condenados o direito de recorrer desta sentença em liberdade**, determinando que sejam recomendados na cadeia pública em que se encontram.”

Os motivos típicos utilizados pelo juiz para negar o direito de recorrer em liberdade serão analisados por meio do vocabulário usado, conforme demonstrado na tabela abaixo:

Tabela 26- Vocabulário de motivos para justificar a não concessão do direito de recorrer da sentença em liberdade

Vocabulário de motivos	Justificação dada pelo juiz para negar o direito de recorrer da sentença em liberdade
I- Natureza do crime	“Tendo em vista a natureza do delito, equiparado ao crime hediondo”
II- Prisão em flagrante e prisão preventiva	“considerando que o acusado foi preso em flagrante e respondeu ao processo, acautelado, à disposição deste Juízo”
III- crime insuscetível de fiança e liberdade provisória	“tratando-se de crime insuscetível de fiança e liberdade provisória, à vista do disposto no art. 5º, XLIII da Constituição Federal, art.2º, II da Lei 8.072/90 e artigo 44 da Lei 11.343/06 (ainda em pleno vigor, não obstante entendimentos no sentido de sua inconstitucionalidade)”
IV- Menção a Acórdão do TJMG	“presentes portanto, os requisitos autorizativos do recolhimento cautelar do acusado, conforme inclusive ressaltado por V. Acórdão do TJMG que denegou ordem de "habeas corpus" ao acusado (fls. 102/107)”
V- Menção Literal ao art. 312 do CPP	“observando-se patenteados os preceitos do art.312 do CPP, <b>deixo de conceder aos condenados o direito de recorrer desta sentença em liberdade</b> ” (grifou-se)

Mais uma vez o juiz nega ao réu o direito de recorrer da sentença em liberdade, para isso enumera uma série de justificativas vagas, imprecisas, sem qualquer análise do atual contexto em que se encontra o sentenciado. Presume-se que as situações que legitimaram a decretação da prisão preventiva persistem, resumindo a mera citação literal de artigos legais e constitucionais, da forma que melhor justifique seu posicionamento. Como forma de embasar a sua decisão faz menção retroativa a acórdão do tribunal de Justiça que também negou pedido de liberdade formulado pelo réu, bem como assevera conhecer a inconstitucionalidade do art. 44 da lei 11.343/06, declarada pelo STF, contudo destaca que o texto legal não foi formalmente revogado e que por isso o utilizará como fundamento. Mais uma vez se verifica uma decisão padronizada, sem qualquer análise individualizada e atual do caso concreto, inclusive com questões textuais que evidenciam ter sido a sentença formulada a partir de outro caso, posto que tratava de apenas um réu, porém se escreveu “deixo de conceder aos condenados o direito de recorrer desta sentença em liberdade”.

Em suma, na interpretação do caso o juiz já havia indicado a sua opção por uma postura mais repressiva que privilegia a privação de liberdade como meio de

enfrentamento às drogas e, para justificá-la, aduz argumentação ora estritamente legalista, ora aberta a aspectos sociais, atenta à Constituição e interpretativa, conforme seja conveniente para se levar adiante os fundamentos da “guerra às drogas”, que se evidenciam incorporados ao discurso que justifica as punições expostas nas sentenças.

Tudo isto nos permite lançar o questionamento no seguinte sentido: até que ponto as decisões são tomadas caso a caso, e até que ponto se decide de forma genérica, pelo simples fato de se tratar de tráfico de drogas?

