UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Dissertação

Mecanismos que Perpetuam a Desigualdade de Proteção de Direitos e Garantias no Âmbito das Prisões Cautelares no Brasil

Guilherme Rego Magalhães

Pelotas, 2019

Guilherme Rego Magalhães

Mecanismos que Perpetuam a Desigualdade de Proteção de Direitos e Garantias no Âmbito das Prisões Cautelares no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Vulnerabilidade Social da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito

Orientador: Marcelo Nunes Apolinário

Pelotas, 2019

Guilherme Rego Magalhães

Mecanismos que Perpetuam a Desigualdade de Proteção de Direitos e Garantias no Âmbito das Prisões Cautelares no Brasil

Dissertação aprovada, como requisito parcial, para obtenção de grau de Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito e Vulnerabilidade Social, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas

Data da Defesa:

Banca examinadora:

.....

Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário..... (Orientador)
Doutor em direitos fundamentais pela Universidade Autônoma de Madrid .....

.....

Prof. Dr. Bruno Rotta Almeida.....
Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

.....

Prof. Dra. Fernanda Bestetti de Vasconcellos.....
Doutora em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

RESUMO

Esse trabalho tem como objeto de estudo os mecanismos pelos quais se opera a estratificação da população brasileira no que diz respeito a seu acesso a direitos e garantias fundamentais no contexto da aplicação das prisões cautelares. A hipótese da pesquisa é de que, apesar de tais problemas serem frequentemente visto como mero produto da desigualdade material existente no país, há, mais que apenas isso, uma pluralidade de sistemas instalados na estrutura da nossa sociedade, penetrando inclusive o setor jurídico, que atuam no sentido de manter uma separação entre os níveis de direitos garantidos a diferentes estratos sociais. Para averiguar isso, tomou-se como objeto de estudo os institutos das prisões especial, temporária e preventiva para observar como os direitos de diferentes grupos são tratados no contexto da possível privação de liberdade de alguém ainda presumido como inocente. A pesquisa é bibliográfica e documental, analisando dados estatísticos, legislação, doutrina e em menor medida jurisprudência. Primeiramente foi feita a análise de dados estatísticos para averiguar a existência, proporção e natureza da disparidade de tratamento entre setores sociais. Essa pesquisa demonstrou que há significativas disparidades nos mais diversos níveis da aplicação das prisões cautelares e que fatores como renda, educação e mesmo raça podem afetar como essas medidas atingem diferentes grupos. A seguir se analisou os dispositivos normativos relevantes em busca de elementos que pudessem levar à aplicação seletiva dessas medidas, inclusive verificando o efeito de mudanças legislativas em sua aplicação. Essa etapa revelou que há elementos problemáticos no texto legal, mas a legislação em vigor tem, na maioria dos casos, pouco efeito sobre como as prisões cautelares são aplicadas, pois é implementada de forma inconsistente e seletiva. Por fim se procurou possíveis explicações para os resultados observados em obras doutrinárias que oferecem uma visão crítica da interação do direito com as demais estruturas de poder de uma sociedade. A conclusão que se chegou foi que reconhecer o potencial do direito de internalizar e reproduzir dinâmicas injustas de poder deve ser reconhecida para que se possa tomar medidas efetivas para impedir a aplicação desigual de dispositivos como as prisões cautelares.

Palavras Chave: Desigualdade de acesso. Aplicação seletiva do direito. Prisão especial. Prisão preventiva. Prisão Temporária. Estratificação social.

ABSTRACT

This work has as it's object of study the mechanisms by which the stratification of the Brazilian population is operated with respect to its access to fundamental rights and guarantees in the context of the application of the precautionary prisons. The hypothesis of the research is that, although such problems are often seen as a mere product of the material inequality existing in the country, there are multiple systems installed in the structure of our society, penetrating even the legal sector, which act to maintain a separation between the levels of rights guaranteed to different social strata. To demonstrate this, the institutions of special prision, temporary arest and preventive prison were chosen as objects of this study as to observe how the rights of different groups are treated in the context of the possible deprivation of liberty of someone still presumed innocent. The research is bibliographical and documentary, analyzing statistical data, legislation, doctrine and to a lesser extent jurisprudence. Firstly, the analysis of statistical data was carried out to ascertain the existence, scale and nature of the disparity of treatment between social sectors. This research has shown that there are significant disparities in the most diverse levels of the application of the precautionary prisons and that factors such as income, education and even race can affect how these measures reach different groups. Next, we analyzed the relevant normative devices in search of elements that could lead to the selective application of these measures, including verifying the effect of legislative changes in their application. This stage revealed that there are problematic elements in the legal text, but the legislation in effect has, in most cases, little effect on how precautionary prisons are applied, since it is applied inconsistently and selectively. Finally, possible explanations were explored for the results observed in doctrinal works that offer a critical view of the interaction of law with the other structures of power of a society. The conclusion that has been reached is that recognizing the potential of the law to internalize and reproduce unjust power dynamics must be recognized so that effective measures can be taken to prevent the unequal application of devices such as precautionary prisons.

Key-words: Inequality of access. Selective application of the law. Special prison. Preventive prision. Temporary arrest. Social stratification.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1	Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime.	17
Figura 2	Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil ……...	19
Figura 3	Raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade e da população total ……..	20
Figura 4	Resultados de audiências de custódia para brancos e negros ……	21
Figura 5	Relação prisão/liberdade versus raça/cor em audiências de custódia nos estados de Minas Gerais, Pernambuco e Rio de Janeiro ……	22
Figura 6	Percentual de presos provisórios por tipo de crime praticado ……	24
Figura 7	Tipo de crime dos presos apresentados em audiências de custódia …	24
Figura 8	Processos de tráfico por tipificação ……	26
Figura 9	Percentual de presos sem condenação com mais de 90 dias de aprisionamento ……	29
Figura 10	Media de duração das medidas de prisão de réus com e sem pedido e concessão de liberdade, geral e por matéria ……	30
Figura 11	Porcentagem de pessoas cumprindo sentença em estabelecimentos que não dispões de assistência judiciária ……..	31
Figura 12	Porcentagem das audiências de custódia em que o juiz explorou o mérito dos fatos ……..	60
Figura 13	Evolução comparativa do número de pessoas no sistema prisional, número de vagas e presos provisórios …….	66
Figura 14	Medidas cautelares aplicadas na cidade do Rio de janeiro aos casos de prisão sem flagrante antes e depois da Lei das Cautelares (em % sobre o total dos casos) ……..	69
Figura 15	Distribuição das liberdades concedidas segundo autor da decisão e tipo de liberdade. Município de São Paulo, abril – junho de 2012 ……	70
Figura 16	Resultado de processos iniciados em 2011 com prisão em flagrante e concluídos até 2013, segundo a primeira cautelar aplicada ……	72
Figura 17	Fundamentos do decreto de prisão (%) ……	97

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....7

2 A DISPARIDADE DE GARANTIAS EM NÚMEROS.....18
2.1 PERFIL BÁSICO DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE NO BRASIL.....18
2.2 FATORES QUE LEVAM À MAIOR SUBJEÇÃO À PRISÃO PROVISÓRIA.....22
2.3 FATORES QUE LEVAM A UMA MAIOR DURAÇÃO DA PRISÃO PROVISÓRIA.....29
2.4 CONSTATAÇÕES.....37

3 ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS RELEVANTES.....37
3.1 A PRISÃO ESPECIAL.....38
3.1.1 A origem da prisão especial.....40
3.1.2 Quem ou o que a prisão especial protege?.....40
3.1.3 Separados, mas iguais.....43
3.1.4 Argumentos pretéritos em prol da prisão especial.....46
3.1.5 Críticas contemporâneas à prisão especial.....49
3.1.6 Mudanças legislativas.....54
3.1.7 Constatações.....57
3.2 A PRISÃO PREVENTIVA.....58
3.2.1 Os problemas do termo “garantia da ordem pública”.....59
3.2.2 As contradições da prevenção de crimes futuros.....62
3.2.3 A falta de aplicação da garantia da ordem econômica.....66
3.2.4 A linguagem problemática do texto legal original.....69
3.2.5 O impacto real da Lei 12.403/2011.....66
3.2.6 Constatações.....73
3.3 A PRISÃO TEMPORÁRIA.....76
3.3.1 A duração limitada da prisão temporária.....78
3.3.2 Problemas no texto legal.....79

4 PRINCÍPIOS DAS PRISÕES CAUTELARES.....88
4.1 MOTIVAÇÃO.....88
4.2 JURISDICIONALIDADE.....91
4.3 CONTRADITÓRIO.....93
4.4 PROVISORIEDADE.....95
4.5 PROPORCIONALIDADE.....98
4.6 EXCEPCIONALIDADE.....101
4.7 CONSTATAÇÕES.....102

5 EXPLICAÇÕES POSSÍVEIS PARA AS DISPARIDADES OBSERVADAS.....106
5.1 A SELEÇÃO DA CLIENTELA DAS PRISÕES CAUTELARES.....107
5.2 DESIGUALDADE DE DIREITOS E A REALIDADE BRASILEIRA.....112
5.2.1 O modelo de sociedade em pirâmide e sua manutenção por meio do direito.....114
5.2.2 Normas universais, aplicação seletiva.....116
5.3 A NÃO REIVINDICAÇÃO DE DIREITOS POR SETORES SOCIAIS.....120
5.4 O DIREITO USADO PARA SEGREGAR.....124
5.4.1 O efeito da figura do delinquente sobre a privação de liberdade.....127
5.4.2 A criminologia positivista e o *Labeling Approach*.....132

5.4.3 A mudança de função das prisões cautelares.....136

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....139

1 INTRODUÇÃO

Essa pesquisa tem como foco as diferenças na salvaguarda de direitos fundamentais de diferentes setores sociais por parte do Estado brasileiro, especialmente no âmbito das prisões sem condenação. Nossa Constituição afirma que os direitos e garantias nela previstos são universais e a igualdade na aplicação da lei é um requisito básico do Estado de direito, no entanto, parcelas socialmente vulneráveis da população frequentemente não têm acesso de fato a seus direitos nem tem eles respeitados por órgãos estatais. Isso é frequentemente considerado um efeito inevitável de fatores puramente sociais e além do âmbito do direito. O sistema jurídico é tratado como algo insular cujo único dever para promover a igualdade seria a prevê-la no âmbito legislativo e a exigir, mesmo que a realidade socioeconômica nacional torne impossível isso se realizar com perfeição. Esse trabalho questiona essa ideia de que o que impede que a nossa legislação se concretize conforme idealizada está além do âmbito do direito.

O âmbito escolhido para analisar essa dinâmica foi o do direito à liberdade frente aos diferentes tipos de prisão cautelar no Brasil. Essas são prisões processuais, ou seja, que ocorrem sem a necessidade de sentença condenatória e, portanto, restringem os direitos de indivíduos ainda presumidos inocentes em nome de uma necessidade à qual é dada maior peso. Serão analisados mais especificamente os institutos das prisões especial, temporária e preventiva. Esses institutos foram escolhidos pois servem como um exemplo claro da tendência de nosso Estado dar maior peso aos direitos de certos grupos, reproduzindo uma estratificação de classes que não se limita à dimensão financeira, mas também afeta os direitos de que se dispõe e que sempre foi parte da estrutura social brasileira. Não se propõe que as prisões cautelares são o único âmbito onde isso se observa, mas por se tratar de uma restrição ativa e direta a um direito fundamental e pela criminalidade e encarceramento terem conotações de classe, raça e limpeza social maiores que qualquer outra faceta do direito, se

considerou que quaisquer tendências discriminatórias que houvessem na aplicação do direito em nosso país seriam mais nitidamente demonstráveis nesse âmbito.

Esse estudo analisa inicialmente informações estatísticas a respeito da aplicação desses diferentes institutos relacionados às prisões cautelares para determinar se há disparidades observáveis em como essas medidas são aplicadas a diferentes grupos e quais são os fatores que influem para alguém ter seus direitos mais ou menos respeitados nesse contexto. Em seguida analisa-se a redação dos dispositivos legais relativos às prisões cautelares e a linguagem que eles utilizaram através do tempo em busca de elementos que possam explicar quaisquer disparidades observadas. A correlação entre os resultados práticos e o que é prescrito, além dos efeitos de mudanças legislativas na aplicação dessas medidas, definirá até que ponto a aplicação das prisões cautelares é definida pela letra da lei que as prevê. Por fim, o trabalho busca em uma extensa bibliografia nacional e internacional modelos de compreensão da interface entre o direito e a sociedade que expliquem adequadamente os resultados estatísticos observados. Se as teorias trazidas, que reconhecem a aptidão do direito a ser moldado por sua sociedade e reproduzir suas injustiças, se encaixarem melhor com o que se observa na aplicação das prisões cautelares do que uma perspectiva insular do direito, restará indicado que tais teorias são uma ferramenta importante para a compreensão e combate às desigualdades presentes nessa área de nosso sistema jurídico.

Frisa-se que a área em que esse trabalho procura as causas da segmentação dos níveis de acesso a garantias é a do direito, não a da sociedade. O foco não é a existência da desigualdade social em si, mas a questão de como uma estrutura social construída sobre a desigualdade molda o direito e o poder estatal que dela emanam de forma a perpetuar tal desigualdade. Procura-se mecanismos, inseridos entre a prescrição de nossas normas e sua concretização que as distorcem de sua forma abstrata igualitária para algo que reflete e perpetua as divisões existentes na sociedade. A possibilidade de que o direito brasileiro como existe hoje seja, por conta da sociedade que lhe deu origem, em vários sentidos mais uma ferramenta de manutenção de divisões de classe não é encorajadora, mas sendo esse o caso é necessário que isso seja reconhecido para que possa haver progresso. Essa visão põe a responsabilidade de resolver problemas como a disparidade de proteção de direitos

fundamentais de volta nas mãos do setor jurídico e previne que este desperdice seu tempo com soluções ineficazes como a previsão normativa de novos direitos quando os já previstos falham em se concretizar por conta da natureza dos sistemas que os aplicariam.

Pretende-se por meio dessa pesquisa combater a tendência do discurso acadêmico jurídico de focar sua atenção no texto normativo ou nos vícios históricos da sociedade brasileira. A tese não é que tais aspectos não merecem a atenção que têm recebido, mas sim que examinar o problema apenas desde essas perspectivas implica ignorar a existência de mecanismos, nascidos da desigualdade, incumbidos de mantê-la e incorporados ao sistema pelo qual o direito é administrado em nosso país, que, se não forem apontados e combatidos, nunca permitirão a verdadeira universalidade dos direitos fundamentais.

A importância de um estudo adotar tal enfoque é, então, promover uma perspectiva alternativa em relação ao problema do acesso desigual a direitos e garantias, a qual não retira a responsabilidade de seu enfrentamento do âmbito do direito, atribuindo-a a fatores sociais irremediáveis. Tal mudança de perspectiva também se torna necessária para que essa desigualdade seja visibilizada, de modo a possibilitar o seu enfrentamento. Daí a importância de estudar as diferentes formas sob as quais a desigualdade penetra no direito, pois, na medida em que se evidencia a sua existência, ela não mais poderá ser justificada ou ignorada.

A forma como um problema é narrado é determinante de como ele será combatido. Uma perspectiva que vê o direito como uma coleção de normas, ignorando o sistema social que as aplica, leva a soluções ineficazes, que apenas alteram o que a lei prevê, não o que de fato ela proporciona. Similarmente, narrativas que focam os vícios da cultura nacional, advindos de uma história de desigualdade e exploração, tendem a empurrar a responsabilidade para fora do âmbito jurídico e a conceber o problema como mero subproduto de tais vícios culturais. Isso leva a uma mentalidade que acredita que não há nada fundamentalmente errado com a justiça no Brasil e que tudo o que o direito pode fazer é idealizar uma sociedade justa no âmbito normativo e esperar que um dia o país real se conforme a ela. A contribuição que esse trabalho proporciona, então, é a de promover a discussão da desigualdade do acesso a direitos e garantias a partir de uma perspectiva que envolve a assunção, por parte da própria ciência jurídica de sua responsabilidade no enfrentamento desse problema. Isso inclui

compreender que prescrever algo em lei não basta para que se torne realidade e que o real funcionamento de nosso sistema jurídico frequentemente o torna mais uma ferramenta para elevar um grupo privilegiado deixando para trás os socialmente vulneráveis, problema que exige um reexame muito mais profundo de nossa disciplina do que estamos frequentemente dispostos a fazer.

As questões que esse trabalho busca analisar são, portanto, duas: Há uma demonstrável disparidade na proteção dos direitos constitucionais de diferentes setores sociais na aplicação das prisões cautelares? e, havendo; Quais são os mecanismos que efetuam tal separação?

A primeira questão, longe de se referir a um potencial fenômeno não descoberto, se baseia em uma observação amplamente aceita tanto pela academia quanto pela população brasileira em geral; a de que as elites sociais em nosso país têm seus direitos constitucionais muito mais respeitados pelo Estado do que o restante da população. Ou seja, que apesar de todos terem, teoricamente, os mesmos direitos, os de alguns são respeitados à risca – e efetivamente reivindicados se não forem – enquanto outros tem seus direitos ignorados e relativizados regularmente, a ponto de desfrutarem, para todos os efeitos, de um *hall* muito menor de garantias. Esse trabalho não vai, no entanto, contar apenas com o senso comum ou anedotas e tomar a situação fática como demonstrada. Serão trazidos dados estatísticos, muitos deles dados oficiais disponibilizados por agências estatais, e correlacioná-los e analisá-los de forma a traçar uma imagem clara tanto das disparidades que existem, quanto dos fatores que contribuem para elas.

O trabalho não se resume a analisar a renda e grau de escolaridade média dos submetidos às prisões cautelares, pois isso seria insuficiente. É bem sabido que a população prisional, independentemente de ser cautelar ou sentenciada, é de renda e educação muito abaixo da média, mas, enquanto isso obviamente tem implicações sociais importantíssimas, esses fatos não deixam de ser compatíveis com a comum explicação de que pessoas com menos alternativas cometem mais crimes e que tal disparidade é inevitável. O que se busca mostrar é que as diferenças de tratamento vão muito além disso e se estendem a âmbitos que essa teoria não é capaz de explicar. São analisados dados como a disparidade racial nos resultados de audiências de custódia, as diferentes proporções de aplicação de prisão cautelar para crimes de semelhante potencial ofensivo, mas diferente contexto social e a distância descabida

entre o tempo de reclusão a que a maioria dos detentos é submetida e o que é considerado cabível pelas cortes para os poucos que tem condições de interpor recurso judicial. Dessa forma, busca-se entender não só em que medida existe uma disparidade no peso que é dado para os direitos de diferentes grupos na aplicação das prisões cautelares, mas também quais são os mecanismos que selecionam quem vai receber melhor ou pior tratamento. Isso pois tais disparidades raramente são resultado de sistemas que abertamente favoreçam uma elite ou de indivíduos propositalmente selecionando a dedo quem receberá benevolências, mas sim de sistemas tendenciosos, que são construídos e distorcidos de forma a regularmente “falhar” para quem não preenche certos requisitos relacionados a posição social ao mesmo tempo que funciona “corretamente” para os demais.

A segunda questão é, então, como se opera tal separação, ou seja, como um sistema jurídico que no nível teórico prevê direitos iguais para todos e não expressamente exclui ninguém das ferramentas para a revindicação desses direitos vem a produzir resultados práticos tão desiguais? Responder essa pergunta não se limita à análise dos dados trazidos, pois, enquanto eles podem revelar fatores que tornam mais provável que um determinado grupo seja sujeito a prisão cautelar ou que essa medida se prolongue mais para ele, é necessário um marco teórico para induzir com base nesses resultados que forças deram origem a eles. Por conta disso, a análise bibliográfica relativa a essa questão incluirá, além dos dados estatísticos e dos textos legislativos relevantes, trabalhos teóricos brasileiros e estrangeiros que abordam a interação do campo jurídico com outras estruturas sociais e relações de poder preexistentes, de forma que se possa encontrar uma teoria que explique a situação fática averiguada. Não se trata de uma pergunta para a qual se possa dar uma resposta objetiva e conclusiva, mas o que pretende se averiguar é se uma teoria que reconheça que o direito sofre influência de outras forças dentro de nossa estrutura social, inclusive de forma a vir a reproduzir hierarquias injustas, explica melhor os resultados observados do que uma visão legalista e que estuda o direito de forma isolada.

Quanto ao âmbito da pesquisa: uma versão dessas perguntas poderia ser levantada sobre inúmeras áreas do direito, pois tais disparidades são comuns, porém estudar um fenômeno tão amplo e que afeta o sistema jurídico em múltiplos níveis seria impossível sem se selecionar uma área específica como foco. A aplicação das prisões cautelares foi então escolhida pois é um contexto em que diferenças de tratamento são

nítidas. Se trata de uma situação em que direitos, em particular o direito de liberdade de um indivíduo não condenado, tem o seu peso comparado com outros valores, como a garantia da efetividade do processo penal e a segurança da sociedade em geral, tornando perceptível quando certos indivíduos têm seus direitos mais valorizados do que os de outros. Além disso, a sua conexão com a questão da segurança pública torna as prisões cautelares uma área onde a estratificação social é especialmente nítida, envolvendo grupos marginalizados que são desumanizados por conta do medo da criminalidade assim como elites sociais cujo tratamento é invariavelmente abrandado.

Em resumo, o objetivo geral do trabalho é melhor compreender as causas das disparidades que se observa quanto ao respeito aos direitos fundamentais de membros de diferentes estratos sociais no âmbito da aplicação das prisões cautelares. Os objetivos específicos por sua vez são: Demonstrar com base em dados estatísticos referentes à aplicação das prisões cautelares de que forma e em que medida diferentes estratos sociais tendem a ter tais medidas aplicadas a eles de forma distinta; Apontar nos dispositivos normativos que preveem as prisões cautelares elementos que tenham potencial de reforçar distinções sociais e verificar se a remoção de tais elementos problemáticos historicamente reduziu a referida disparidade de tratamento; Buscar por meio de pesquisa bibliográfica doutrinária modelos de compreensão da interface entre direito e sociedade que possam explicar os resultados das observações traçadas nas duas etapas anteriores e, por último, concluir com base na pesquisa doutrinária, se uma concepção do direito que toma em consideração a influência de hierarquias sociais sobre ele o explica melhor as disparidades observadas na aplicação das prisões cautelares do que uma concepção insular.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, na qual o procedimento utilizado é primeiramente o bibliográfico documental. Começamos com a compilação de dados estatísticos para demonstrar se – e sob que forma – se percebe uma desigualdade na aplicação das prisões especial, temporária e preventiva para membros de diferentes setores sociais. São utilizados dados disponíveis ao público, como os fornecidos pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), Ministério da Justiça, DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) e Fórum Brasileiro de Segurança Pública além de instituições independentes como a *International Bar Assossiatio*n e o Instituto Sou Pela Paz para averiguar correlações entre a posição social do indivíduo e a aplicação das prisões cautelares. Há também a análise dos textos normativos relativos às instituições em

questão. Por último, é utilizada a bibliografia crítica trazida para traçar hipóteses a respeito do funcionamento da sociedade e aparato estatal brasileiros em busca de um modelo preveja os resultados observados. Se são observados os resultados que se esperaria com base em uma concepção da interação entre o direito e a desigualdade estrutural de nossa sociedade, essa concepção provavelmente reflete a realidade com certa precisão. Através do método hipotético dedutivo esse trabalho examina múltiplas instâncias da aplicação das prisões cautelares dessa forma e conclui com base nelas se tal concepção reflete a realidade.

O direito e a sociedade não são, no entanto, sistemas matemáticos com uma maneira correta de serem entendidos. Por conta disso a promoção de uma forma de racionalizá-los em vez de outra será inevitavelmente uma questão argumentativa. Pretende-se aqui propor uma forma de entender a interação entre o direito e a divisão de classes no sistema brasileiro por ela ser hábil e útil para entender certos desafios na concretização das promessas de nossa constituição, não por ser absoluta e objetivamente demonstrável.

A hipótese central do trabalho é, primeiramente, que há de fato uma verificável estratificação da população brasileira entre aqueles que são ou não capazes de acessar os seus direitos como cidadãos e que nosso sistema jurídico é construído de forma a reforçar essa separação, não reduzi-la, em particular no que se trata das prisões cautelares. Propõe-se então que esta estratificação não ocorre apenas como inevitável consequência da desigualdade de recursos, caso em que não se trataria de um vício do direito ou da atuação do Estado, mas sim que existem numerosos mecanismos formais e informais inerentes à nossa estrutura social pelos quais a aplicação e mesmo formulação do direito são moldadas para garantir que não atenuem a estratificação da população em castas, mas sim a reforcem.

A origem da hipótese é a observação da realidade da garantia de direitos básicos no Brasil, em que apenas certos setores sociais têm seus direitos efetivamente salvaguardados, incluindo mas não limitado ao direito à liberdade frente a perspectiva de ser preso anteriormente a condenação, que é o objeto desse trabalho. Isso é observável tanto de forma direta, na experiência pessoal dos cidadãos brasileiros, quanto por meio de estatísticas publicamente disponíveis. O contraste dessa realidade com o discurso de universalidade e igualdade presente em nossa Constituição e em descrições teóricas do Estado de Direito levanta a questão de que elementos se

inserem entre esses dispositivos e sua efetivação para que o direito brasileiro, em vez de amenizar a desigualdade existente no país, se molde a ela e a perpetue.

Pensamos que a existência de tais influências sobre o direito pode ser averiguada através de suas consequências previsíveis: O menor desfrute e reivindicação de direitos básicos por grupos de menor status social e a existência de normas e práticas de aplicação do direito que visivelmente privilegiem classes mais abastadas. Acreditamos que esse trabalho demonstrará que ambos esses elementos são constatáveis no que se trata das instituições das prisões especial, temporária e provisória. Averiguaremos se dados estatísticos referentes à aplicação dessas formas de prisão demonstram que grupos de maior vulnerabilidade social tem seu direito à liberdade anteriormente à condenação subordinado mais facilmente a outros valores, como a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a garantia de aplicação da Lei penal, do que grupos mais abastados. Adicionalmente os próprios dispositivos legais das formas de prisão processual em questão foram frequentemente criticados pelo uso de critérios que voltam a aplicação da privação de liberdade a pessoas marginalizadas ao mesmo tempo que isentam elites sociais. Levantamos a possibilidade de que mesmo sendo identificáveis na lei escrita mecanismos segregadores, estes também existam de forma entranhada nos sistemas de aplicação do direito, de forma que a alteração de textos legais problemáticos e a provisão de novas garantias não resultariam necessariamente em melhoras na forma como o direito é aplicado.

Por fim se propõe a hipótese de que uma concepção do direito que o vê como parte de uma estrutura social e cultural maior, sendo inevitavelmente moldado por ela em todos os seus níveis, explica melhor a desigualdade que se observa na aplicação de medidas como as prisões cautelares. Tal visão do papel do direito na sociedade é defendida por múltiplos acadêmicos, tanto no Brasil quanto no exterior, mas não é dominante no diálogo a respeito da disparidade na aplicação das prisões cautelares. Os esforços feitos até hoje para a correção de privilégios e prevenção de discriminação na aplicação das prisões cautelares demonstraram uma visão legalista, que se contenta com a previsão normativa da igualdade e não toma em consideração os fatores sociais que criaram esses problemas. Sugere-se que essa abordagem contribuiu para a ineficácia dessas medidas e que uma teoria que reconhece a tendência à estratificação social do Brasil e seu efeito sobre a aplicação do direito seria mais construtiva. Isso por

que tais teorias explicam melhor a situação em que nos encontramos agora quanto à aplicação das prisões cautelares e, por contra disso, seriam necessárias para efetivamente combater as disparidades observadas.

2 A DISPARIDADE DE GARANTIAS EM NÚMEROS

Primeiramente buscar-se-á demonstrar que quando se trata de institutos que podem suprimir os direitos de um cidadão, como a prisão anterior à condenação, há uma salvaguarda maior dos direitos de certos setores da sociedade do que de outros. Isso será feito através da análise de estatísticas referentes à aplicação das prisões provisória, temporária e especial disponibilizados por órgãos como CNJ (Conselho Nacional de Justiça), Ministério da Justiça, DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública entre outros.

2.1 PERFIL BÁSICO DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE NO BRASIL

Antes de tratarmos de estatísticas relativas especificamente às prisões cautelares, precisamos estabelecer alguns dados básicos a respeito de quem compõe a população prisional brasileira. Primeiramente qual parcela da população carcerária está lá sem condenação e em que regime os demais cumprem pena, conforme traz o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias realizado pelo Depen:

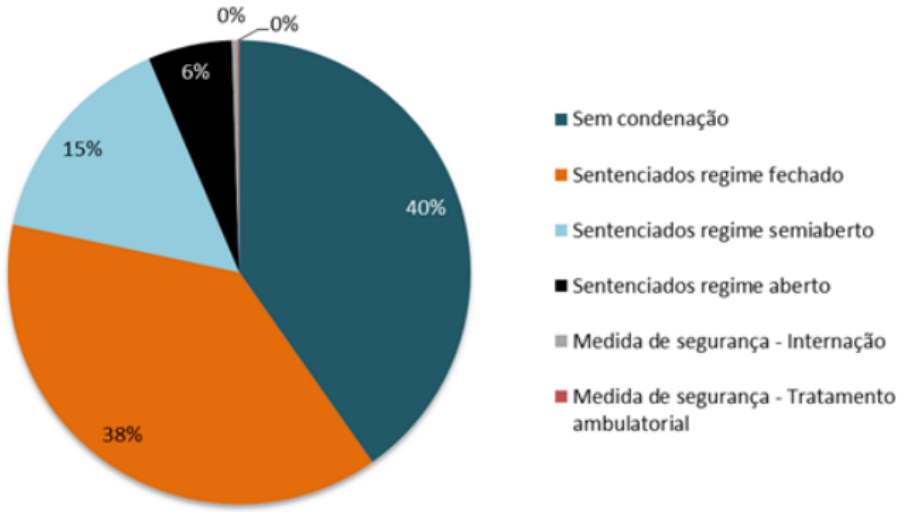


Figura 1 - Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime

Fonte: DEPEN, 2017, p.13

Como podemos ver, 40% das pessoas privadas de liberdade no Brasil em 2016 estavam lá sem condenação, constituindo o maior grupo na estatística. Há pequenas diferenças na parcela de presos sem condenação estimada por diferentes pesquisas

realizadas no mesmo período, como veremos, mas 40% acontece de ser o menor valor encontrado para 2016. O Brasil não é o único país com uma população prisional composta em grande parte por pessoas ainda não condenadas. Entre os vinte países com as maiores populações prisionais do mundo, o Brasil tem a sétima maior parcela de presos sem condenação. Especificamente a Índia, o Paquistão e as Filipinas têm mais de 60% de suas populações prisionais sem condenação. Tais porcentagens podem ser encontradas também em países menores principalmente na África. A proporção de presos sem condenação do Brasil é preocupante não só em relação a nosso IDH que, apesar de modesto, está muito acima dos países citados, mas também porque tem crescido rapidamente em um período de diminuição desse índice no mundo em geral (DEPEN, 2015, p.12 WORLD PRISION BREIF, 2018).

Isso é significativo pois quem se vê submetido a prisão sem condenação e, até mais importantemente, quem permanece nela por períodos extensos (frequentemente ao ponto da ilegalidade como veremos posteriormente) acaba sendo extremamente determinante do perfil da população prisional brasileira. Dados oficiais especificamente do perfil desses 40% não são disponíveis com quantos detalhes quanto os totais, então tratemos destes antes de partir para as particularidades dos presos sem condenação.

Uma particularidade clara da população prisional em geral é a baixa escolaridade, 51% dos presos nas prisões estaduais do país tinham o ensino fundamental incompleto em 2016, comparado com 30,6% para maiores de 25 anos entre a população total. A diferença continua entre aqueles com apenas o ensino fundamental completo, com 14% entre a população prisional e 9,1% entre a total e com o ensino médio incompleto, com 15% entre a população prisional e 3,9% entre a total. Naturalmente o desequilíbrio se inverte quando se trata de pessoas com a educação básica completa, apenas 9% da população prisional tem o ensino médio completo versus 26,3% da população em geral e, mais marcantemente, aqueles com ensino superior completo ou incompleto no sistema prisional somam cerca de 1% enquanto no país como todo eles alcançam 15,3% da população. Parte da diferença nesse último caso é atribuível ao fato de que os 40% dos presos sem condenação mencionados anteriormente não contém quase nenhum diplomado do ensino superior, visto que esses qualificam-se para receber o benefício da prisão especial e por tanto cumprem a prisão provisória fora do estabelecimento prisional, como regra em quartéis.

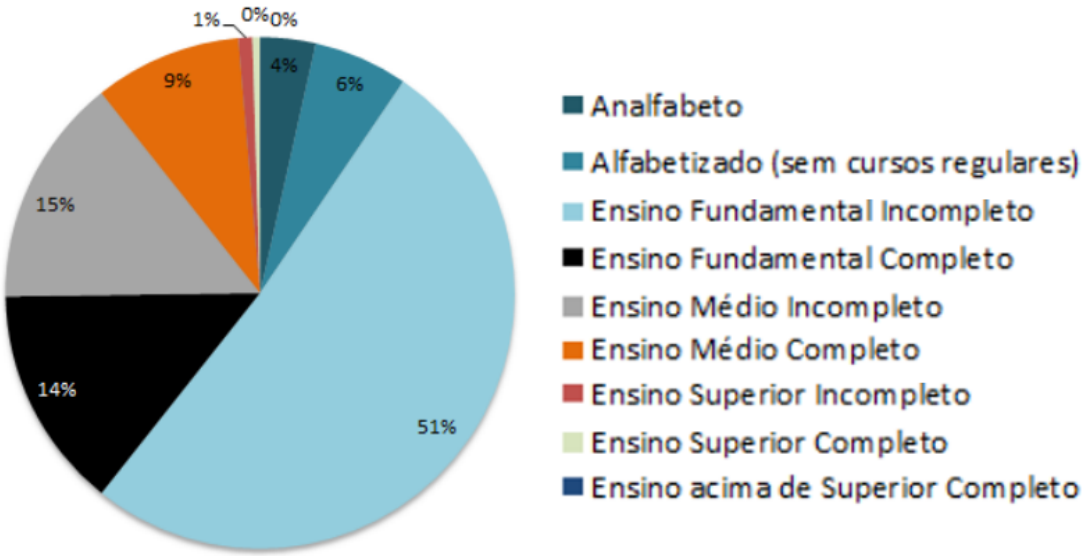


Figura 2 - Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil

Fonte: DEPEN, 2017, p.33

Por fim, o perfil étnico da população prisional geral, também levantado em 2016, mostra, como é frequentemente apontado, um excesso de representação de pessoas negras em relação à população em geral. Enquanto o país é formado de 53% de pessoas negras, o número para o sistema penitenciário estadual é de 64% e o do federal é de chocantes 73%. Obviamente essa discrepância é produto de muitos fatores, um deles sendo o histórico recente de escravidão e a ainda não erradicada discriminação racial que resultam em pessoas negras ainda terem menor renda média e menos oportunidades de ascensão social, o que torna provável que uma parcela maior de membros desse grupo recorram ao crime.

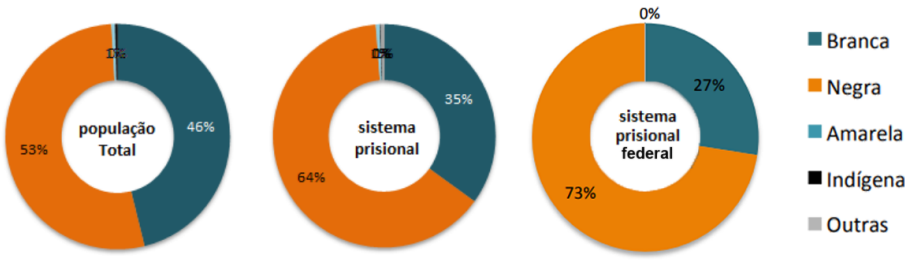


Figura 3 - Raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade e da população total

Fonte: DEPEN, 2017, pp. 32 e 61

Os números indicam, no entanto, que tais diferenças não são resultado apenas da pobreza e exclusão social tornarem certos grupos mais propensos a cometer crimes.

Fosse esse o caso, por mais infeliz que fosse a situação, não haveria nada de injusto a respeito do encarceramento desses indivíduos, a final, a falta de inclusão social não exime ninguém de responsabilidade por um crime. Tratar-se-ia, como é frequentemente suposto sem nenhuma ponderação, de um problema puramente social, econômico e cultural a ser corrigido a longo prazo fora do âmbito do direito, esperando que um dia a discrepância em questão desaparecesse. Mas isso não é o que se vê, como será demonstrado a seguir, a classe social e mesmo a raça de um réu parecem ter relevância para se ele é submetido a prisão provisória e quanto tempo ele passa nela.

2.2 FATORES QUE LEVAM À MAIOR SUBJEÇÃO À PRISÃO PROVISÓRIA

Um dos principais fatores que torna tão preocupante o fato de quase metade dos encarcerados no Brasil serem presos provisórios é que, sendo aplicada sem um julgamento completo e com critérios imprecisos, essas medidas são muito passives de serem influenciadas em sua aplicação pelos privilégios e preconceitos da sociedade em que são aplicadas. Um julgador que apura de forma vaga e subjetiva a periculosidade de réus, caso a caso, vai quase inevitavelmente ser influenciado em alguma medida pela classe social e raça destes, especialmente em uma sociedade na qual esses fatores são tão intimamente ligados a como nós imaginamos e experimentamos a criminalidade. Isso nos leva a uma pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública que observou audiências de custódia nas cidades de São Paulo, Brasília, Porto Alegre, João Pessoa, Florianópolis e Paula e chegou aos seguintes números quanto à aplicação de prisão preventiva e a concessão de liberdade provisória para brancos e negros:

DECISÃO	PERCENTUAL EM RELAÇÃO À COR/RAÇA	
	BRANCA	NEGRA
CONVERSÃO EM PREVENTIVA	49	56
RELAXAMENTO DO FLAGRANTE	4	4
LP SEM CAUTELAR	3	2
LP COM CAUTELAR	41	35

Figura 4 – Resultados de audiências de custódia para brancos e negros

Fonte: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p. 17

Como vemos, há uma tendência a melhores resultados para pessoas brancas, particularmente onde os percentuais são grandes o bastante para uma diferença geral de tratamento se acumule a ponto de se tornar estatisticamente relevante. A distância entre essas categorias não é tão grande aqui quanto na população encarcerada, mas nesse caso estamos lidando com uma amostra composta inteiramente de réus. sem fatores sociais externos para justificar a diferença de resultados. A mesma pesquisa mostrou uma quantidade significativamente maior de negros levados à audiência de custódia, algo que pode ser causado tanto por índices diferentes de criminalidade quanto por policiamento seletivo, mas vemos que mesmo após esses fatores serem computados ainda há resultados mais favoráveis para réus brancos. Com uma amostra de 955 formulários, se o sistema jurídico funcionasse de forma isenta as duas colunas deveriam ser aproximadamente iguais e não mostrar vantagens significativas para o mesmo grupo nos dois quesitos principais (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, pp. 13, 17). O próprio estudo aponta:

> De maneira geral, constatou-se que o tratamento judicial é mais duro para os acusados negros, incluindo o que se passa na audiência de custódia. Na audiência de custódia, a filtragem racial que ocorre nas abordagens policiais dificilmente é revertida ou anulada (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p. 43).