Apesar de reconhecermos os limites de alcance de nossa pesquisa, recortada pelo lapso temporal de dois anos, pelos processos de uma Vara Criminal localizada em uma comarca do interior do estado de Minas Gerais, a conjugação dos dados que obtivemos, com a literatura e com outras pesquisas sobre o tema, nos permite traçar importantes paralelos, que conectam os contextos macro e microssocial conforme apontado na abordagem sociológica da “sentencing” enquanto fenômeno contextualizado (PRATES FRAGA, 2006), e constatar além da cooperação entre os atores envolvidos com o sistema de justiça criminal, opera-se no processo decisório observado fatores como a incorporação da política proibicionista que faz com que as decisões sejam produzidas de forma mais genérica, padronizada e automatizada, demarcando claramente um enfrentamento ao tráfico em detrimento de um julgamento individualizado que considere as nuances de cada caso, o que se evidenciou pelo automatismo das decisões e a ampla repetição de padrões como: se preso em flagrante converte-se em preventiva; se a polícia alega atitude suspeita, presume-se o tráfico e condena-se; não se aplica substituição de pena; não se aplica outro regime inicial de pena, senão o fechado; se responde ao processo preso inicia-se a execução penal mesmo que haja interposição de recurso.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As estatísticas do sistema carcerário brasileiro por si só demonstram haver um problema na aplicação da prisão preventiva, ante o alto índice de pessoas presas nesta modalidade, 40% da população prisional. Igualmente elas dão conta de apontar que o crime mais frequente dentre os presos refere-se à lei de drogas. Identificados estes dois pontos mais nevrálgicos do sistema prisional, partimos para a pesquisa a fim de melhor compreendê-los – observamos as práticas dos atores envolvidos com o sistema de justiça criminal, com enfoque no processo decisório dos juízes, a partir de processos penais referentes ao crime de tráfico de drogas.

Para tanto inventariamos as discussões processuais penais sobre a questão da prisão preventiva, os trabalhos acadêmicos que versaram sobre o tema, assim como as recentes pesquisas institucionais que a investigaram, conjugadas com outras pesquisas que descreveram o atual quadro do sistema prisional brasileiro e delinearam todo sistema de justiça criminal. A partir daí foi possível traçar um espectro de observação dos casos práticos que nos permitiu ir além dos problemas já evidenciados na utilização da prisão preventiva.

Estes estudos, sobretudo os que se fundamentam na dogmática processual penal, apontam dois problemas na prisão preventiva. O primeiro é a ampla margem interpretativa dos fundamentos definidos pela lei que autorizam esta modalidade de prisão, com destaque à expressão “garantia da ordem pública”. O segundo é a ausência de fixação de um tempo máximo para a prisão preventiva. Sinalizam como solução a alteração legislativa. Outras pesquisas enfatizam também a questão da seletividade do sistema de justiça criminal, com enfoque nas questões referentes à vulnerabilidade e às classes sociais. Não discordamos desses apontamentos, mas os consideramos ainda insuficientes para se lidar com o tema, são explicações ainda muito genéricas para os altos e crescentes índices de presos provisórios.

Os referidos estudos serviram-nos como ponto de partida e contribuíram para a opção de estudarmos a prisão preventiva de forma mais detalhada, observando-a no contexto das relações institucionais entre os órgãos que compõem o sistema de justiça criminal e dos indivíduos que neles operam. Contudo, antes de partirmos para a pesquisa entendemos por bem buscar aportes sociológicos nos temas do crime, desvio e

controle social, passando por uma bibliografia que trata das instituições e especificamente das instituições de controle social do crime, para então buscarmos as discussões mais específicas sobre a questão das políticas públicas sobre drogas e suas lógicas proibicionistas e repressivas e finalizamos com uma revisão sobre a teoria da *sentencing*, a qual nos forneceu suporte e parâmetros para analisarmos as decisões judiciais.

Sobre estas bases, empreendemos a pesquisa de campo que se concentrou no levantamento de processos criminais referentes ao tráfico de drogas, recortados pelo lapso temporal de dois anos, compreendido entre primeiro de janeiro de 2014 e 30 de dezembro de 2015, à 4ª Vara Criminal, da comarca de Juiz de Fora – MG, da qual extraímos cento e cinquenta e cinco processos. Após um levantamento de dados mais objetivos referentes aos tempos despendidos nos processos e os percentuais de prisão preventiva observamos uma grande ligação entre esta e a prisão em flagrante, dentre os casos analisados, demonstrou ser a principal porta de entrada no sistema de Justiça Criminal. Na sequência apontamos temas que emergiram da observação geral dos processos e que despontaram das observações, tais como: o conteúdo e as formas repetitivas e automatizadas das decisões judiciais, as categorias de “processos com réus presos” e “processos com réus soltos”, as dinâmicas do fluxo processual e os efeitos provocados pela prisão preventiva, a qual se destacou como uma ferramenta de seleção interna dos processos, uma vez que permite a aceleração da tramitação dos casos em que ela está decretada, passando a ter prioridade em relação aos demais processos que não a apresenta, ocasionando o retardamento dos mesmos.