Essa dinâmica onde não só há quantidades muito maiores de negros sendo trazidos para audiências de custódia, mas também proporcionalmente eles são privados de liberdade em proporções distintamente maiores é verificável por todo país, conforme demonstra o seguinte levantamento feito pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa:

Figura 5 - Relação prisão/liberdade versus raça/cor em audiências de custódia nos estados de Minas Gerais, Pernambuco e Rio de Janeiro

Fonte: DDD, 2018, p. 45

Como vemos, a diferença do número de pessoas brancas e negras levadas a audiências de custódia é chocante, especialmente em Pernambuco, onde brancos são quase metade da população, mas apenas 7.61% dos submetidos a audiências de custódia. É difícil imaginal que essa diferença não seja causada por alguma medida de discriminação por parte dos agentes do Estado, mas tais tendências são difíceis de se provar objetivamente pois não há dados sobre em que proporção brancos e negros de fato cometem crimes, apenas quantos são processados pelo Estado. O que se pode demonstrar é que entre suspeitos em audiência de custódia negros ainda são privados de liberdade em proporções maiores que brancos. Se a cor da pele é um fator nesse nível é plausível que ocorra também no momento da apreensão pela polícia, de forma que a seleção de negros para o encarceramento nesse caso ocorreria em dois níveis distintos.

Outra forma que se pode constatar um desequilíbrio é verificar de que crimes são acusados os indivíduos a quem se aplicam as prisões cautelares. Como se verifica no

levantamento efetuado pelo CNJ a seguir, o tráfico de drogas ou indução, instigação ou auxílio ao uso de drogas, combinado com o roubo equivalem à maioria (55%) das prisões provisórias no país. A aplicação de prisões cautelares acima da média a esses tipos penais em particular pode ser racionalizada de inúmeras formas, mas defensores da ideia de que a aplicação do direito é frequentemente utilizada para a supressão da população marginalizada notaram que se tratam de crimes cometidos desproporcionalmente por pessoas de baixo extrato social e que crimes tipicamente cometidos por pessoas de mais alta renda se mostram sub-representados nessa estatística.

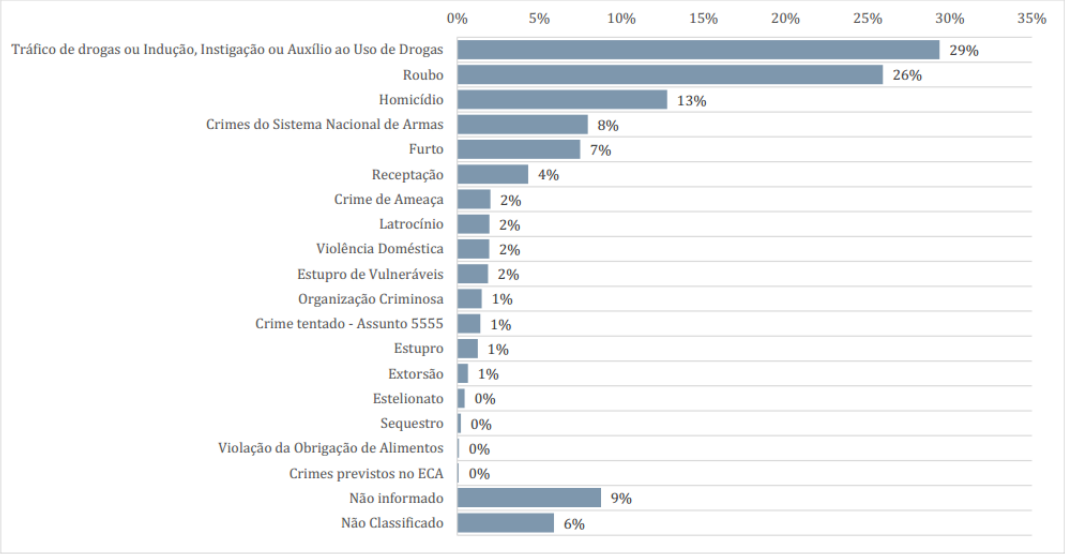


Figura 6 – Percentual de presos provisórios por tipo de crime praticado

Fonte: CNJ, 2017, p.14

Essa estatística não teria significado, naturalmente, sem contrastá-las com os números relativos a audiências de custódia. Se o tráfico de drogas e roubo gerassem juntos 55% das audiências, eles levarem à mesma proporção das prisões provisórias não seria nada notável. Voltamos aqui à pesquisa anteriormente citada, pois contém os melhores dados disponíveis a esse respeito, mas cabe apontar que, embora tenha sido promovida também pelo CNJ no ano de 2017 em um âmbito nacional, as amostras não são as mesmas. Defendo, no entanto, que ambas são amplas o suficiente para serem representativas da realidade nacional no momento de sua realização e portanto é valido compará-las.

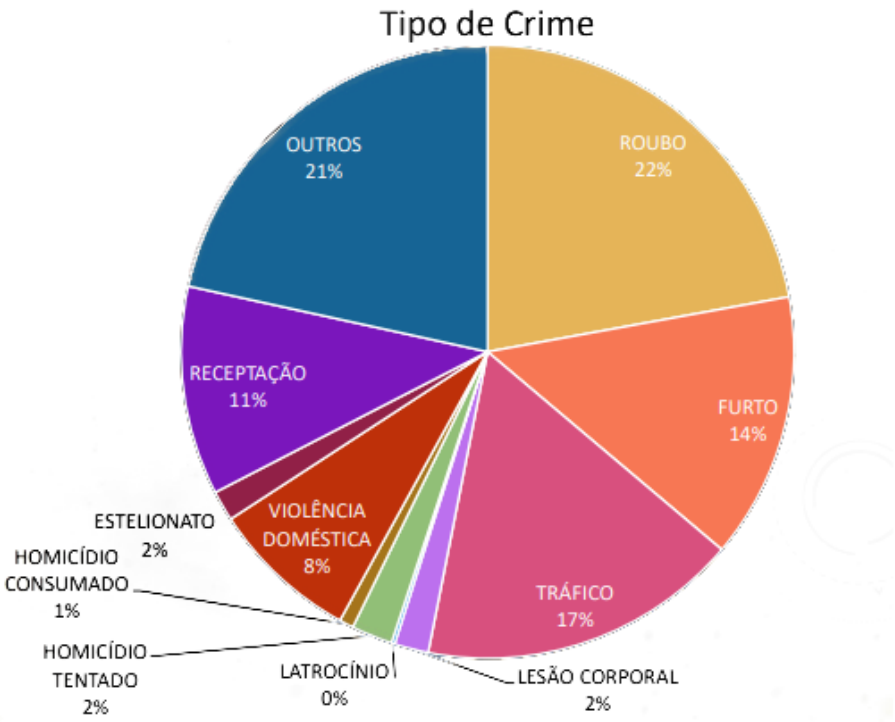


Figura 7 – Tipo de crime dos presos apresentados em audiências de custódia

Fonte: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p.16

Como vemos aqui o maior aumento da porcentagem de audiências para a de prisões provisórias ocorre de fato no que diz respeito aos crimes de tráfico e roubo, que, apesar de já serem os mais abundantes nas audiências, ambos saltam no que diz respeito à prisão provisória. O tráfico representa 17% das audiências pesquisadas e 29% das prisões provisórias enquanto o roubo equivale a 22% das audiências e 26% das provisórias. Importante apontar que isso por si só não confirma a tese de que esses crimes têm a prisão provisória excessivamente aplicada a eles por conta de seus praticantes serem geralmente pessoas marginalizadas, há diferentes formas de interpretar a diferença. Uma interpretação benigna seria a de que esses crimes requerem mais frequentemente a aplicação de prisão provisória meramente por causa da periculosidade dos acusados, teoria que é apoiada pelo fato do furto, também cometido mais frequentemente por pessoas pobres, representar um percentual duas vezes maior das audiências do que das prisões preventivas (7 e 14%) enquanto o homicídio, menos associado a classe social, representa 13% das prisões provisórias apesar de ser objeto de apenas 1% das audiências. Essa interpretação também tem no mínimo dois problemas, no entanto (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p.16).

Um deles é que há crimes como a violência doméstica onde há, obviamente, tanto o emprego de violência física quanto perigo contínuo representado pelo acusado em liberdade, mas, mesmo assim, representa 8% das audiências e apenas 2% das prisões preventivas. São casos como esses que tornam questionável que é genuinamente a periculosidade do acusado que leva à aplicação da prisão provisória e não a associação do crime em questão à ideia de violência urbana que permeia o imaginário social brasileiro. O acusado de violência doméstica é a final, um perigo apenas para a sua família, não ver a necessidade de prender esse indivíduo imediatamente da mesma forma que se faz com aquele que roubou se encaixa mais com a narrativa de que as prisões cautelares existem para efetuar uma espécie de limpeza social do que com a narrativa de que o direito de liberdade de um indivíduo está sendo racionalmente sopesado com o direito à segurança da integridade física de outros indivíduos, todos os quais são considerados igualitariamente.

O outro problema advém de se imaginar os acusados de tráfico como essencialmente perigosos para a sociedade em geral. Isso advém de uma associação do crime de tráfico com a ideia da guerra contra o crime organizado, o que é compreensível visto que essa é a ideia de um traficante de drogas mais presente no imaginário popular e as pesquisas acima juntam todas as formas de tráfico de drogas em uma só categoria. No entanto, estatísticas de diferentes partes do país mostram que a esmagadora maioria dos processados por tráfico de drogas respondem apenas por tráfico simples e não cominado com associação. Isso significa que nesses casos o acusado não está respondendo por fazer parte de uma organização criminosa e não se tratava de tráfico qualificado, o que significa que portanto não houve violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou intimidação difusa ou coletiva, conforme o artigo 40, inciso IV da Lei nº 11.343/06, conforme demonstra pesquisa realizada pelo IPEA:

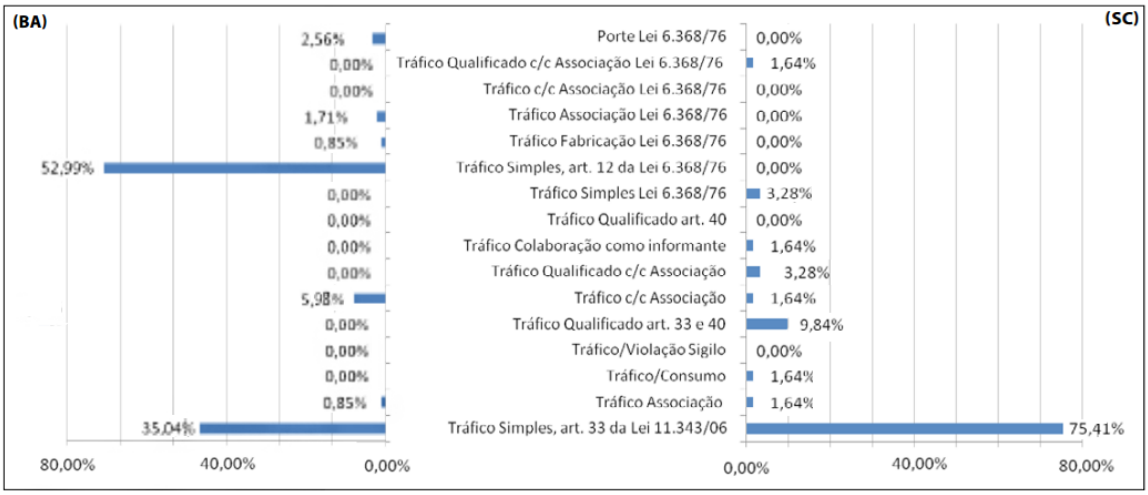


Figura 8 – Processos de tráfico por tipificação

Fonte: IPEA, 2015, p.37

Isso também leva a induzir que não é o fato do crime ser violento ou do réu ser altamente perigoso que leva à aplicação da prisão provisória, mas sim o crime ser relacionado com a marginalidade na percepção da sociedade. A prevalência da prisão provisória para o tráfico simples faz sentido se aceitar-se que a uma das funções da prisão provisória é a limpeza social efetuada de forma imediata para atender aos anseios da população antes e independentemente de haver uma decisão judicial, como afirmam muitos de seus detratores, e não de salvaguardar a efetividade da justiça, como prevê a legislação (LOPES JR., 2016, pp. 321).

Há de se perguntar nesses casos qual é a verdadeira natureza de um instituto legal, a forma como ele é descrito no texto legal que lhe dá origem e a sua função por eles designada ou a forma que ele é aplicado de fato e os anseios sociais aos quais essa aplicação atende? Se é o primeiro devemos agregar e analisar atentamente estatísticas como essa para nos certificar de que não houve um desvio da função do instituto e, constatando que houve, tomar providências sérias para ajustar a sua aplicação à forma da lei. Se for o segundo devemos julgar a compatibilidade desse instituto com nossos princípios constitucionais com base na forma como ele é de fato aplicado. O que não é admissível é permitir que forças sociais e culturais moldem um instituto legal de forma a transformá-lo em um instrumento de segregação sem tomar nenhuma providência porque o texto legal em si não contém nenhum elemento inconstitucional. O direito não é o conjunto da legislação em vigor em um país, é uma

dimensão da organização da sociedade intimamente ligada com diversos outros aspectos da mesma. Juristas não podem ignorar os efeitos que institutos legais vêm a ter após sujeitos a pressões sociais, culturais e econômicas e tratar deles em um nível puramente ideal. Estudar o direito seriamente envolve estudar como ele age sobre a sociedade e ela sobre ele.

2.3 FATORES QUE LEVAM A UMA MAIOR DURAÇÃO DA PRISÃO PROVISÓRIA

Nessa mesma linha, um outro fator que não deveria em um sistema igualitário levar a uma experiência completamente diferente da aplicação do direito, mas acaba o fazendo no que diz respeito às prisões cautelares é a disponibilidade de fundos monetários por parte do réu. Nesse caso não estamos tratando da maior tendência à aplicação dessas prisões a indivíduos com menos recursos, mas sim da drástica diferença da duração dessas medidas para aqueles que têm ou não acesso a um advogado particular que reivindique a concessão de liberdade. Mais uma vez, que haja alguma diferença na capacidade de um indivíduo de reivindicar imediata e efetivamente seus direitos por conta de seu acesso a recursos particulares é essencialmente inevitável, mas veremos que o sistema brasileiro é estruturado de forma a maximizar essa diferença a ponto de se averiguar a existência de duas classes de indivíduos que experimentam o direito de forma completamente distinta.

Como já vimos anteriormente as prisões cautelares no Brasil representam uma parcela inaceitavelmente grande das prisões totais em andamento, isso é consequência delas serem aplicadas muito frequentemente e por períodos muito longos. A prisão preventiva não tem prazo máximo legal de duração, mas o prazo razoável para a duração dessas medidas é frequentemente considerado 90 dias. Conforme articula um relatório do DEPEN:

> Prazo previsto para encerramento da instrução preliminar do procedimento do Júri e pouco superior à soma dos prazos do procedimento ordinário para encerramento da instrução e prolação da sentença. De uma forma geral, e desconsiderando as peculiaridades do caso concreto, é lícito concluir que esse é um prazo razoável para encerramento da instrução (DEPEN, 2015, p.21).

Em 2016, 60% dos presos cautelares passavam mais de 90 dias em privação de liberdade anteriormente ao julgamento (IDDD, 2016, p.14). O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Depen do mesmo ano mostra que na maioria dos

estados brasileiros mais da metade dos presos cautelares permanecem presos mais de 90 dias, mas também há uma diferença regional marcada. No caso do Sergipe esse número chegou a 100% nessa pesquisa e a maioria dos estados, notavelmente os mais pobres, alcançam 60%, mas esse número diminui radicalmente em alguns estados. Isso demonstra que não se trata de uma exceção ou crise, mas sim que o normal em nosso sistema jurídico na maioria do território nacional é prender réus por mais de três meses.

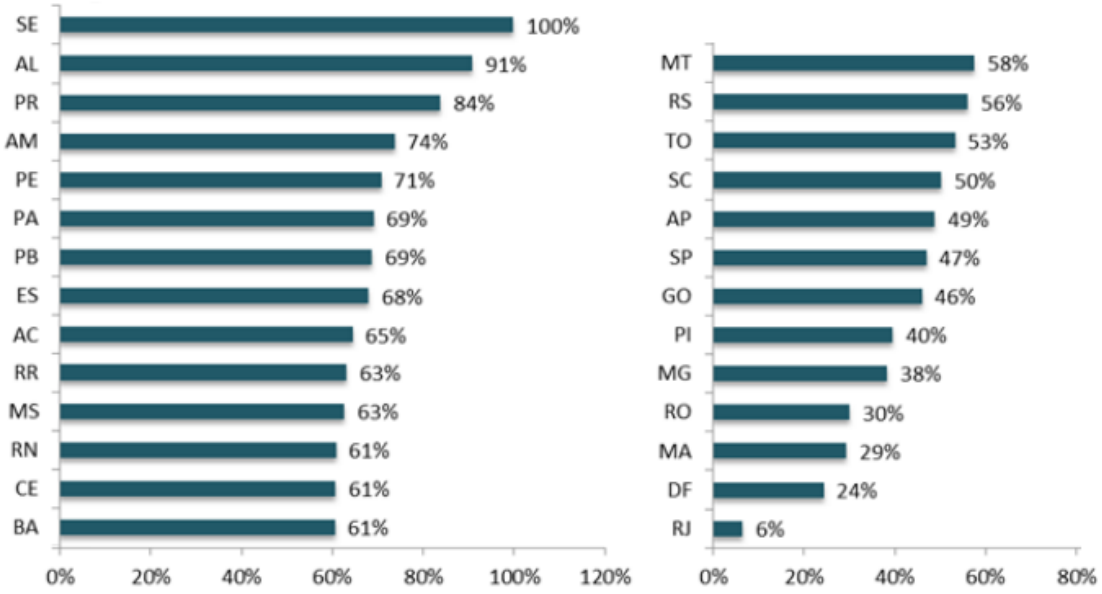


Figura 9 – Percentual de presos sem condenação com mais de 90 dias de aprisionamento

Fonte: DEPEN, 2017, p. 16

Mas isso não é igual para todos, apesar desse prazo ser a regra em sentido numérico no mundo dos fatos, o setor jurídico ainda amplamente reconhece esses prazos como abusivos. Isso significa que aqueles que conhecem seus direitos e tem acesso a uma representação legal particular, qualificada e dedicada à defesa de seus direitos, podem escapar da situação em que se encontram a maioria dos brasileiros nessa posição. Um sistema onde medidas punitivas são aplicadas de forma extremamente exagerada e são moderadas apenas mediante a exigência insistente de advogados prejudica aqueles que não tem acesso ao melhor nível de representação legal, conforme demonstra o gráfico a seguir:

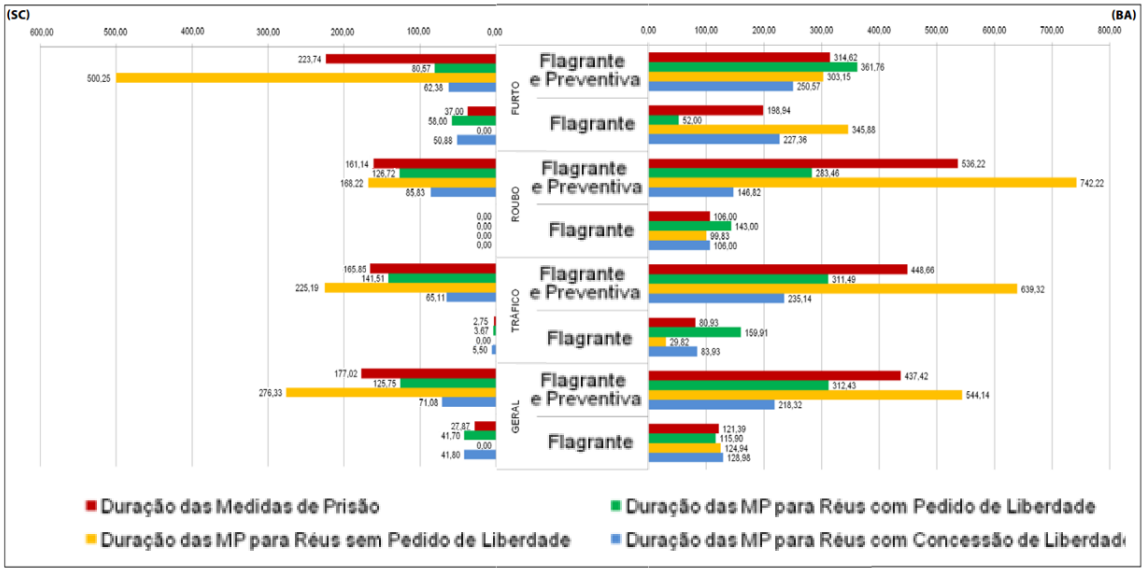


Figura 10 – Media de duração das medidas de prisão de réus com e sem pedido e concessão de liberdade, geral e por matéria

Fonte: IPEA, 2015, p.81-82

Podemos ver que na maioria dos casos, especialmente os envolvendo a prisão preventiva, o tempo que os indivíduos passam presos é muito maior para aqueles que não ativamente efetuam pedido de liberdade. Isso é problemático porque a maioria dos presos não tem forma alguma de contratar um advogado particular que vá perseguir os seus direitos e a defensoria pública conta com poucos membros, mal remunerados e equipados, que, ao dividir seus esforços entre um grande número de réus, não têm condições de perseguir adequadamente os direitos de cada um. Essa diferença se torna ainda pior por conta de no Brasil, dependendo da região em que o réu resida, o acesso à assistência judiciária para detentos hipossuficientes ser escasso ou mesmo inexistente, como mostra o levantamento a seguir:

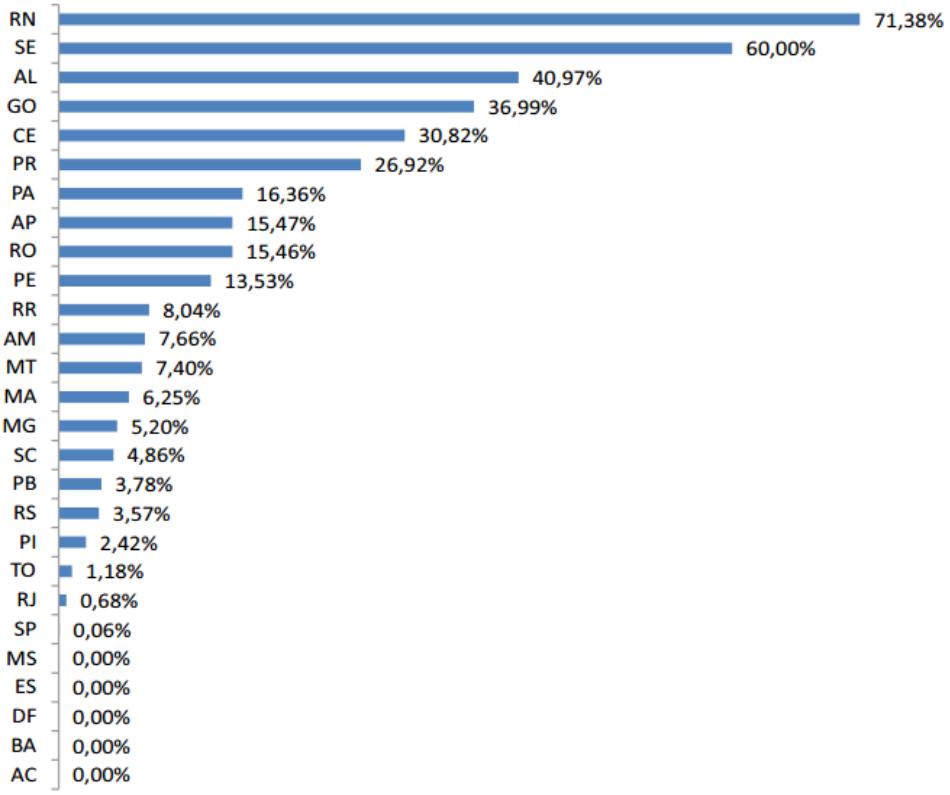


Figura 11 – Porcentagem de pessoas cumprindo sentença em estabelecimentos que não dispões de assistência judiciária

Fonte: IPEA, INFOPEN, 2014, p.68

> “Desde a fase de investigação, sobretudo sem o mecanismo da audiência de custódia, as pessoas autuadas, investigadas e suspeitas que não têm condições de arcar com os honorários de advogados constituídos estarão mais sujeitas à prisão provisória. Também após uma sentença condenatória, a assistência judiciária é imprescindível para garantir que a pessoa presa possa pleitear e, eventualmente, usufruir de benefícios como progressão de pena para os regimes aberto, semiaberto ou livramento condicional.” (INFOPEN, 2014, p.68)

Na mesma linha, os dados oficiais referentes à Defensoria Pública mostram que ela, além de ter falta de recursos orçamentários e de pessoal, não está sequer presente na maioria das comarcas do país. Segundo o mais recente levantamento disponibilizado pelo ministério da justiça, apenas 40% das comarcas do país contam com sequer um defensor público. A quantidade varia radicalmente dependendo da unidade federativa, Goiás adquiriu apenas em 2014 suas primeiras 3 comarcas que disponibilizam defensoria pública dentre as 130 do estado, enquanto isso todas as comarcas do Distrito Federal, 14 a partir de 2008, têm acesso ao serviço. O mesmo

vale para o Rio de Janeiro com suas 81 comarcas e quase para o Rio Grande do Sul, onde 158 de 164 comarcas contam com o benefício. Trata-se de mais um caso em que a capacidade da população de reivindicar seus direitos é completamente dependente do meio onde elas vivem, com garantias universais existindo no âmbito teórico, mas a possibilidade universal de exercício de tais garantias estando extremamente longe de se tornar realidade (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, pp. 58-59).

Como foi levantado na introdução, o direito é feito de regras que se aplicam teoricamente a toda a sociedade igualmente e, enquanto há casos de normas cuja própria redação tem potencial descriminatório, isso é geralmente suprimido. Não é de se surpreender portanto que em muitos casos o que ocorre são situações em que determinados grupos se veem sistematicamente incapazes de desfrutar de direitos que teoricamente possuem enquanto outros os reivindicam com sucesso. Isso foi apontado muito fortemente pela obra “Um em Cada Cinco: A Crise nas Prisões e no Sistema de Justiça Criminal Brasileiro” publicada pela *International Bar Association*. Trabalhando com as constatações feitas pelos chamados “mutirões” organizados pelo Conselho Nacional de Justiça, nos quais juízes de todo o país se reúnem em um estado para reexaminar casos, os pesquisadores puderam apontar uma chocante diferença na forma como as prisões cautelares eram aplicadas a membros de diferentes classes sociais. Dentre aqueles com menos recursos para sua defesa se encontrou uma quantidade chocante de presos provisórios se encontravam presos há mais tempo do que a pena máxima à qual eles podiam ser condenados; um em cada cinco, como diz o título do trabalho:

> Em novembro de 2009, o CNJ anunciou que após examinar 83.803 casos, os mutirões libertaram 16.466 pessoas que estavam presas irregularmente. Tal número equivale a quase 20 por cento do volume total de casos por eles examinados, ou um em cada cinco presos provisoriamente, sugerindo que o problema é extremamente sério em todo o país. Outros 27.644 detentos foram considerados mantidos em níveis de segurança inadequados. Os mutirões descobriram centenas de indivíduos que haviam passado muito mais tempo presos provisoriamente do que eles poderiam ter passado como presos condenados. Os mutirões revelaram uma pessoa que passou 11 anos em prisão provisória, além de muitas outras que estavam há 5 ou 6 anos na mesma condição. Outros tinham cumprido integralmente suas sentenças, mas não haviam sido libertados ainda devido à incompetência burocrática (*INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION*, 2010, p. 5)

Ao mesmo tempo, a morosidade que garante a esses indivíduos mais tempo de prisão durante o processo do que a aplicação da justiça poderia lhes impôr e as condições precárias da infraestrutura do sistema carcerário que eles tem que suportar acabam servindo a favor daqueles com acesso a bons advogados de defesa, pois, ao exigir efetivamente o amplo leque de direitos que a legislação brasileira lhes garante, acabam passando confortavelmente a duração de seus processos e frequentemente não cumprindo pena de prisão mesmo após condenados à mesma:

> Embora seja impossível obter dados atuais precisos, estima-se que dezenas de milhares de pessoas condenadas à prisão, na realidade, não cumprem as suas penas devido à lentidão dos processos judiciais, à ineficiência administrativa dentro do sistema e aos baixos padrões de segurança. Os direitos formais que a lei penal brasileira confere aos suspeitos de crimes proporcionam amplas oportunidades de desafiar o sistema àqueles que podem pagar advogados particulares. Embora esses direitos sejam, teoricamente, garantidos a todos os presos e frequentemente citados por aqueles que defendem uma abordagem "mais dura" para a prevenção do crime, eles são, na prática, negados `a grande maioria. Mais de 80 por cento dos presos no Brasil não podem se dar ao luxo de contratar um advogado (*INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION*, 2010, p. 9).

Assim como as leis, as falhas dos sistemas penitenciário e do judiciário tem caráter universal, elas afetam a todos. Mas como podemos ver, a realidade social do país tem formas de transformar essas deficiências em privilégios para uns e indignidades para outros. Impedir que isso ocorra em alguma medida é algo que sempre estará além do poder do Estado, mas uma análise de suas ações e omissões nesse tópico mostra ele, ao contrário, cultiva essas desigualdades. A final, o mesmo legislativo que, ciente do estado de precariedade do sistema carcerário, aprova orçamentos que não lhe direcionam mais recursos também aprova legislação que proíbe o cumprimento de pena nessas condições. É evidente que o verdadeiro cumprimento da legislação levaria ao colapso do sistema penal nacional, e por conta disso, é igualmente evidente que não se pensou que esses direitos fossem ser efetivados por mais do que uma pequena parcela da população.

2.4 CONSTATAÇÕES

Vemos então que há muita evidência de uma disparidade na aplicação e na duração das prisões cautelares para indivíduos que tendem a ser de baixa renda. A

classe social dos presos, provisórios ou não, não é propriamente documentada em estatísticas públicas, mas quando se observa os tipos de crimes mais comumente cometidos por pessoas marginalizadas vemos que esses são desproporcionalmente base para prisões cautelares e quando olhamos para a duração dessas prisões, vemos que o fator determinante não são as particularidades do crime, mas a competência e dedicação da representação jurídica do réu, dependente, é claro, de seu poder econômico.

Resta a questão de o que faz com que esse seja o caso. Um mecanismo que filtrasse os infratores de forma que apenas se aplicasse a prisão processual a membros de determinados grupos deveria existir em algum nível do sistema jurídico. Partindo da previsão do direito de liberdade a todos os cidadãos brasileiros e igualdade perante a lei na Constituição federal, a próxima etapa da concretização do direito onde poderia haver uma perversão desses valores seria no nível da legislação infraconstitucional que os administra. Uma hipótese seria que a legislação que prevê as prisões especial, preventiva e temporária tenha sido criada de forma problemática, de forma que seguir o texto legal leva ao encarceramento apenas de indivíduos marginalizados, essa é a possibilidade da qual trataremos a seguir.

3 ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS RELEVANTES

A forma como são regimentadas e aplicadas as diferentes modalidades da prisão processual serve como objeto para esse estudo por conta de duas características principais: Primeiramente, trata-se de uma situação em que os direitos de um indivíduo (de liberdade, ir e vir, etc.) são sopesados contra a segurança difusa de outros na sociedade e a conveniência do processo penal. Os resultados dessa equação revelam o peso que é dado aos direitos de diferentes indivíduos versus o quão potencialmente perigosos eles são considerados. Em outras palavras, se prevalece a visão deles como sujeitos de direito ou objetos em um calculo de risco aos direitos alheios. Além disso tratam-se de institutos regulamentados por lei infraconstitucional, o que os torna bons objetos para a averiguação de em que nível do sistema jurídico ocorre a desvirtuação do princípio da igualdade averiguada na aplicação final do direito. Torna-se possível analisar que princípios tem sido mais diligentemente resguardado e para quem no mundo dos fatos e contrastar isso com como o método para aplicar esses dispositivos foi previsto em lei e em que medida a letra da lei é seguida em sua aplicação.

Nesse capítulo se fará uma análise dos dispositivos legais que preveem as prisões temporária, preventiva e especial. As duas primeiras sendo modalidades de prisão processual e a última sendo um privilégio ou distinção nas condições do cumprimento de tais medidas estendido a determinados grupos seletos. Os três, irá se defender, utilizaram ao longo de sua história e até o presente critérios de incidência problemáticos. Trataremos de como os parâmetros que se determina para a aplicação de um instituto legal não só tem efeitos sobre a sociedade ao qual eles se aplicam, mas são influenciados pelos vícios desta, tanto em sua criação quanto em sua aplicação.

3.1 A PRISÃO ESPECIAL

Primeiramente se abordará uma das provisões mais amplamente criticadas do processo penal brasileiro, cuja explícita função é segregar indivíduos sujeitos ao sistema penal com base no seu pertencimento a certos grupos. Trata-se da prisão especial, prevista no art. 295 do Código de Processo Penal. Deve-se destacar que não se trata de uma forma de prisão processual distinta da cautelar, temporária e em flagrante, mas sim de um benefício fornecido a uma parcela dos presos dessas

modalidades. A lista dos beneficiários da prisão especial é ampla e diversa, contida em múltiplos dispositivos legais, mas consiste principalmente dos ocupantes e ex-ocupantes de uma série de cargos públicos, de profissionais de diversas áreas e a todos os diplomados por qualquer faculdade superior da República, que constituem a maior parte dos beneficiários.

É um princípio básico do Estado de Direito que todos são iguais perante a Lei, mas dentre as nações que adotaram esse como um de seus princípios fundamentais, nenhuma o respeitou perfeitamente através de sua história e o Brasil está longe de ser uma exceção. Esse princípio impede a concessão explícita de privilégios voltados a determinados grupos na aplicação da Lei, mas veremos que a prisão especial no passado se encaixou exatamente nessa descrição e, apesar de mudanças legislativas para o contrário, continua constituindo um privilégio da forma que é aplicada no mundo dos fatos. Isso se dá não por conta de privilégios diretamente concedidos aos detentos em prisão especial, mas sim por consequência do estado de permanente precariedade e irregularidade do sistema prisional comum, que gera condições degradantes das quais os beneficiários da prisão especial são poupados.

À medida que as instituições democráticas brasileiras evoluem, instituições legais que reproduzem desigualdades que historicamente fizeram parte de nossa estrutura social tendem a ser aos poucos removidas. Nesse processo, a prisão especial passou de ser defendida como justa, sensata e natural para ser amplamente criticada como um privilégio descabido que fere o princípio da igualdade de todos diante da Lei. Diante disso se esperaria que a instituição da prisão especial fosse revogada ou ao menos alterada significativamente, mas mesmo após anos de ser considerada anacrônica nenhum dos dois ocorreu. Esse trabalho levanta a hipótese de que a prisão especial como privilégio de uma elite social tem uma função importante na estrutura da sociedade brasileira referente à interface entre ela e a penalidade.

3.1.1 A origem da prisão especial

A prisão especial existe desde a entrada em vigor de nosso atual código de processo penal em 1941 no qual sua existência foi prevista pelo artigo 295, que continua em vigor até hoje (BRASIL, 1941). O que implica para o indivíduo estar em prisão especial, por outro lado, não está previsto nesse artigo e foi definido de

diferentes formas ao longo da história dessa instituição. Em 1955, o Decreto nº 38.016 de 05/10/1955 regulou as condições sob as quais deveriam ser detidos os presos especiais e em fazer isso previu uma série de privilégios como o uso do seu próprio vestuário, visita de parentes e amigos, assistência de seus advogados sem restrições e de médico particular, alimentação enviada pela família ou amigos, entre outros e sujeitos a restrições pontuais (BRASIL, 1955). Esses privilégios saíram oficialmente de vigor apenas quando o referido decreto foi revogado junto a milhares de outros pelo Decreto n°11, de 18/01/1991.

A demora para a revogação desses privilégios agregada ao fato deles não terem sido alvo específico da mudança legislativa que os invalidou mostra o quão tolerada foi a ideia de privilégios explícitos para os beneficiários da prisão especial pela maior parte de sua história. Dadas essas circunstâncias, não é surpreendente que essa revogação não foi interpretada como uma proibição à concessão de benefícios aos presos especiais em relação aos demais presos sem condenação. De fato, essa continuou sendo a prática, necessitando a Lei 10.258/2001 que 60 anos depois da institucionalização da prisão especial finalmente previu que presos especiais devem ser apenas mantidos separados dos demais, sem direito algum a tratamento privilegiado. Essa é a versão da prisão especial que hoje existe em teoria, mas, como será abordado em capítulos posteriores, tudo indica que mudar a natureza de uma instituição legal tão enraizada em nossa cultura jurídica não é algo que se pode fazer com a mera adição de um parágrafo ao seu artigo de origem.

3.1.2 Quem ou o que a prisão especial protege?

Tratar-se-á, nesse momento, dos grupos aos quais se aplica a prisão especial e por que tal benefício seria estendido a eles. Não há nada de inaceitável, afinal, em reconhecer que a circunstância de haver exercido um determinado cargo pode pôr em especial risco a segurança física de um indivíduo em um contesto prisional. Alguns dos casos de aplicação da prisão especial se justificam por essa racionalidade e se ela se resumisse a isso seria alvo de pouca crítica, pois não se trataria de elevar um grupo a um padrão de direitos superior aos demais, mas apenas de proteger o direito à integridade física de um grupo que estaria com esse direito especificamente ameaçado em caso contrário. Esses casos justificados incluem magistrados, ex-jurados, chefes e

delegados de polícia e guardas-civis entre outros, todos os quais estariam em risco de se tornarem alvos de criminosos no ambiente carcerário, mas é difícil usar esse argumento para a maioria dos grupos a quem esse benefício foi estendido ao longo do tempo.

No que se trata dos demais grupos, por outro lado, não há explicação semelhante que justifique sua adição. A maioria deles parece se basear apenas em uma visão de mundo que considera que há um nível mais refinado de pessoas que não deveria ser sujeito a contato com os demais presos provisórios, seja por sua distinção social ou presumida qualidade de seu caráter. Esses grupos incluem, nos incisos do art. 295 do Código de Processo Penal, múltiplos cargos públicos como ministros de Estado, governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, prefeitos municipais, vereadores e membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados. Proteção que, sob a questionável narrativa de que todas essas figuras públicas seriam alvos naturais de criminosos, garante à classe política brasileira mais um status privilegiado perante a lei. Temos também beneficiários como os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito" e ministros de confissão religiosa, aparentemente adicionados aos casos de aplicabilidade da prisão especial por conta de sua qualidade moral. É notável que essa espécie de critério aparece muito menos que a ocupação de um cargo, mas em ambos os casos se está tratando não de pessoas para quem a prisão comum seria perigosa, mas de “pessoas de qualidade”, que não devem ser misturadas com o preso comum. Como veremos, essa era a forma como a prisão especial era racionalizada pela doutrina por décadas (ESPINOLA FILHO, 1980, pp. 316-317 e NOGUEIRA, 1996, pp. 302-303), mas, apesar dos critérios permanecerem os mesmos, a descrição dos beneficiários da prisão especial como uma elite deixou de ser comum.