Assim, destacamos que a prisão preventiva serve como ferramenta de resolução rápida do caso. Considerando-se que os operadores do sistema de justiça criminal estão sempre com mais casos do que podem dar conta de julgar, tendem a estabelecer “prioridades, lidando com uma coisa de cada vez, enfrentando os problemas mais urgentes de imediato e deixando os outros para mais tarde” conforme Becker (2008, p. 163), e para darem vazão aos casos que julguem merecer rápida intervenção, utilizam-se da prisão preventiva que garantirá uma resposta rápida com a aceleração do processo, e ao mesmo tempo punitiva, pela privação da liberdade. Nas palavras de Mary Douglas sobre as instituições “deve existir algum meio de dissipar qualquer energia que

se mostre excessiva em relação àquilo que é necessário para manter o padrão” (DOUGLAS, 2007, p.116). Sendo este meio a prisão preventiva.

Isto nos leva a concluir que a formulação de marcos legais mais precisos para a prisão preventiva, seus fundamentos e seu tempo de duração, conforme proposto por outros estudos, certamente contribuiria para um tratamento processual mais racional e respeitoso às garantias individuais do acusado e neste aspecto seriam louváveis, porém, em muito pouco ou em nada refletiriam nas taxas de pessoas presas cautelarmente. A prisão preventiva está intimamente ligada à ação policial, umbilicalmente ligada à prisão em flagrante e internalizada nas práticas judiciais. Conforme destacado por Kant de Lima (2013) o aspecto institucional do nosso sistema de administração de conflitos, composto pela justiça criminal e segurança pública, não é constituído com o objetivo de administrar os conflitos, em suas mais diversas naturezas, ao contrário, atua no sentido de eliminá-los através da punição dos sujeitos envolvidos, pautada numa lógica exclusivamente institucional. A mera reconfiguração legal, por si só, não é capaz de alterar estas práticas.

Na sequência empreendemos uma análise pormenorizada de 83 sentenças criminais e finalizamos com um estudo pormenorizado de um caso modelo, a partir do qual exploramos em detalhes suas dinâmicas, bem como a prática decisória a partir dos termos e fundamentações utilizadas pelo magistrado. Isto nos permitiu observar as dinâmicas dos casos e as decisões judiciais, permeadas pela incorporação das políticas repressivas que valorizam o enfrentamento às drogas numa lógica de guerra e de eliminação do problema através da ampliação do encarceramento, onde os magistrados utilizam-se tanto de argumentos estritamente legais quanto de fundamentos mais abertos e interpretativos do texto da lei, conforme seja necessário para melhor atender ao modelo repressivo.

As altas taxas de pessoas presas preventivamente evidenciam abusos na aplicação do instituto e estas se relacionam com o estado democrático de direito. Ou seja, o baixo nível de implementação prática do estado democrático de direito permite a flexibilização de seus princípios, tais como devido processo legal e presunção de inocência, o que demonstra a adoção de políticas autoritárias, facilmente assimiladas pelas instituições estatais ligadas à justiça criminal e seus agentes. Questões de inquisitorialidade arraigada nas praxes das instituições, problemas de acesso à justiça,

esquizofrenia punitivista que demanda a demonstração de força por parte do Estado ao mesmo tempo em que divide com os cidadãos a responsabilidade pela prevenção e a adoção de políticas proibicionistas que elegem o tráfico como o inimigo a ser combatido são alguns dos aportes teóricos que pudemos observar nas sentenças analisadas e que se relacionam a uma existência intermitente e parcial do Estado de Direito.

O presente trabalho não tem a pretensão de dar uma explicação definitiva às altas taxas de prisão preventiva apresentadas pelo Brasil, questão que necessita de maiores aprofundamentos e principalmente pesquisas empíricas. Contudo, apesar dos limites de alcance de nossa pesquisa, recortada pelo tempo (dois anos) e pelo espaço (uma Vara criminal de Juiz de Fora/MG), a conjugação dos dados que obtivemos, com a literatura e com outras pesquisas sobre o tema, nos permitiu traçar importantes paralelos com estas. No processo decisório observado operam-se fatores como a incorporação da política proibicionista que faz com que as sentenças sejam produzidas de uma forma, padronizada e automatizada, na qual se demarca claramente um discurso de combate ao tráfico em detrimento de um julgamento individualizado que considere as nuances de cada caso. O que se destacou na ampla repetição de padrões como: se preso em flagrante converte-se em preventiva; se a polícia alega atitude suspeita, presume-se o tráfico e condena-se; não se aplica substituição de pena; no tráfico só se aplica regime fechado; se responde ao processo preso, recorre-se preso.

Por todo o exposto, somos levados a crer que a curto ou médio prazo, não observaremos nenhuma regressão na taxa de pessoas presas preventivamente, tampouco no número de encarcerados por envolvimento com drogas ilícitas, os números tendem a se manter ou mesmo aumentar, em que pese movimentos como o ocorrido no Uruguai ou a discussão iniciada pelo STF, referentes à descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal serem fatores capazes de ascender o debate público sobre a questão e levar as instituições e seus agentes a reflexões sobre suas práticas. Acreditamos que a mera reconfiguração legal, desprendida de um profundo e amplo debate público, dificilmente permearia a evidenciada lógica de funcionamento das instituições, já internalizadas por seus agentes. Tal afirmação pauta-se na observação de que nos casos referentes ao tráfico de drogas é uma praxe a prisão em flagrante, sua conversão em preventiva e a condenação do réu, e os fundamentos para isto ora são estritamente legais, ora são abertos a questões sociais e mesmo ao texto constitucional,

conforme melhor fundamentem as práticas estabelecidas, de modo que simples reconfiguração legal dificilmente reverterá a lógica estabelecida de que, em se tratando de tráfico de drogas a polícia prende e a Justiça NÃO solta.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Sérgio. Políticas Públicas de Segurança e Justiça Penal. **Cadernos Adenauer IX**, nº 04 – Segurança Pública. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2008.
- ALMEIDA, Marcius Alexandros Antunes de Almeida. **Críticas e alternativas à prisão preventiva**. Porto Alegre: PUCRS, 2010. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=180124](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=180124)>. Acesso em 05 de fev. de 2016.
- AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian. **Cartografia da justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios**. Saraiva. São Paulo, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Jorge Zahar, Rio de Janeiro, RJ, 2008.
- \_\_\_\_\_. Problemas de inferência e prova na observação participante. In: **Métodos em pesquisa em ciências sociais**. São Paulo: Haucitec, 1994. p. 47-64.
- BEST, Joel. **Deviance: a career of a concept**. Cengage Learning, USA, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 3: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOITEUX, Luciana. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- BOITEUX, L; WIECKO, E. et al. **Tráfico de drogas e Constituição**. Disponível em: <[http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/11/01Pensando\\_Direito.pdf](http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/11/01Pensando_Direito.pdf)>. Acesso em: 25 nov.2016.
- BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. **Dicionário crítico de sociologia**. Editora Ática, São Paulo, SP, 2004.
- BASIL. Conselho Nacional de Justiça: **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. 2015. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas\\_presas\\_no\\_brasil\\_final.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf)>. Acesso em: 30 de mar. 2015.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias infopen – junho de 2014**. CNJ, Brasília,

2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 19mar. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Justiça em números - 2015**. CNJ, Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 20 de junho de 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico**. Brasília. Ministério da Justiça; Ipea, 2015. Disponível em <[http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/Pod\\_54\\_Rogério\\_final\\_web-1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/Pod_54_Rogério_final_web-1.pdf)>. Acesso em 15 de junho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: **Glossário jurídico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=441>>. Acesso em: 02 de mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 52.697/RJ**. Ministro Leitão de Abreu. 13 de setembro de 1974. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 1998.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo**. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo, SP, 2015.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

\_\_\_\_\_. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Conan, 1995.