Sendo o padrão de cabimento da prisão especial evidentemente o pertencimento a grupos seletos, e não a existência de um risco específico, não é surpreendente que múltiplos outros setores vieram a reivindicar a sua inclusão ao longo do tempo. Assim, o privilégio foi estendido por lei após lei ao longo dos anos, se aplicando hoje a: Dirigentes de entidades sindicais/representante profissional/administrador sindical (Lei nº 2.860/56), Servidores do Departamento Federal de Segurança Pública (Lei nº 3.3132/57), Pilotos de aeronaves mercantes nacionais (Lei nº3.3132/57), Policiais civis

da União e do DF (Lei nº4.878/65) e dos estados (Lei nº 5.350/67), Oficiais da Marinha Mercante (Lei nº 5.606/70), Juízes de paz e de direito (Lei complementar nº 35/79 LOMN), Agentes de segurança privada (Lei nº 7.102/83), Professores do 1º e 2º grau (Lei nº 7.172/83), Promotores e procuradores (Lei nº 8.625/93 LONMP), e Advogados (Lei nº 8.906/94 Estatuto da OAB).

Essa extensão da prisão especial a cada vez mais grupos, independentemente da vulnerabilidade de seus membros, é sintomática dela se tornar menos uma medida de proteção de direitos universais como vida e integridade física e mais um privilégio a ser pleiteado por grupos que almejam reivindicar seu lugar dentro de uma elite social. Essas concessões pontuais têm, no entanto, pouca relevância em comparação com o critério de aplicação da prisão especial que abrange de longe o maior grupo de pessoas, sua extensão aos detentores de curso superior. Essa provisão em particular é abertamente voltada para evitar que uma casta da sociedade que se vê como superior seja submetida às mesmas condições que – ou mesmo ao convívio com – o que ela vê como castas inferiores (LIMA, 2016, p. 1190 e NETO; PINTO; PINTO; SANTOS, 2017, p. 12). São completamente incabíveis aqui mesmo as questionáveis justificativas anteriormente citadas, visto que os beneficiários não são unidos pelo cargo que desempenham nem por ter demonstrado sua integridade de forma alguma. Tratamos aqui de algo muito mais explícito, a separação de pessoas supostamente cultivadas daqueles vistos como seus inferiores e presumidos como perigosos.

Vale notar que, sendo o objetivo separar os presos provisórios entre grupos mais e menos perigosos seria perfeitamente possível e de fato muito mais racional separá-los com base na gravidade dos delitos praticados ou em se tratar ou não de crime violento. No entanto, o legislador opta por um critério inteiramente diferente, que nada tem a ver com os crimes cometidos pelos detentos e por tanto de forma alguma impede esse tipo de situação. Em lugar disso, os detentos são separados não pelo que fizeram, mas por quem são na sociedade. Não se chegou ao ponto de separar os presos por renda, mas o nível de educação não só é estreitamente relacionado à posição econômica, como também constitui por si só uma forma de capital na sociedade com base no qual tais formas de segregação são implementadas (BOURDIEU, 1989).

A instituição da prisão especial implica que a separação da sociedade em classes que ocupam espaços diferentes e tem diferentes padrões de vida é tão correta e natural que não se deve permitir que a aplicação do direito venha a equalizar

membros de diferentes grupos, mesmo no contexto do processo penal. Essa justificativa para a existência da prisão especial obviamente não está explícita no texto legal ou é articulada pela doutrina que ainda defende sua existência, pois ela seria flagrantemente inconstitucional. No entanto, a justificativa elitista para a prisão especial fica suficientemente evidente na aplicação dessa instituição no mundo dos fatos para ter sido absorvida pela grande maioria da população mesmo assim. Isso se torna visível na rara ocasião de um multimilionário sem curso superior completo ser preso e ser destinado à prisão comum e como isso provoca fascínio e catarse na população. É visto como uma anomalia que alguém rico se veja nessa posição, a clara impressão é de que a prisão comum não é para esse “tipo de pessoa” se equivale a uma pequena revolução que ele seja submetido a ela independentemente do crime cometido.

Até mesmo os noticiários tratam de tais eventos como aberrações interessantes, demonstrando uma compreensão intuitiva de que esse é o tipo de pessoa que a norma foi feita para proteger, mas que foi vítima de uma brecha em sua formulação. A existência da prisão especial passa a mensagem de que o direito estaria extrapolando seus limites ao eliminar separações intrínsecas de nossa estrutura social porque manter essas separações é o único objetivo que justificaria ela tomar a forma que vemos. Essa mensagem é clara o suficiente para ter sido internalizada pelo povo em geral que não tem nenhuma exposição à racionalização que legisladores e doutrinadores dão para instituições legais. É importante ressaltar como a prisão especial é compreendida pela sociedade porque instituições como essa frequentemente tem uma razão de ser teórica inteiramente distinta de sua razão de ser na estrutura social e é a segunda que dita como ela é de fato aplicada e é responsável por sua resiliência através do tempo.

3.1.3 Separados, mas iguais

Mesmo diante dos critérios e conotações elitistas da instituição da Prisão Especial, poderia se pensar que seus efeitos seriam de pouca importância, a final, desde a lei 10.258/2001 está positivado no artigo 295 § 1º do Código de Processo Penal que presos especiais devem ser apenas mantidos separados dos demais, sem direito algum a tratamento privilegiado, mas como veremos de forma mais aprofundada ao longo desse capítulo isso não é de forma alguma refletido na prática. A separação efetuada pela Prisão Especial pode não implicar direitos a mais na teoria, mas põe

diferentes classes de presos em diferentes espaços, e isso permite que os direitos de cada grupo sejam salvaguardados com diferentes níveis de rigor. Pode se argumentar que seria inconcebível instituir uma separação dos presos cautelares em duas classes sem isso resultar em privilégios; na histórica decisão de "*Brown v. Board of Education*", o então presidente da Suprema Corte estado-unidense Earl Warren proclama corretamente, tratando do sistema educacional no caso, que instalações "separadas mas iguais" são por natureza desiguais e que a separação em si denota a inferioridade de um dos grupos (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1954).

O exemplo mais forte dessa dinâmica provavelmente é a incidência da superlotação. A maioria do sistema prisional brasileiro está em estado constante de ilegalidade por conta da superlotação, isso torna a privação de liberdade consideravelmente mais penosa para a maioria dos detentos, condenados ou não, do que se os regulamentos quanto ao espaço mínimo por detento fossem respeitados. Os presos especiais, por estarem fisicamente separados raramente se veem em condições de superlotação. Isso faz com que, apesar de todos terem os mesmos direitos no papel, a prisão especial represente na prática uma grande vantagem para a qualidade de vida do preso. Dados sobre as condições do cumprimento de prisão especial são escaços, mas Rogério Nascimento, coordenador do Grupo Especial de Monitoramento e Fiscalização do CNJ descreve a disparidade em um artigo da mesma instituição:

> Enquanto condições ruins e péssimas atingem 40% das prisões do país, as excelentes costumam alojar réus especiais. "No geral, elas recolhem presos provisórios especiais. A existência de prisão especial é uma perversidade do nosso desequilibrado sistema. Quando não são fisicamente melhores, ao menos não estão superlotadas", diz Nascimento (CNJ, 2017).

Essa separação entre a capacidade dos dois grupos desfrutarem de seus direitos não ocorre apenas nos níveis mais baixos da aplicação, em 2003 nossa suprema corte tornou mais nítida a realidade de que a separação leva a condições gradualmente melhores para um grupo e piores para outro quando tornou mais um direito acessível àqueles que se encontram em Prisão Especial e não aos demais presos provisórios. Proclamou o Supremo Tribunal Federal em sua Súmula 717:

> Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial (Brasil, 2003)

Não está aqui se criando um direito novo ou exclusivo aos réus em prisão especial, mas sim facilitando o acesso a um direito universal a um grupo determinado enquanto o restante tem que passar por múltiplos obstáculos para desfrutar dele. Enquanto isso, os demais presos provisórios, antes de pleitear a progressão de regime, têm que ser transferidos para o sistema penitenciário para serem avaliados pela Comissão Técnica de Classificação e poder cumprir o requisito do trabalho (Lei 7.210/84 art. 31 e §ú). Isso faz com que aqueles que não se beneficiam da Prisão Especial tenham que arcar com uma pena muito mais rígida para efetivar o mesmo direito de progressão de regime que os beneficiados. Escreve Guilherme Nucci:

> Em verdade, permitir a progressão de regime ao preso sujeito à prisão especial representará, no Brasil, cujo sistema processual é lento e repleto de recursos procrastinatórios, praticamente o impedimento do cumprimento da pena em regime carcerário severo. Como exemplo: determinada autoridade, condenada a 6 anos de reclusão, em regime fechado inicial, por ter cometido variados delitos, encontra-se presa preventivamente, recolhida em prisão especial. Enquanto aguarda o arrastado trâmite processual, seu tempo de 'cumprimento de pena' encontra-se em decurso. Assim, antes mesmo de transitar em julgado a decisão condenatória, quase certamente já atingiu o regime aberto (NUCCI, 2014. p. 343)

Temos na Prisão Especial, então, não só um exemplo de como a divisão de classes de uma sociedade é por vezes reconhecida e reproduzida pela legislação, em detrimento aos princípios republicanos sobre os quais em teoria se baseia nosso sistema legal, mas também um exemplo de como o sistema que aplica o direito encontra formas de dar tratamento diferenciado a certos grupos, mesmo quando a literalidade da lei proíbe isso. No caso da Prisão Especial o primeiro permite o segundo; a separação dos presos pelos critérios usados é em si objecionável e sintomática de uma sociedade de castas, mas a lei em si não pode explicitamente prever privilégios. Em vez disso, a lei meramente efetua a separação, e permite que a realidade social do país atue e proteja um grupo diferentemente do outro. Não é propriamente que a legislação institua privilégios nem que a aplicação dela viole normas igualitárias para criar injustiças. Temos, sim, um sistema inteiro moldado de forma a permitir que privilégios se instituam sem que nenhuma de suas partes seja individualmente responsável por isso.

3.1.4 Argumentos pretéritos em prol da prisão especial

Atualmente, quando se fala de Prisão Especial em um âmbito acadêmico, mesmo no contexto tecnocrático de aulas de graduação e manuais jurídicos, é comum ao menos se abordar ideia de uma separação dos presos por classe como evidentemente problemática. Os defensores da Prisão Especial conciliam a existência da prisão especial defendendo uma versão abstrata dela que absolutamente não corresponde a como ela é implementada. Eles justificam os seus critérios de aplicabilidade com argumentos o mais distantes possíveis de um extrato social superior, geralmente trazendo a ideia dos grupos protegidos estarem em risco, ou fazem menção ao princípio da igualdade perante a Lei apenas para afirmar sem maior aprofundamento que não há ofensa a ele. Segue a totalidade da discussão desse tópico no livro Processo Penal de Julio Fabbrini Mirabete:

> Sem ferir o preceito constitucional de que todos são iguais perante a lei, esta prevê hipóteses em que a custódia do preso provisório pode ser efetuada em quarteis ou prisão especial, prerrogativa concedida a certas pessoas pelas funções que desempenham, por sua educação ou cultura, pelos serviços prestados etc., evitando que fiquem em promiscuidade com outros presos durante o processo condenatório (MIRABETE, 2005, p.405).

Não é necessário, no entanto, voltar muito na história para se deparar com juristas defendendo a justiça da Prisão Especial em termos que hoje são usados apenas pelos seus detratores. Escreveu Paulo Lúcio Nogueira:

> O privilégio da prisão especial é perfeitamente justificável, pois não se concebe que as pessoas beneficiadas pela sua própria formação ou mesmo posição social tenham tratamento igual ao do criminoso comum, sendo colocadas em promiscuidade nas prisões, juntamente com condenados por espécie (NOGUEIRA, 1996, pp. 302-303).

Vemos aqui cristalizada em um parágrafo a racionalidade que manteve a existência da prisão Especial por décadas. Temos a admissão de que estamos tratando não só de nível de educação mas, na prática, de “posição social” e nesses termos o autor descreve a separação como justa e necessária. Vemos a presunção de inocência ser estendida a indivíduos dessa posição social, devendo esses serem poupados do convívio com condenados, enquanto os de pior posição social na mesma situação

processual são confortavelmente chamados de criminosos comuns. Que os presos provisórios de melhor extrato social têm mais necessidade de serem segregados dos de extrato pior na mesma situação processual do que estes têm de serem segregados de condenados é dado como evidente. Igualmente o autor nunca vê a necessidade de justificar porque “não se concebe” que pessoas que contam com privilégios na sociedade em geral por conta de sua classe social e educação sejam igualados aos demais cidadãos pela aplicação do processo penal.

A citação em questão é da edição de 1996 de um livro originalmente publicado em 1985, o que, na longa história da Prisão Especial não é muito antigo. Se retornarmos um pouco mais no tempo para 1962, podemos encontrar obras ainda mais explícitas na forma como justificam a necessidade da Prisão Especial. Vejamos o Código de processo penal brasileiro anotado de Eduardo Espínola Filho; ao contrário do exemplo anterior, essa obra não articula suas conotações elitistas através do tom amenizante de uma linguagem tecnocrática. Isso significa que enquanto a maioria do que foi dito acima sobre a passagem anterior se aplica à seguinte, em particular o uso da presunção de inocência como justificativa sem nenhuma tentativa de explicar por quê ela só deve proteger certos grupos, dessa vez o autor se refere diretamente aos beneficiados da Prisão Especial como “pessoas de qualidade” e aqueles dos quais eles devem ser separados de “ralé dos criminosos”:

> Antes da condenação definitiva, não se podem afirmar responsáveis inescusáveis, por infrações penais, as pessoas sujeitas a prisão, pelo que o art. 300 faz uma recomendação de alta significação, ordenando que se evite, tanto quanto possível, o contacto entre réus definitivamente condenados e pessoas apenas provisoriamente presas; assim, é natural se conceda o privilégio de ficar em estabelecimento diverso do cárcere comum, livres do contacto com a ralé dos criminosos, a pessoas de qualidade, pelas funções que ocupam, pela sua educação e instrução, pelos relevantes serviços públicos, que prestem ou tenham prestado (ESPINOLA FILHO, 1980, pp. 316-317)

Também é mais explícita nesse texto a visão de que a separação entre classes sociais e de como elas são tratadas é natural – esse exato termo é usado – e que, portanto, não seria cabível a justiça neutralizá-la. É relevante observar como a existência de privilégios como a Prisão Especial eram defendidos no passado para entender a sua razão de ser até hoje. Isso porque, como é o caso para muitas espécies de avanço social, tornou-se inaceitável admitir o ímpeto por trás dessa estrutura injusta antes de se tornar politicamente possível removê-la.

Mais recentemente podemos ver a ideia da naturalidade de se separar os diferentes estratos sociais na privação de liberdade ser levantada em objeções contra a reforma da prisão especial. Na edição de 2007 de seu Manual de Processo Penal, Tourinho Filho repreende a imprensa por instigar, a seu ver, pressão popular pela eliminação de privilégios associados à prisão especial. Ele atribui a essa pressão as mudanças pontuais que a lei nº 10.258, de 11.7.2001 fez ao artigo 295 do CPP, principal das quais foi a (quase puramente simbólica) proibição de direitos a mais para os presos especiais, determinando que a prisão especial "consiste exclusivamente em recolhimento em local distinto do comum". O autor não defende a previsão de privilégios para os presos especiais, mas abre seu capítulo sobre o assunto escrevendo que, idealmente, todas as pessoas presas provisoriamente deveriam ter o benefício, mas que por dificuldades logísticas esse benefício foi estendido apenas para "certas pessoas em vista de sua escolaridade e das funções que exercem no meio social".

Como nos exemplos anteriores, o autor não vê necessidade de justificar por que o critério da distribuição desse privilégio deve ser a posição social do réu e não a natureza do crime de que é acusado ou qualquer outro critério. Para ele a noção de que há uma classe de pessoas merecedora de melhor tratamento e cuja elevação social deve ser elevada e honrada parece ser tão natural que não é necessário discorrer sobre por que esse é o melhor e mais justo método de separação. Não só isso, mas o autor parece argumentar que reproduzir essa distinção dentro do processo penal sequer representa um privilégio justificável, mas sim constitui mero reconhecimento de uma obvia e natural distinção. Escreve Tourinho Filho:

> Ante a impossibilidade, por falta de recursos e estrutura, limitou-se o legislador a distinguir certas pessoas em vista da sua escolaridade e das funções que exercem no meio social. Não se trata de privilégio, como se propaga pela imprensa, mas de uma homenagem em razão das funções que certas pessoas desempenham no cenário jurídico-político da nossa terra, inclusive o grau de escolaridade (TOURINHO FILHO, 2007, p. 602)

Analisando essas defesas da prisão especial ao longo das décadas surgem alguns padrões. Primeiro entre eles é a falta de defesas substantivas do hall de beneficiários desse privilégio. Seja a racionalidade dada à separação que certos grupos devem ser protegidos de violência dentro do cárcere ou que é o tratamento do qual todos deviam gozar, mas só há recursos para conceder a alguns, a racionalidade de estender aos portadores de curso superior entre outros grupos nunca é justificada. Isso

indica que para os defensores da prisão especial, desde os mais antigos até os mais recentes, a separação baseada no que os primeiros chamavam de a “qualidade” das pessoas parece intuitiva, natural e justa *a priori*. O que muda um pouco é a forma como isso é expressado, o que nos leva ao segundo padrão: a linguagem usada para justificar as divisões que esse privilégio produz começou extremamente explícita, mas com o tempo ficou vaga. Termos como “pessoas de qualidade” e “ralé dos criminosos” foram purgados de nossos manuais jurídicos, mas não foram substituídos por novas racionalizações. Os defensores mais recentes da prisão especial defendem a mesma instituição que continua sendo aplicada da mesma forma, apenas o que mudou foi o que se pode dizer abertamente (MIRABETE, 2005, p.405; NOGUEIRA, 1996, pp. 302-303). Não se constata, então, uma mudança doutrinária entre os defensores dessa instituição, pelo contrário, se vê apenas uma mudança de vocabulário que não se traduziu em mudanças perceptíveis em como ela é aplicada.

3.1.5 Críticas contemporâneas à prisão especial

Na mesma medida que se tornou raro ouvir defesas absolutas da Prisão Especial como ela existe hoje, tornou-se bastante comum se deparar com autores que a veem como algo completamente injustificável e sintomático de tudo que há de pior a respeito da cultura jurídica brasileira. Um deles é Eugênio Pacelli de Oliveira, que considera a prisão especial como ela existe hoje “absurdamente desigual”, especialmente por conta do critério da escolaridade. O autor reconhece a necessidade de uma separação para detentores de funções públicas ligadas à execução penal da população prisional em geral, mas considera os demais critérios uma afronta ao princípio da isonomia e defende a reivindicação de condições iguais para todos os presos provisórios. Oliveira traz inclusive a ideia de que a forma atual da prisão especial serve de ferramenta para propositalmente selecionar certas camadas econômicas e manter sua exclusão social. Escreve o autor:

> De outra perspectiva, a distinção e a desigualdade revelam, de modo subliminar, uma confissão estatal expressa no sentido de que os nossos estabelecimentos prisionais (…) devem mesmo ser reservados para as classes sociais menos favorecidas (…), o que, aliás, iria exatamente na direção de outra realidade, ainda mais sombria, qual seja, a da seletividade do sistema penal.