CHEVIGNY, Paul. Definindo o papel da polícia na América Latina. In: MENDÉZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Democracia violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina**. Paz e Terra. São Paulo, 2000, cap. 4, p. 65-87.

\_\_\_\_\_. *The Populism of Fear: politics of crime in the Americas*. **Punishment & Society**, vol. 5(1), p. 77-96, 2003.

COHEN, Stanley. **Visions of social control: crime, punishment, and classification**. Cambridge: Polity Press, 1985.

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Mudar a mentalidade**. Gazeta do Povo, 31mar.2009. Disponível em:  
<<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/conteudo.phtml?id=872592>>
- CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006
- DAHL, Robert A. **Poliarquia: participação e oposição**. Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Ed. 34, São Paulo, 1992.
- DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DENZIN, Norman K., LINCOLN, Yvonna S. **O Planejamento da Pesquisa Qualitativa: teorias e abordagens**. Porto Alegre, RS: Artmed, 2006.
- DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e segurança (entre pombos e falcões)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- DURKHEIM, Émile. **Lições de sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERREIRA, Helder; FONTOURA, Natália de Oliveira. **Sistema e justiça criminal no Brasil: quadro institucional e um diagnóstico de sua atuação**. Brasília: IPEA, 2008. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1330.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1330.pdf)>. Acesso em: 02 fev. de 2016.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.
- FRIEDBERG, Erhard. **Organização**. In: BOUDON, Raymond. Tratado de sociologia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.
- GAIÓ, André Moysés. Crime e controle social no Brasil contemporâneo. in: **Teoria e Cultura**. Juiz de Fora, v.1, n.2, p. 101-127,jul./dez., 2006.
- \_\_\_\_\_. *O Populismo Punitivo no Brasil*. in: **CSONline – Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, ed. 12, p. 19-27, 2011.

\_\_\_\_\_. O Governo através do crime. In: GAIO, André Moysés. **Contra a criminologia: enfrentando os mitos da criminologia positiva**. Curitiba, PR: CRV, 2012. p. 09-37.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle: Crime e Ordem Social na Sociedade Contemporânea**. Revan, Rio de Janeiro, RJ, 2008.

\_\_\_\_\_. **Entrevista concedida à Revista Eletrônica de Jornalismo Científico**. Em 10 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&edicao=35&id=30&tipo=entrevista>>. Acesso em: 17 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. **As contradições da “sociedade punitiva”**: o caso Britânico. Revista de Sociologia e Política. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1999. P. 59-80

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Unesp, São Paulo, SP, 1991.

GOFFMAN, Evering. Características de instituições totais. In. ETZIONI, Amitai. **Organizações complexas: estudo das organizações em face dos problemas sociais**. São Paulo, Atlas, 1981, p. 303-331.

\_\_\_\_\_. **Ritual de interação: ensaios sobre o comportamento face a face**. Vozes, Petrópolis, RJ, 2012.

GOMES, Patrick Mariano. **Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/14100>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v.2, 2003.

HOFFMAN, Delmar Marino. **Os direitos fundamentais como fato limitador da prisão preventiva**. Umuarama, PR: Universidade Paranaense. 2008. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=124916](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=124916)>. Acesso em: 05 mar. 2016.

IDDD - Instituto de Defesa dos direitos de Defesa. **Liberdade em foco: redução do uso abusivo da prisão provisória na cidade de São Paulo**, São Paulo: IDDD, abril de 2016. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/RELATORIO-LIBERDADE-EM-FOCO.pdf>>. Acesso em 05 de junho de 2016.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **Prisões em Flagrante na Cidade de São Paulo**. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2012.

KANT DE LIMA, Roberto. Cultura jurídica e prática policial: a tradição inquisitorial. In. **Revista brasileira de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v.4, n.10. jun. 1989.

\_\_\_\_\_. Antropologia, direito e segurança pública: uma combinação heterodoxa. In: **Cuadernos de Antropología Social**. Nº 37, p. 43–57, 2013.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Rogéria da Silva. **As microlitigiosidades da atividade adjudicante nos crimes de estupro**: um estudo da sentencing de um tribunal do interior da Bahia. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ, 2011.

MENDÉZ, Juan E. Problemas da violência ilegal: introdução. In: \_\_\_\_\_; O'DONNELL, Guilherme; PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Democracia violência e injustiça**: o não-estado de direito na América Latina. Paz e Terra. São Paulo, 2000, cap. 1, p. 33-38.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**: tomo IV (Q-Z). Edições Loyola, São Paulo, 2001.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NICOLITT, André Luiz. **Lei nº 12.403/2011**: o novo processo penal cautelar as prisões e as medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

O'DONNELL, Guilherme. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. In: MENDÉZ, Juan E.; \_\_\_\_\_; PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Democracia violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina**. Paz e Terra. São Paulo, 2000, cap. 19, p. 337-373.

OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. **Improving Pretrial Justice**: the roles of lawyers and paralegals. New York, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas: introdução e recomendações**. 2014. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>

PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barros da. **Prisão preventiva e liberdade provisória**: a reforma da lei 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013.  
Pesquisa CNI – IBOPE. **Retratos da sociedade brasileira: segurança pública**. Brasília: CNI, 2011.

PRATES FRAGA, Fernanda. **Quod non est in actis, non est in mundo? Hermetismo, abertura e os usos da lei na justiça penal.** Dissertação (Mestrado). Universidade Candido Mendes. Rio de Janeiro: RJ, 2006.

PRATT, John. **Penal Populism.** Routledge, New York, USA, 2007.

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. **Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

RIBEIRO, Ludmila; SILVA, Klarissa. **Fluxo do sistema de justiça criminal brasileiro: um balanço da literatura.** Cadernos de Segurança Pública, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2010, p. 14-27.

RODLEY, Nigel S. Tortura e condições de detenção na América Latina. In: MENDÉZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Democracia violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina.** Paz e Terra. São Paulo, 2000, cap. 2, p. 39-56.

ROSE, Nikolas. **The Politics of Life Itself.** Princeton University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. **Inventando nossos selfs: psicologia, poder e subjetividade.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

\_\_\_\_\_. **A Política da própria vida: biomedicina, poder e subjetividade no século XXI.** São Paulo: Paulus, 2013.

SANTOS, Vinicius Lang dos. **Direito Constitucional ao prazo razoável e a duração da prisão preventiva.** Porto Alegre: PUCRS, 2008. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=130802](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=130802)>. Acesso em: 05 de fev. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Hugo Miranda Mendes. **Visão crítica da prisão preventiva *stricto sensu* e sua efetividade no processo penal.** Umuarama, PR: Universidade Paranaense, 2006. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=88007](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=88007)>. Acesso em: 02 fev. 2016.

SILVA, Joyce Keli do Nascimento. **Mulheres no tráfico de drogas: um estudo sobre a resposta do sistema de justiça penal à criminalidade feminina.** Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, MG, 2013.

SILVA, Joyce Keli do Nascimento. **Sentencing: o que importa na formação de uma decisão penal?.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3801, 27 nov. 2013. disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25940>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

SOUZA NETTO, Jose Laurindo. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2005.

SOUZA SANTOS, Boaventura. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas – o caso português**. 2ª Ed. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

STRAUSS, Anselm. CORBIN, Juliet. **Pesquisa Qualitativa: técnicas e procedimentos para o desenvolvimento de teoria fundamentada**. Porto Alegre, RS: Artmed, 2008.

UHLEIN, Márcia Regina Claudino. **Um paralelo entre a internação provisória e a prisão preventiva: a falácia da proteção integral**. Porto Alegre: PUCRS, 2009.

Disponível em:

<[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=170167](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=170167)>. Acesso em: 05 mar. 2016.

VASCONCELLOS, Fernanda Batestti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

Disponível em:

<[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=143741](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=143741)>. Acesso em: 17 nov. de 2015.

WALMSLEY, Roy. **World Prison Population List – eleventh edition**. World Prison Brief, 2015. Disponível em:

<[http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_prison\\_population\\_list\\_11th\\_edition.pdf](http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition.pdf)>. Acesso em: 05 de junho de 2016.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. v.1. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1994.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZALUAR, Alba. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.