> O tema abordado em profundidade pela criminologia denominada crítica e tantas vezes anunciado pelos defensores do abolicionismo penal, teria o seguinte espectro: o sistema penal, aqui envolvendo todo o aparato estatal persecutório (...), é propositadamente seletivo, dirigindo-se mais e mais aos atores que aos fatos por eles praticados; é seletivo também no sentido de afirmar a exclusão social, visando atingir e proteger apenas determinados e específicos interesses, de determinados e específicos grupos ou camadas sociais. (OLIVEIRA, 2013, p. 579)

Kant de Lima descreve a Prisão Especial como o mais óbvio exemplo de um instituto legal que existe para reforçar um sistema social em “modelo pirâmide” em que uma elite vive sob regras diferentes do resto da população. O autor destaca que não são só elementos explicitamente positivados como os critérios de aplicabilidade da Prisão Especial, em particular a posse de diploma universitário, que possibilitam um tratamento diferenciado para os socialmente mais bem posicionados. Ele destaca como em uma sociedade de classes as mesmas regras são aplicadas diferentemente para pessoas de diferentes status sociais. Nesse caso a Prisão Especial não constitui o benefício em si tanto quanto um mecanismo para colocar indivíduos de diferentes extratos sociais em espaços diferentes para que os direitos que eles supostamente têm em comum possam ser protegidos em diferentes níveis. A final, a partir da lei número 10.258/2001 a Prisão especial “consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum” (art. 295 §1º CPP) sem nenhum benefício adicional. Sabemos ainda assim como as condições mínimas de bem-estar às quais o preso tem direito são muito mais respeitadas no espaço da Prisão Especial e quando não atingidos resultam na transferência para regime domiciliar enquanto os demais presos são forçados a aguentar rotineiramente condições muito mais flagrantemente ilegais. Como escreve Kant de Lima:

> (…) Esses institutos inconstitucionais começam pelo mais escandaloso de todos, a prisão especial. Isso quer dizer que uma pessoa que tem nível de instrução superior dá um tiro em um sujeito, e uma que não tem instrução superior, e dá ao mesmo tiro no mesmo sujeito, se forem presas, vão ser tratadas de forma desigual. Uma vai para a cadeia, ser estuprada, dormir em pé, comer mal, não tomar sol; a outra vai ter um tratamento especial, que agora, em 2001, passou a significar “apenas” que fica separada das pessoas comuns… O tratamento especial é uma coisa muito importante quando uma pessoa está se defendendo de uma acusação. O juiz Nicolau, por exemplo, não queria ser fotografado, não queria ser algemado, tinha comida especial e acabou preso em casa, porque estava doente. E os presos comuns? Esses não podem sair da prisão quando estão doentes Já se disse até que estão melhor lá do que fora de lá, porque onde moram não têm recursos para se tratar… O que indica que a liberdade não é um bem que se conceda como

> universalmente distribuído no Brasil. A polícia costuma dizer que a prisão é um benefício, não um castigo para os miseráveis que nela estão: teto, comida e roupa lavada de graça! Ou seja, essas pessoas nunca estiveram no mundo público, do tal Estado de Direito… (LIMA, 2001, pp.103-104)

A conclusão de que a prisão especial como atualmente está configurada é ofensiva ao princípio da isonomia não é comum apenas entre autores politizados e críticos do sistema jurídico brasileiro em geral, mas aparece também em obras essencialmente apolíticas. Por vezes isso se manifesta apenas na forma de um parágrafo reconhecendo a natureza problemática da instituição no capítulo dedicado a ela em um livro didático de direito processual penal (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p.1208). Em outros casos há um posicionamento mais forte, como se vê na discrição dessa instituição no Manual de Processo Penal de Renato Brasileiro de Lima:

> Resultado do reconhecimento explícito da péssima situação carcerária vivenciada no Brasil, e da própria seletividade do sistema penal, o legislador brasileiro resolve conferir a certos indivíduos o direito à prisão especial, pelo menos até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.
> Cria-se, por meio da prisão especial, tratamento diferenciado entre um cidadão diplomado e outro analfabeto, violando-se o princípio da isonomia sem qualquer critério lógico e razoável a justificá-lo. Na verdade, se o próprio Estado reconhece que não consegue fornecer condições carcerárias dignas, deveria reservar a todo e qualquer preso provisório, primário e com bons antecedentes, recolhimento em separado daqueles que foram condenados, e, por conseguinte, já possuem mais tempo de vivência no cárcere (LIMA, 2016, p. 1190).

O autor é bastante menos enfático que Kant de Lima, mas mesmo no contexto de introduzir o conceito da prisão especial em termos simples ele vê a necessidade de apontar seus problemas gritantes. Em particular critica a aplicação da prisão especial para diplomados e não para os demais presos provisórios sem justificativa compreensível. O autor se mostra favorável à ideia de estender tal benefício aos detentores de cargos que possam atrair a violência de detentos, de fato defende a absoluta necessidade de tal medida, mas se mostra no mínimo perplexo pelas demais escolhas de beneficiários.

Também comum é a posição defendida pela anteriormente mencionada ADPF 334/DF de que o inciso VII do artigo 295 CPP, que estende a prisão especial a diplomados de curso superior em particular é inadmissível mas tolera em geral a extensão do benefício a portadores de certos cargos e profissionais de certas áreas.

Conforme o artigo “Fim da Prisão Especial para Portadores de Diploma de Curso Superior, uma Medida Salutar no Fortalecimento do Sistema Penal Brasileiro”:

> Em suma, resta evidente a necessidade de se estabelecer uma nova regra quanto à prisão especial, deixando o instituto somente para aquelas hipóteses em que há riscos justificáveis para a pessoa encarcerada, tal como para os membros dos órgãos de persecução penal. Não há fundamento justificante para o privilégio albergado pela lei processual penal vigente, tapar os olhos de que a prisão especial não tem natureza de salvaguarda de uma camada privilegiada é negar os preceitos impostos pela própria Constituição Federal (NETO; PINTO; PINTO; SANTOS, 2017, p. 12).

Infelizmente, o que transparece é que a evolução do discurso teórico dominante até o ponto em que a Prisão Especial é vista como flagrantemente injusta e contraditória aos princípios de nossa constituição pela maioria dos acadêmicos do direito não parece estar levando no curto ou médio prazo à reforma ou abolição dessa instituição. O que parece ser o caso é que enquanto o surgimento dessa espécie de consenso leva regularmente a alterações de normas e da forma como elas são aplicadas, isso não parece ocorrer a quando se trata uma instituição atada profundamente à estrutura social do país, que seu sistema jurídico reproduz. Veremos a seguir como alterações nas normas relativas à Prisão Especial tiveram extraordinária dificuldade de ocorrer e quando ocorreram de surtir efeitos substantivos.

3.1.6 Mudanças legislativas

O caráter flagrantemente anti-igualitário da figura da Prisão Especial foi reconhecido pelo Projeto de Lei 4.208/2001, que, até sua versão aprovada pelo Senado, não só revogava os critérios do artigo 295 do CPP incluindo a ocupação de cargos políticos e posse de diploma de curso superior, mas também dedicava o caput de dito artigo para proibir a concessão de prisão especial sob qualquer pretexto que não a necessidade de proteção da vida ou integridade física do preso. Diria o artigo:

> Art. 295. É proibida a concessão de prisão especial, salvo a destinada à preservação da vida e da incolumidade física e psíquica do preso, assim reconhecida por decisão fundamentada da autoridade judicial ou, no caso de prisão em flagrante ou cumprimento de mandado de prisão, da autoridade policial encarregada do cumprimento da medida (BRASIL, 2001, pp. 8-9).

Vemos então que mesmo perto e duas décadas atrás em nada menos que o Senado Federal, a natureza da Prisão Especial como um privilégio antagônico aos

princípios de nossa Constituição e república era amplamente reconhecida. Torna-se claro ao analisar a história do dispositivo da Prisão Especial, que ela não perdura por conta de uma visão ideológica que a defende como justa, mas pela força política dos grupos que dela se beneficiam. Consta no voto do relator João Campos do mesmo Projeto de Lei:

> Trata-se de alteração do texto do art. 295, referente ao recolhimento à prisão especial. A proposta proíbe a sua concessão, salvo se destinada à preservação da vida e da incolumidade física e psíquica do preso. Destacamos que além disto, o Substitutivo do Senado propõe, em seu artigo 4º, a revogação de uma série de dispositivos e Leis que estabelecem casos de prisão especial.(…)
> Entendemos que a proposta de revogação de todas as prisões especiais é de grande valia, muito embora o seu resultado não atinja totalmente a nobre pretensão,(…)
> Outrossim, enfrentaremos enorme pressão pelo corporativismo desses "Poderes", que lutam incessantemente pela manutenção de status diferenciado, condição que aponta para o fato de que nunca advirá proposição da natureza em tela por iniciativa do Ministério Público e do Poder Judiciário. Portanto, pugnando pela justa aplicação da medida, acolhemos o novo texto dado ao art. 295 e as revogações das prisões especiais (BRASIL, 2001, pp. 10-12).

De fato, seja pela pressão corporativista de setores do aparelho estatal que se beneficiam dela ou pela histórica dificuldade de eliminar privilégios de classe no Brasil, o Projeto de Lei 4.208/2001, depois de passar a maior parte de uma década inerte, resultou na Lei 12.403/2011, que manteve o artigo 295 do CPP inalterado e por consequência a Prisão Especial ainda hoje é essencialmente a mesma.

A lei resultante fez esforços para diminuir o excesso de aplicação de prisões cautelares, que havia se tornado alvo de fortes críticas enquanto seu projeto não progredia. Isso incluiu proibir a privação de liberdade durante o processo quando os tipos penais em questão não a trouxerem como potencial pena e instituir medidas cautelares, estabelecendo que essas devem substituir a prisão preventiva sempre que cabível, entre outras mudanças. Foram até mesmo tomadas medidas para reduzir privilégios descabidos, como a definição de critérios sólidos para a aplicação da prisão domiciliar, visando diminuir a seletividade e arbitrariedade na sua aplicação e a possibilidade do juiz reduzir ou dispensar a fiança de um preso cujas condições financeiras não permitam arcar com o custo. Esses esforços são, no entanto, de pequena escala comparados com a potencial proibição da Prisão Especial que foi perdida no caminho (BRASIL, 2011).

No momento em que se desenvolve essa investigação tramita no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 334, ajuizada em 2015 pelo então Procurador Geral da República Rodrigo Janot que sustenta a não recepção do artigo 295, inciso VII do Código de Processo Penal, que concede o benefício da prisão especial a diplomados por faculdade superior por "afronta aos princípios republicano, da dignidade do ser humano e da isonomia, insculpidos nos arts. 1o, caput e III, 3o, I, III e IV, 5o, caput e I, da Constituição da República." (BRASIL, 2015). Será um passo extremamente positivo se o Supremo Tribunal Federal decidir pela não recepção deste inciso, pois sem categoria dos diplomados a aplicação da prisão especial diminuiria muito e apenas em casos em que ela é injustificada. Deve-se notar, no entanto, que a indignação contra privilégios para elites e a separação do povo brasileiro em castas articulada na ADPF se opõe exclusivamente à concessão da prisão especial a aqueles que apenas diploma de ensino superior. Os membros dos órgãos engajados nessa discussão, assim como seus colegas advogados e os portadores de outros cargos públicos todos manteriam o que está aqui sendo chamado de um privilégio. Deve se destacar então que no melhor dos casos a prisão especial se tornará um benefício para uma elite ainda menor.

3.1.7 Constatações

O que se mostra preocupante ao analisar a trajetória da prisão especial como instituição é que parecemos estar diante de um exemplo de como os procedimentos que deveriam levar à correção de instituições legais injustas podem ser inteiramente impotentes. Como vimos, a legislação foi alterada para especificar que a Prisão Especial não deveria implicar tratamento privilegiado e sim apenas separação física, mas é universalmente reconhecido que na prática ainda não é isso que ocorre. A doutrina então chegou a um amplo consenso de que esse é o caso e passou a protestar pela abolição dessa instituição ou sua aplicação de acordo com os novos parâmetros, mas não houve movimento rumo a nenhum dos dois acontecer.

O sistema jurídico brasileiro mostra uma resistência muito grande a remover um dos mecanismos através dos quais ele reproduz a estrutura de classes da sociedade que lhe deu origem e o que o põe nesse caminho claramente não é a legislação positiva ou a cultura acadêmica jurídica, ambos os quais estão sendo atropelados

nesse caso. O que a história e contínua existência da prisão especial demonstram é que as tendências anti-igualitárias do direito brasileiro vêm de algo mais profundo e enraizado do que legislação e doutrina e que elas só podem ser alteradas no nível de uma evolução de nossa estrutura social.

A Lei 10.258/2001 em especial provou que abordagens superficiais não são suficientes para corrigir essa espécie de problema, seu texto prescreveu que as condições da prisão especial não podem ser melhores que as da comum. O problema foi corretamente identificado, mas não sua causa e, portanto, sua solução. A disparidade de condições entre presos comuns e especiais não adivinha do texto legal até então vigente, visto que já não se previam privilégios explícitos para os presos especiais e as condições piores dos presos comuns já eram em maioria irregulares, assim não há por que esperar que essa mudança legislativa corrigisse a situação. Esse caso nos mostra que há situações em que a função de uma instituição legal não é a explicita na letra da Lei ou mesmo na doutrina que a defende, mas advém na verdade de um papel mais profundo na estrutura social na qual ela existe.

A forma como a prisão especial é aplicada no mundo dos fatos a faz servir como uma proteção que impede elites sociais de serem expostas a um sistema carcerário precário e degradante, algo que é compreendido pelo senso comum da população brasileira e era abertamente admitido por doutrinadores até isso se tornar inaceitável. A resistência dela a ser desviada dessa função serve de exemplo de como outras dimensões da sociedade agem sobre o direito e a mudança da redação de uma lei ou do discurso doutrinário dominante não anulam esses fatores.

Enquanto a sociedade brasileira tiver um sistema carcerário precarizado que rotineiramente deixa de atingir os parâmetros mínimos de dignidade humana que a lei exige e uma elite privilegiada a quem não se admite impor as mesmas indignidades que o restante da população haverão mecanismos que permitam a separação desses grupos dos demais presos. É possível que ações legislativas seja uma parte vital do processo que mudará essa realidade, mas seria ingênuo pensar que esses privilégios podem ser revogados por um inciso em uma Lei, especialmente quando eles frequentemente se manifestam pela aplicação seletiva da Lei.

3.2 A PRISÃO PREVENTIVA

Por fim temos a prisão preventiva, prevista nos arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal e decretada pelo juiz durante o processo ou na fase do inquérito a pedido do promotor ou delegado. Essa forma de prisão é cabível se houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria e se mostrar-se necessária para garantir a ordem pública ou econômica, para a conveniência da instrução criminal ou para a garantia de aplicação da lei penal, além do caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Para ser admitida a prisão preventiva precisa também ser atingido um de três requisito citados pelo artigo 313 do Código de Processo Penal: se tratar de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, o réu ser recorrente em crime doloso ou ser necessária para garantir a execução das medidas protetivas de urgência se o crime envolver violência doméstica e familiar. Essas são as condições de admissibilidade desde a reforma em 2011 que removeu um critério problemático, algo que será abordado posteriormente, mas ainda existem objeções à prisão preventiva como é prevista hoje.

Muitos autores consideram que os critérios de aplicabilidade da prisão preventiva são demasiadamente amplos (TOURINHO FILHO, 2007, p. 623-624), dentre eles vários apontam que isso permite que ela se torne uma ferramenta de controle e limpeza social (FERRAJOLI, 1995, pp. 807-808), aplicando o que aparenta ser uma punição eficiente e imediata para presumidos criminosos e assim apaziguando a população em geral, que vive com medo da criminalidade ao mesmo tempo que reprime a população marginalizada (LOPES JR, 2016, pp. 349-350). A ideia de que a aplicação da prisão preventiva não serve, no mundo dos fatos, para garantir o processo penal, mas sim como forma de punição imediata e regulação social poderia explicar a sua utilização excessiva que se observa hoje no Brasil. Será analisado a seguir algumas das objeções que foram levantadas contra a prisão preventiva como existe hoje para ver se explicam a forma como ela tem sido aplicada.

3.2.1 Os problemas do termo “garantia da ordem pública”

Um problema dos fundamentos para a aplicação da prisão preventiva, previstos no artigo 312, caput do Código de Processo Penal é o quão vagos e maleáveis eles são, deixando poucos casos em que se possa dizer que sejam inteiramente

inaplicáveis. Possivelmente o mais amplo entre eles é a “garantia da ordem pública”, expressão que em si mesma não diz quase nada. A “ordem pública” não tem uma definição amplamente reconhecida e dessa forma torna-se possível argumentar que qualquer crime, por natureza, constitui uma ameaça a ela. Uma interpretação mais restritiva que a doutrina costuma defender é de que esse fundamento justifica a prisão preventiva em casos de reiteração de conduta criminosa, seja do mesmo crime ou outros relacionados, como associação criminosa ou apologia ao crime. Casos nos quais tirar o réu do convívio social seria necessário para que ele parasse de cometer crimes. Um doutrinador geralmente conservador que propõe essa interpretação e reprova do uso de um termo tão amplo e abstrato é Tourinho Filho. Em seu bastante tecnocrático Manual de Processo Penal, o autor escreve:

> Ordem pública é expressão de conceito indeterminado. Normalmente, entende-se por ordem pública a paz, a tranquilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia do crime; ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública. Mas isso é que é importante: outras situações podem traduzi-la, tamanha a vaguidade da expressão. E aí a medida extrema fica ao sabor da maior ou menor sensibilidade do Magistrado, de ideias preconcebidas a respeito de pessoas, de concepções religiosas, sociais, morais, políticas que os fazem guardar tendências que o orientam inconscientemente em suas decisões (TOURINHO FILHO, 2007, pp 623-624).

Como é costumeiro, a aplicação no mundo dos fatos não é tão restritiva ou moderada quanto deseja a doutrina ou imaginam os manuais. Aury Lopes Jr. escreve sobre como esse termo é abusado para converter a prisão preventiva de sua função “no papel” como uma ferramenta para a proteção do processo penal para uma função de manter a legitimidade das instituições estatais perante uma população assolada pela criminalidade. Função essa que o autor considera tão distante da legítima que a prisão preventiva aplicada dessa forma se torna inteiramente inconstitucional, constituindo pena sem devido processo legal e uma intrusão do judiciário nas funções administrativas de manter a paz social e a legitimidade do Estado. Escreve Lopes Jr:

> Muitas vezes a prisão preventiva vem fundada na cláusula genérica “garantia da ordem pública”, mas tendo como recheio uma argumentação sobre a necessidade da segregação para o “restabelecimento da credibilidade das instituições”.
> É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida. (…)

> No que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública sob o argumento de risco de reiteração de delitos, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal. (…) Obviamente que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (in malan partem) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública (LOPES JR., 2016, pp. 349-350).

Lopes Jr. traça a origem da utilização do termo “ordem pública” dessa forma para a Alemanha nazista, onde ele teria sido usado como licença para apreender qualquer indivíduo inconveniente para o Estado sem necessidade de justificativas bem definidas (LOPES JR., 2016, pp. 347-348). Comparações diretas com o nazismo devem ser usadas cuidadosamente, mas vale notar que esse termo foi escolhido por um regime que pretendia aplicar a prisão de forma autoritária e irrestrita, então, se queremos evitar isso, provavelmente há termos mais adequados a se usar. A final, “garantir a ordem pública” remete bem mais a ideias de limpeza social e manutenção da autoridade estatal do que de evitar a reiteração de crimes.

Vale ressaltar que a defesa da ordem pública é a justificativa usada para a maioria das prisões preventivas por tráfico simples, o tipo penal responsável pelo maior número desse tipo de prisões. Como vimos esse crime corresponde por cerca de 29% dos presos cautelares totais e é o único crime não violento com representação expressiva nessa estatística. Isso quer dizer que a proteção da ordem pública é a justificativa para a maior, e mais desnecessária, fatia do crescimento desenfreado de nossa população carcerária sem condenação (CNJ, 2017, p.14; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p.35).

3.2.2 As contradições da prevenção de crimes futuros

A interpretação da garantia da ordem pública como prevenção da reiteração de condutas criminosas também é alvo de muitas criticas. Isso porquê encarrega o judiciário de lidar com crimes em potencial, o que cria uma série de problemas. Não se trata apenas da impossibilidade de prever o futuro, que naturalmente põe em dúvida a decisão do judiciário nessa questão seja ela qual for. Dessa distorção básica (voltar

julgamento ao futuro em vez do passado) emergem violações a vários princípios processuais. Primeiramente, como aponta Lopes Jr., essa prognosticação fere a ampla defesa e é característica de um sistema processual penal inquisitório, pois afirmações sobre o futuro são irrefutáveis (LOPES JR., 2016, p. 350). A final, o que ocorreu ou não no passado pode ser provado materialmente, mas o futuro é pura conjetura, logo, se o julgador se convence que o réu reincidirá não há nada que sua defesa possa fazer para demonstrar o contrário.

Ferrajoli também trata dessa tentativa de prevenir condutas criminosas futura como uma perversão fundamental do processo penal e um sacrifício de suas garantias. Ele descreve esse fenômeno como uma “administralização” do direito penal, que o transformou de um sistema estritamente retributivo em um sistema tendencialmente preventivo, ou seja, que em vez de tentar coibir a criminalidade por meio da punição daqueles que já cometeram crimes usa ferramentas penais para prevenir crimes que ainda não ocorreram. Aqui também não se trata apenas da impossibilidade de se provar que um crime ocorrerá no futuro, mas também de uma extrapolação dos limites da atividade judicial. Compensando o fracasso dos órgãos administrativos estatais em prover a população em geral com um nível de segurança minimamente satisfatório, o judiciário tomou o lugar deles como controlador da criminalidade e, em fazê-lo, passou a atuar de forma antagônica à sua natureza. Ao administrar a prisão preventiva o judiciário restringe a liberdade de réus baseado no que é provável em vez de o que é certo, em especulações quanto ao futuro em vez de no passado e na pessoa do réu em vez de nas suas condutas. Essas diferenças dão uma enorme margem para arbitrariedade, pois além de ser, como foi mencionado, impossível falsear probabilidades futuras, os parâmetros para o razoável convencimento do julgador são também extremamente nebulosos (FERRAJOLI, 1995, pp 697-700)

Quando se trata de fatos consumados sendo analisados para se chegar a uma decisão de mérito, a necessidade de provar decisivamente a autoria e dolo serve para garantir um mínimo de neutralidade e autoridade fática para a decisão. Inversamente, quando não há fatos concretos que podem ser esclarecidos, suposições tomam o lugar de provas e não há nada que impeça os preconceitos do julgador de determinarem sua decisão. É comum a crítica de que nessas situações em que o judiciário é posto na posição de avaliar a periculosidade futura de um indivíduo ele está se desviando de seus princípios, pois deveria julgar condutas mas está no caso julgando a pessoa em si

(LOPES JR., 2016, pp. 321-324). Considerando as condições reais da aplicação da prisão provisória até essa crítica parece bastante otimista, a final, o julgador não tem forma alguma de conhecer aprofundadamente o caráter de um réu cujo processo recém começou. Além do crime do qual o réu é acusado o julgador sabe pouco mais do que o seu perfil básico e características aparentes como sexo, raça, classe social, ou seja, nada em que se poderia legitimamente fundar uma suposição de periculosidade, mas fatores carregados de conotações socioculturais que estão fadadas a influenciar uma decisão subjetiva, com critérios vagos e baseada em poucos fatos concretos.

Uma pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança pública averiguou, nesse sentido, que na maioria das audiências de custódia, onde é determinada a aplicação ou não da prisão provisória, o juiz sequer discute o mérito dos fatos com o acusado:

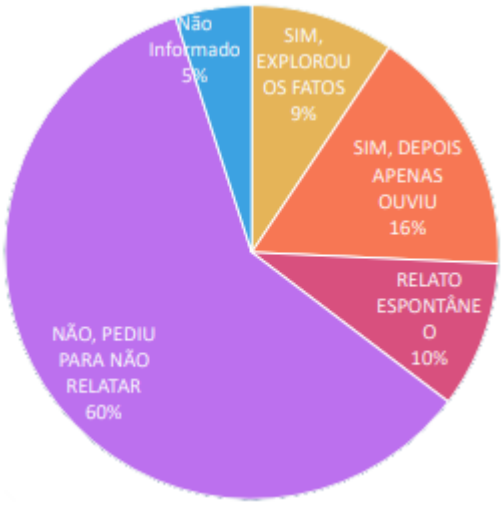


Figura 12 – Porcentagem das audiências de custódia em que o juiz explorou o mérito dos fatos

Fonte: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p.15

Dessa forma resta apenas fatores superficiais sobre a pessoa do acusado sobre os quais basear o julgamento. Como vimos, isso permite que fatores como a raça do acusado acabem tendo influência, mas esse mesmo estudo detectou como principal previsor da aplicação de prisão preventiva a existência de outros processos contra o acusado, mesmo sem trânsito em julgado. Temos então uma situação em que, em vez

de se analisarem os fatos do crime em questão ou serem levantadas razões específicas que necessitem a privação de liberdade do acusado, esse é considerado perigoso como indivíduo por um julgamento superficial e passa daí em diante a ser considerado “um dos que se prende” (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p.43).

Em resumo, a transferência da responsabilidade de prevenção de crimes para o judiciário o encarrega de tomar decisões de um tipo inteiramente diferente das que foi idealizado para tomar. Ao cumprir esse papel, o judiciário toma decisões sem o nível de certeza que é tipicamente esperado dele, mas, mesmo assim, por elas virem do judiciário é permitido que dessas decisões decorram consequências tão sérias quanto a privação de liberdade de um indivíduo por longos períodos. Mas o problema da falta de critérios válidos para implementar ou não a prisão provisória não se resume a ela ser aplicada de forma imprecisa, há também problemas de constitucionalidade e o risco de aplicação seletiva. Quanto à constitucionalidade, há a impossibilidade de se falsear alegações relativas a risco e a fatos futuros, tornando a ampla defesa deficiente perante essas decisões e a extrapolação das responsabilidades do judiciário que resulta de atribuir-lhe a responsabilidade de prevenir crimes. (FERRAJOLI, 1995, ps 697-700; LOPES JR., 2016, pp. 350-351)

Quanto ao risco de aplicação seletiva, esse advém de critérios vagos e subjetivos como “garantia da ordem pública” e “conveniência da instrução criminal” combinados com a falta de informação a respeito dos fatos e do réu no momento da decisão, além da referida dificuldade de se questionar tais decisões. Esses elementos abrem margem para a aplicação dessas medidas desproporcionalmente a membros de grupos sociais mais facilmente vistos como perigosos, porque isso é parte da natureza humana e pela falta de outros critérios nos quais basear-se. É importante apontar que a aplicação de prisões cautelares sem base em elementos factuais específicos ao caso é considerada ilegal conforme foi decidido no Habeas Corpus 92.751 de São Paulo pelo ministro Celso de Mello:

> A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira.

> Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal (BRASIL, 2011b, p. 4)

Esse posicionamento é louvável e coerente com a nossa Constituição, porém não reflete a realidade de como prisões provisórias são administradas. Aderir aos critérios mais rigorosos propostos pelo ministro tornaria a prisão preventiva uma medida relativamente rara com efeitos apenas em uma escala individual, mesmo no infeliz caso de ser aplicada a um inocente. No entanto, a prisão provisória como existe hoje, com as funções que lhe foram atribuídas de controle imediato da criminalidade e prevenção difundida de delitos futuros prossegue com total descaso à decisão acima. O referido habeas corpus foi proferido em 2008 e nos seis anos seguintes apenas acelerou o aumento tanto do número total de presos sem condenação no Brasil (de 138.939 a 249.668) quanto da proporção de tais presos em nossos presídios (de 31% a 40%). O que indica que as decisões de nossas altas cortes podem ter menos efeito em como o direito é aplicado no dia a dia do que certos tipos de pressão social, ao menos quando os prejudicados são pessoas com pouca capacidade de recorrer de decisões judiciais.

3.2.3 A falta de aplicação da garantia da ordem econômica

O fundamento da garantia da ordem econômica foi inserido no art. 312 do CPP por força da Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste) mas, apesar de estar junto ao da ordem pública, tende a ser utilizado muito menos. A ideia é impedir imediatamente a continuação de atividades que possam ter um impacto daninho de larga escala sobre o sistema financeiro. Essa é uma preocupação razoável e que serviria de argumento contra a tese de que as prisões cautelares selecionam pessoas marginalizadas, pois estaríamos tratando geralmente dos chamados crimes do colarinho branco, cometidos predominantemente por pessoas socialmente bem situadas. Infelizmente, defeitos tanto desse fundamento quanto do sistema de aplicação de prisões provisórias em geral impedem que ele tenha um impacto positivo. No mundo dos fatos a garantia da ordem econômica é raramente invocada, e quando o é muitas vezes não é contra crimes de larga escala contra a ordem econômica, mas apenas crimes simples contra o patrimônio. Além disso, é bastante questionável se a prisão provisória sequer seria o

instrumento correto para pôr fim imediato a essa espécie de conduta. Por fim a necessidade desse termo é questionável, pois poderia ser englobado pela mais ampla garantia da ordem social, o que em boa medida foi, visto que raramente é levantado independentemente dessa.

Para ilustrar o quão menos a garantia da ordem econômica é levantada como justificativa para a prisão provisória do que a garantia da ordem pública pesquisou-se em 05/10/2018 na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul os termos “Garantia da ordem pública” e “Garantia da ordem econômica”. A pesquisa relativa à ordem pública levou a aproximadamente 46600 resultados e a da ordem econômica a 22, 19 dos quais faziam menção também à ordem pública. Com isso restaram 3 instâncias nas quais uma prisão provisória estava sendo discutida apenas em termos de ameaça à ordem econômica, dois tratavam do mesmo incidente de receptação qualificada e um de estelionato. Essa pesquisa não necessariamente retrata a proporção precisa em que esses fundamentos são utilizados para justificar prisões preventivas, mas a diferença é tão colossal (a ordem pública aparece mais de 2000 vezes mais), que basta para ilustrar o desuso do fundamento da garantia da ordem econômica. Analisar esses poucos resultados também demonstra o quão pouco uniforme é a aplicação desse termo. Dos 22 resultados 5 eram relativos a roubos e um ao furto de um animal, crimes aos quais esse fundamento apenas se aplicaria sob a ridícula interpretação de que todos os crimes contra o patrimônio são uma ameaça à ordem econômica. A ordem pública também foi mencionada em todos esses casos, de fato, a maioria dos fundamentos do artigo 312 foi mencionada na maioria dos casos, então o que parece ter ocorrido aqui é o uso indiscriminado desses fundamentos. De resto haviam 5 casos de lavagem ou ocultação de bens, direitos ou valores, 5 de estelionato, 3 de quadrilha ou bando, 2 de receptação e 1 de crimes contra a ordem tributária. Seria razoável existir um fundamento que é usado em uma parcela ínfima das prisões provisórias se esse fosse aplicado em caso de crimes raros, mas extremamente perigosos para a sociedade, mas essa amostra indica que a ordem econômica é mencionada ocasionalmente por estar entre os fundamentos da prisão provisória, sem maior critério por trás disso. Essa constatação corrobora a ideia levantada anteriormente de que a exigência da presença de fundamentos tão vagos não serve para coibir o uso arbitrário das prisões cautelares (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Outra objeção possível contra o fundamento da garantia da ordem econômica é que a privação de liberdade não é a ferramenta correta para se inibir o contínuo cometimento desse tipo de crime, a final, a liberdade física da pessoa não basta para que continue cometendo crimes financeiros. Em muitos casos a descoberta do esquema ou fraude que constitui a ameaça basta para a sua extinção e, mesmo quando não, o congelamento do capital envolvido e restrições de atividades econômicas seriam formas mais diretas de resolver o problema e com menos restrições desnecessárias de liberdade. Corrobora Lopes Jr.:

> Quanto à prisão para garantia da ordem econômica, igualmente criticável o fundamento. Se o objetivo é perseguir a especulação financeira, as transações fraudulentas, e coisas do gênero, o caminho passa pelas sanções à pessoa jurídica, o direito administrativo sancionador, as restrições comerciais, mas jamais pela intervenção penal, muito menos de uma prisão preventiva. É manifesta a inadequação da prisão para garantia da ordem econômica, pois já havia, no art. 30 da Lei n. 7.492, a previsão de decretação de prisão preventiva em "razão da magnitude da lesão causada". Mas, para além disso, em nada serviria a prisão para remediar ou diminuir a lesão econômica. Muito mais útil seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens, pois dessa forma melhor se poderia tutelar a ordem financeira e também amenizar as perdas econômicas. Da mesma forma, é inegável que, nesse tipo de crime, o "engessamento" patrimonial é o melhor instrumento para evitar a reiteração de condutas (LOPES JR., 2016, pp. 349).

Nesse caso não há tanta preocupação com a possibilidade do uso indiscriminado desse pretexto para o encarceramento imediato de pessoas vistas como ameaças simplesmente por que, como vimos, esse fundamento quase não é aplicado na realidade. Há uma disparidade evidente no fato de um fundamento para a prisão provisória criado para combater crimes do colarinho branco cair em desuso enquanto outro similar, mas aplicável a crimes mais comuns é expandido para englobar quase qualquer caso, mas disso não segue que a melhor solução seria a aplicação mais frequente do primeiro. A rara aplicação do fundamento da garantia da ordem econômica é justificável pelo fato da prisão preventiva ser uma péssima ferramenta para atingir esse objetivo, infelizmente, como temos observado, a ineficiência de uma instituição legal nem sempre basta para ela cair em desuso. Questionável então é que isso ocorra justo no caso de uma adição à legislação processual penal feita para combater crimes de classe alta.

3.2.4 A linguagem problemática do texto legal original

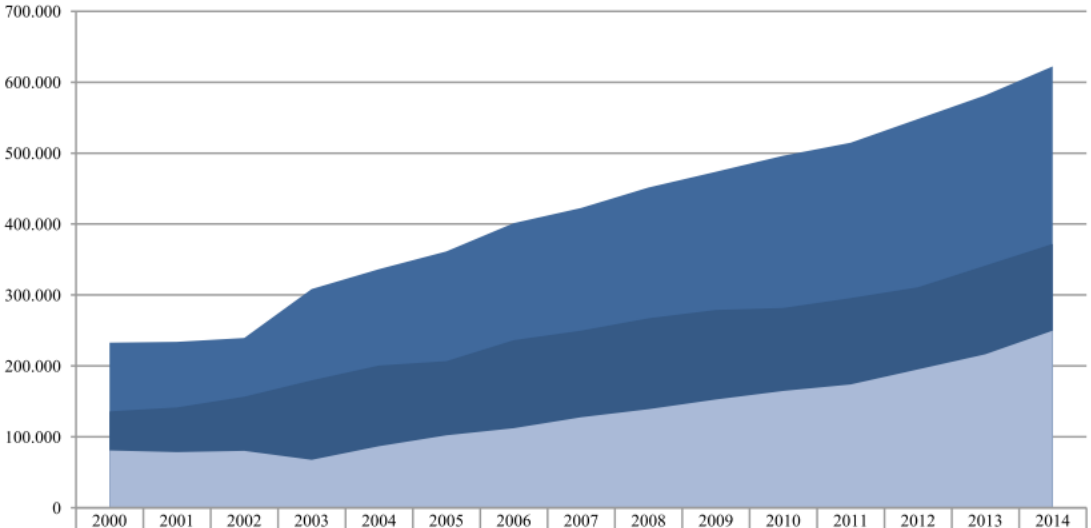
Até recentemente, a prisão preventiva utilizava um critério que punia a marginalização ainda mais explicitamente. Originalmente, com a redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977 seu artigo art. 313, inciso II admitia a prisão preventiva em casos em que: “se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la”. O termo “vadio” nesse caso não se referia apenas a réus condenados ou acusados do extinto tipo penal da vadiagem, mas sim ao uso coloquial da palavra. Trata-se de um termo vago, mas a conotação de limpeza social é clara e, previsivelmente informou a definição mais precisa que emergiu da aplicação do dispositivo, conforme descreve Paulo Lúcio Nogueira.

> No caso de infração a que não está cominada pena privativa de liberdade, o réu se livra solto, feita exceção da hipótese de ser ele comprovavelmente vadio. Não é necessário que já tenha sido condenado por vadiagem; basta que haja, no processo em que responde, prova de que é vadio, isto é, de que, embora válido para o trabalho e sem rendas que lhe assegurem a subsistência, se entrega habitualmente à ociosidade; ou então, de que provê à própria subsistência meante ocupação ilícita. (NOGUEIRA, 1996, p. 108)

Obviamente o termo “vadio” veio a ser considerado extremamente problemático por ser passível de aplicação a moradores de rua e desempregados além de ser que vago o bastante para servir de pretexto para os preconceitos e interesses de quem fosse aplicar a lei. Por exemplo, com base na definição acima, poderíamos ter dois indivíduos sem emprego que habitualmente rondam as ruas alcoolizados, mas um dos quais advêm de uma família afluente que o sustenta enquanto o outro é pobre e, os dois sendo suspeitos do mesmo crime, apenas o segundo seria posto em reclusão. Não bastando isso, também é juntado a esse grupo quem subsiste de ocupação ilícita, permitindo que esse critério seja usado para encarcerar pessoas marginalizadas que ganham a vida com atividades irregulares, mas que não justificam reclusão, como vendedores de rua ou profissionais do sexo. Por conta disso, a Lei nº 12.403/2011 retirou o critério da “vadiagem” da legislação e fez algum esforço para a diminuição da arbitrariedade também adicionando a previsão de quando a prisão for por dúvida quanto à identidade do indivíduo, ele deve ser “colocado imediatamente em liberdade após a identificação”.

Essa mudança é útil porque pode servir para constatar em que medida essas provisões questionáveis da lei são causa da aplicação excessiva da prisão processual a pessoas socialmente vulneráveis e, por consequência, averiguar se a alteração do texto

legal pode ser a solução para essa desigualdade. A final, a prisão provisória é a mais prevalente forma de prisão processual, portanto, se o texto legal é o problema, a retirada de sua provisão mais problemática deveria diminuir o crescimento preocupante que se tinha observado na sua aplicação nos anos anteriores.



	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
População	232.755	233.859	239.345	308.304	336.358	361.402	401.236	422.590	451.429	473.626	496.251	514.582	548.003	581.507	622.202
Nº de vagas	135.710	141.297	156.432	179.489	200.417	206.559	236.148	249.515	266.946	278.726	281.520	295.413	310.687	341.253	371.884
Provisórios	80.775	78.437	80.235	67.549	86.766	102.116	112.138	127.562	138.939	152.612	164.683	173.818	195.036	216.342	249.668
% provisórios	35%	34%	34%	22%	26%	28%	28%	30%	31%	32%	33%	34%	36%	37%	40%

Figura 13 – Evolução comparativa do número de pessoas no sistema prisional, número de vagas e presos provisórios

Fonte: INFOPEN, 2014, p.22

No entanto, vemos que não só o número total e proporcional de presos provisórios não caiu a partir da mudança do texto legal em 2011, mas eles tiveram uma leve aceleração em seu ritmo de crescimento. Os dados posteriores a 2014 são menos precisos até o momento, mas ão mostram mudanças significativas. Um estudo do Fórum Brasileiro de segurança pública compreendendo os próximos dois anos não só constatou isso, mas concluiu que a chamada Lei das Cautelares de fato não parece ter tido o efeito de diminuição das prisões cautelares que se esperava:

> Fato é que os dados recentemente disponibilizados pelo DEPEN, relativos aos anos de 2015 e 2016, corroboram a hipótese de que não houve redução do encarceramento provisório no país após a nova lei das cautelares e a implantação das audiências de custódia (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p.41).

Isso indica que os órgãos aplicadores do direito, do judiciário a promotorias e até a polícia aplicam a prisão cautelar de uma forma que não é diretamente afetada pela linguagem vigente da lei. Essas instituições parecem ter funções dentro da estrutura social brasileira que regem como elas agem sobre a sociedade de uma forma que não é transformada pelo texto preciso da legislação sendo invocada. É provável nesse caso que a linguagem discriminatória retirada da previsão da prisão preventiva e a sua aplicação seletiva não tenham entre si uma relação de causa e efeito, mas sejam na verdade ambas consequências de uma mesma tendência de criminalização da pobreza inerente à sociedade que molda elas duas .

Isso é algo importante de considerar, pois mostra que debates dentro da academia do direito que se focam no nível ideal da lei escrita podem ser, no fim, inteiramente irrelevantes para a forma como o direito se concretiza no mundo dos fatos. Há de se questionar a ideia de que a forma de corrigir uma injustiça ou desigualdade no âmbito do direito consiste em prescrever legalmente que ela não pode ocorrer, pois casos como esse mostram que os vícios de nosso sistema jurídico são enraizados demais na nossa cultura e estrutura social para serem corrigidos nesse nível. Como escreve Aury Lopes:

> Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhado um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. Conclui-se, portanto, que o problema não é legislativo, mas cultural (LOPES JR., 2016, p. 321).

3.2.5 O impacto real da Lei 12.403/2011

Vale a pena analisar mais profundamente a forma como a lei das cautelares vem sido aplicada desde sua entrada em vigor, pois não nos interessa apenas que ela não tece o efeito de reverter o crescimento da população de presos cautelares no sistema penal brasileiro, mas também como isso ocorreu. Ou seja, de que forma foi subvertida a priorização de cautelares diversas da prisão que prevê o texto legal, e que elementos da nova lei têm sido aplicados ou não.

Um estudo mais aprofundado sobre o resultado da lei das cautelares especificamente na cidade do Rio de Janeiro mostra a resistência do judiciário em mudar essencialmente como aplica a prisão cautelar. Apesar de se tratar de uma das cidades onde houve um esforço real de se diminuir o número de presos provisórios após a passagem da lei das cautelares, essa diminuição não só foi pequena, mas também não se manifestou na forma da aplicação de medidas cautelares comedidas e pertinentes à ameaça que se constatou que o réu constitui seja ao processo ou à ordem pública/econômica, como veremos a seguir.

Tipo de medida	Antes	Depois
Prisão provisória	84,1	73,3
Comparecimento em juízo	32,6	26,2
Fiança em sede policial	5,1	14,2
Proibição de ausentar-se da comarca	1,0	4,0
Fiança em juízo	0,6	1,5
Proibição de manter contato com pessoa determinada	0,5	1,5
Proibição do acesso ou frequência a determinados lugares	0,3	2,0
Recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga	0,3	1,1
Internação provisória	0,2	0,2
Prisão domiciliar	0,0	0,1
Monitoração eletrônica	0,0	0,1
Total de medidas	3.307	2.738
Total de casos	2.653	2.206

(*) Trata-se dos 4.859 casos não arquivados e com informação sobre alguma medida cautelar.
(**) Os percentuais da coluna somam mais de 100% porque diversos casos receberam mais de uma medida.
Fonte: Associação pela Reforma Prisional

Figura 14 – Medidas cautelares aplicadas na cidade do Rio de janeiro aos casos de prisão sem flagrante antes e depois da Lei das Cautelares (em % sobre o total dos casos)

Fonte: INSTITUTO SOU DA PAZ, 2015, p. 19

Em vez disso, como mostra o gráfico, a aplicação de cautelares pontuais e diversas da privação de liberdade permanece raríssima e a diminuição em 11% das prisões cautelares se deve em maioria a um aumento de 9% no pagamento de fiança em sede policial. Ou seja, não só houve uma negação por parte do judiciário de, como regra, proteger o processo por meio de medidas que não a privação de liberdade,

apesar dessa ser a prescrição explícita da nova legislação, mas a diminuição nas prisões cautelares atingiu quase exclusivamente os réus com condições de arcar com o custo da fiança. Dessa forma vemos que mais uma mudança legislativa falhou em se concretizar no mundo dos fatos onde se contrapôs à forma como a privação de liberdade é culturalmente aplicada e mais um caso em que uma garantia prevista como universal veio a atingir apenas aqueles com acesso a recursos materiais. (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2015, p. 19).

Esse filtro é bastante relevante, em outro estudo o Instituto Sou da Paz constatou que apenas cerca de metade dos réus aos quais é imposta a fiança é capaz de pagá-la e traz que, em entrevistas, defensores públicos alegam que a maioria dos réus aos quais a fiança tem sido imposta não é composta daqueles que anteriormente seriam presos cautelares, mas sim daqueles aos quais não seria aplicada medida alguma. Essas seriam pessoas para quem, por conta de sua condição econômica, a lei das cautelares tornou mais fácil sofrer privação de liberdade durante o processo.

> Ainda com relação à ampla concessão de fianças, a percepção dos defensores públicos atuantes no DIPO (entrevistados por meio de questionários) é a de que a Lei 12.403/11 não estaria impactando numa maior soltura dos presos provisórios, e sim num agravamento das condições de liberdade para quem antes da lei a obtinha sem ter que recorrer a uma contraprestação econômica (a fiança).
> De fato, os dados analisados indicam que houve uma redução no percentual de presos em flagrante que obtiveram liberdade sem cautelar, porém não é possível desconsiderar o significativo universo de presos que obtiveram concessão de liberdade com cautelar determinada pelo juiz e também pelo delegado. Desse universo, por limitações metodológicas, não conseguimos identificar quantos obtiveram soltura, mas a análise sobre o fluxo das fianças, apresentada na próxima seção, aponta que metade dos presos para os quais foi determinada fiança pagou o valor estipulado e, portanto, pôde aguardar o processo em liberdade (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2014, P22).

Temos aqui um exemplo de que mudanças legislativas são aceitas ou não pelos sistemas que aplicam a tal legislação. Vemos que mudanças que desfavorecem a privação de liberdade são contornadas e ignoradas, com exceção da que estabelece um filtro para quem se beneficia dessas mudanças. A lei das cautelares expandiu quem pode ser poupado da prisão cautelar por meio de fiança. Essa mudança se concretizou enquanto a preferência por cautelares que não a prisão, aplaudida pela doutrina e advinda do mesmo diploma legal, teve um impacto quase nulo. Esse fenômeno indica que a compatibilidade ou incompatibilidade de uma mudança legislativa com a estrutura

da sociedade à qual pretende ser aplicada tem uma espécie de poder de veto sobre que elementos vem ou não a ser aplicados.

Liberdades concedidas segundo autor da decisão e tipo de liberdade	%
Fiança delegado	40,7
Fiança juiz	29,0
Proibição de ausentar comarca	9,6
Liberdade provisória sem cautelar	8,5
Recolhimento domiciliar noturno	4,1
Comparecimento periódico em juízo	3,3
Relaxamento de flagrante	2,9
Monitoramento eletrônico	*
Proibição de manter contato com pessoa	*
Suspensão de exercício ou função	*
Internação provisória	*
Prisão domiciliar	*
TOTAL	100

Figura 15 – Distribuição das liberdades concedidas segundo autor da decisão e tipo de liberdade. Município de São Paulo, abril – junho de 2012

Fonte: INSTITUTO SOU DA PAZ, 2014, p. 20

Um estudo realizado pela mesma instituição na cidade de São Paulo mostrou um resultado similar onde 69,7% dos presos em flagrante que obtiveram a decisão de liberdade com cautelar o fizeram por meio do pagamento de fiança e as demais cautelares juntas foram pouco aplicadas. Também nessa amostra pouco mais da metade daqueles que tiveram a opção de pagar fiança o fizeram, de forma que, nesse caso também, a capacidade de arcar com o custo monetário se mostra como o principal critério a determinar para quem é relaxada a prisão cautelar após a entrada em vigor da A Lei 12.403/11.

A pesquisa também aponta que as demais cautelares mais usadas configuram compromissos da liberdade provisória que já existiam antes da lei das cautelares, como proibição de se ausentar da comarca e comparecimento periódico em juízo. Além disso, o monitoramento eletrônico, medida elogiada pelos magistrados entrevistados, se mostrou inaplicável na maioria dos estabelecimentos prisionais por conta do custo dos

aparelhos necessários. Nesse caso, o contexto socioeconômico de onde o réu está sendo julgado é que define o seu acesso a mais uma forma de passar o processo em liberdade. (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2014, pp. 21 e 43).

> Ao mesmo tempo em que propugnam pela extensão da fiança para crimes legalmente definidos como inafiançáveis, defendendo assim a pertinência da aplicação da cautelar caso a caso, os promotores são contundentemente contrários à concessão de fianças e cautelares em geral a indivíduos com antecedentes criminais. Pela análise dos dados produzidos, contudo, constata-se que os promotores não postulam cautelares aos presos em geral, nem àqueles acusados de condutas menos graves, nem aos indivíduos que não apresentam antecedentes criminais, que perfazem 48,1% dos presos em flagrante denunciados.
> Quanto aos defensores públicos, prevalece o entendimento entre os mesmos no sentido de que a fiança é um ônus para os presos, sobretudo diante do fato de que seus atendidos não dispõem de recursos para pagá-la nos limites fixados pelas autoridades (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2014, p. 34).

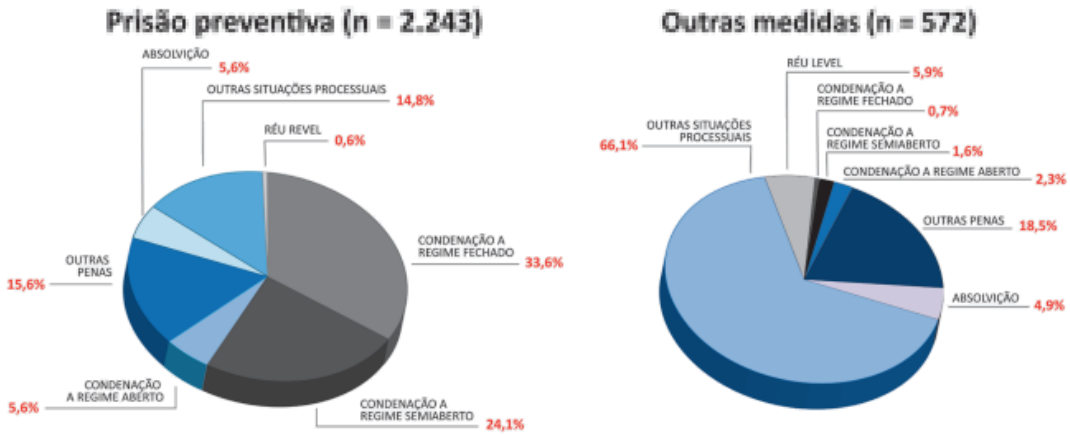


Figura 16 – Resultado de processos iniciados em 2011 com prisão em flagrante e concluídos até 2013, segundo a primeira cautelar aplicada

Fonte: INSTITUTO SOU DA PAZ, 2015, p. 21

Esse gráfico mostra que apenas 1/3 dos réus que passaram o processo em prisão cautelar acabaram condenados a prisão em regime fechado. Isso significa que 2/3 tiveram seu direito fundamental de ir e ver restrito apenas para depois serem inocentados ou condenados por algo que não necessitava uma medida tão drástica. Um problema da aplicação de uma medida restritiva com base em risco e periculosidade é que sempre haverão casos em que ela será retroativamente revelada como desnecessária, mas uma situação em que a maioria distinta das pessoas às quais está sendo aplicada prisão sem condenação é posteriormente liberada pela

sentença revela inegavelmente um sistema que não protege com seriedade os direitos fundamentais dos réus.

Pode observar com base nesses gráficos que a revelia entre os réus presos é apenas 1/10 da entre os réus sob outras medidas cautelares, mostrando que ela tem, de fato, considerável poder preventivo nesse quesito. Mas deve se considerar que os réus reveis representam uma parcela bastante pequena em ambos os regimes (0,6% com prisão e 5,9% sem), de forma que sacrificar sistematicamente a liberdade de réus antes da sentença em nome de prevenir essa infração parece descabido. A final, de acordo com essas estatísticas, para cada revelia que a prisão processual previne, cerca de dez réus passam o processo sob uma restrição de liberdade maior do que depois da sentença. Esse não é um retrato de um sistema que vê a privação de liberdade durante o processo como uma exceção ou restrição séria de direitos que deve ser aceita apenas em casos de extrema necessidade.

Boaventura de Sousa Santos aponta que, frequentemente, o Estado, sob o pretexto da promoção da igualdade, atua de forma que não apenas deixa de diluir uma segmentação social preexistente, mas acaba a reforçando. O autor dá como exemplo políticas públicas que dispensam benesses a parcelas necessitadas da população emas não atacam as fontes da dessas desigualdades. Ao mesmo tempo, aponta que sistemas estatais como o tributário em várias instâncias reforçam essas desigualdades. Medidas que atacam os sintomas da desigualdade social teriam se mostrado ineficazes, quando implementadas em países onde a igualdade social é o estado natural das coisas (SANTOS, 2011, pp. 83-84 e 106). Essa dinâmica, aplicada ao processo penal, se encaixa com o que foi observado a respeito das normas que preveem as prisões cautelares e esforços legislativos como a Lei das cautelares. As mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011 demonstraram poucos efeitos no mundo dos fatos e de forma alguma atacaram as origens das desigualdades em questão, mas permitem ao Estado afirmar que está combatendo injustiças. Enquanto isso o sistema em si continua produzindo desigualdade.

3.2.6 Constatações

Analisando a instituição jurídica da prisão preventiva, sua história e a forma como tem sido aplicada, emergem semelhanças ao que se observou quanto à prisão especial

no capítulo anterior. Vemos uma distinção entre as funções oficiais (prescritas no texto legal) da prisão preventiva e o seu papel na ordem social e cultura brasileiras. A aplicação da prisão preventiva, cada vez frequente e centrada em crimes relacionados à marginalidade, indica uma função social para essa medida distinta da prescrita no texto legal. É possível tecer diferentes conclusões quanto à possível função social da prisão preventiva conforme tem sido aplicada, uma delas seria dar à população uma sensação de justiça imediata e, dessa forma, reforçar a legitimidade do Estado (LOPES JR., 2016, p. 362-364), outra seria exercer controle sobre a vida de grupos às margens da sociedade (FOUCAULT, 2012, p. 32-36 e p.181-183). A adequação dessas interpretações aos dados estatísticos compilados será avaliada nos capítulos seguintes, mas basta observar os níveis de aplicação da prisão preventiva para descartar a possibilidade de que ela esteja sendo aplicada da forma excepcional e limitada que o ordenamento jurídico prevê. A prisão preventiva hoje é responsável por quase tantos presos no Brasil quanto sentenças condenatórias. Isso se dá por conta de ela ser aplicada tão facilmente que a maioria daqueles submetidos a ela não acabam sendo condenados a reclusão e por sua duração ser frequentemente tão longa que os condenados a reclusão cumprem seu tempo de privação de liberdade antes da sentença.

Nesse capítulo, como no da prisão especial, vimos que mudanças legislativas drásticas que adequariam essas instituições às suas funções teóricas deixam de ser efetuadas. No caso da prisão especial se tratava da aplicação de critérios independentes de posição social e na provisória se trataria de um tempo limite. Em vez disso tivemos uma mudança estética, com a retirada do termo “vadios” que denunciava a função da medida na época de sua criação, mas cuja retirada não teve consequências práticas. Vimos também que em ambos os casos as mudanças que foram feitas na legislação deixaram de ser aplicadas nos pontos onde iam contra a função dessas formas de prisão na ordem social. No caso da lei das cautelares priorizar medidas que não a prisão, vimos que apenas o pagamento de fiança, que requer recursos financeiros para ser cumprido, teve aplicação expressiva. Enquanto isso os aspectos da lei que interfeririam com o modelo de prisão preventiva como regra para criminosos comuns foram simplesmente ignorados.

Mais uma vez o que as observações indicam é que meras mudanças legislativas são ineficazes quando vão contra um elemento-chave da estrutura social e cultura de

um país. No caso da prisão provisória é possível interpretar os dados de uma forma ainda mais pessimista e propor que os próprios princípios da presunção de inocência e devido processo legal no que se trata da criminalidade comum estão sendo rejeitados pelo “organismo” da sociedade brasileira e a aplicação da prisão provisória que observamos é a forma que ele achou de se desfazer dessas restrições. Uma concepção do direito que se foca excessivamente na legislação nos levaria a procurar nela os indícios da penetração do campo jurídico por tendências sociais discriminatórias, mas ficou evidente que abordar o problema apenas nesse nível é insuficiente. A falta de consequências no mundo dos fatos de mudanças legislativas que pretendem corrigir elementos discriminatórios da legislação condiz mais com a ideia de que o direito como instituição tende a reproduzir e reforçar desigualdades sociais independentemente das particularidades da lei. Escreve Jessé de Souza:

> pretendemos demonstrar que os maiores problemas da Justiça penal não estão ligados a procedimentos retrógrados, ao excesso de leis, à má qualidade das leis ou à suscetibilidade à impunidade, mas ao fato de os conflitos de classe historicamente construídos na sociedade se estenderem ao Estado e à aplicação do Direito Penal, de modo a determinar a falta de alternativas à reprodução da desigualdade social pelo sistema criminal. A partir da ideia de que as nossas instituições atuam com base num padrão de má-fé institucional (SOUZA, 2009, p. 330)

Por hora, o que poderia se chamar de as funções “oficial” e “real” da prisão provisória tem sido capazes de coexistir. O discurso acadêmico jurídico, apesar de, como vimos, conter muitas críticas à prisão provisória conforme aplicada, continua em geral tratando dessa instituição como a medida excepcional protetora do processo penal que o CPP prevê, enquanto no mundo dos fatos ela é usada como ferramenta cotidiana da contenção da marginalidade. Essa coexistência pode, no entanto, se tornar insustentável em breve, com o aumento constante da proporção de presos sem condenação no sistema prisional brasileiro, a final, essa que era para ser uma situação excepcional já é a realidade de mais de 40% dos clientes de nosso sistema carcerário. Quando que esse número passar da metade, e se seguir crescendo além desse ponto, a narrativa atual pode se tornar contraditória demais para ser mantida.

3.3 A PRISÃO TEMPORÁRIA

A seguir temos a prisão temporária, criada pela Medida Provisória nº 111/1989, posteriormente convertida na Lei 7960/1989. Essa é uma forma de prisão processual durante a fase do inquérito, decretada pelo juiz a pedido de um promotor ou delegado com a duração de cinco dias ou trinta no caso de crimes hediondos, ambos os prazos podendo ser redobrados em caso de extrema e comprovada necessidade. Essa instituição foi criada pouco tempo depois da entrada em vigor da Constituição de 1988 em meio a fortes demandas da polícia judiciária devido ao fato de que, sob a nova carta, ela perdera o seu poder de prender suspeitos para averiguações que era extremamente amplo durante a ditadura militar. A urgência foi tamanha que uma norma de processo penal de imenso impacto foi criada não pelo legislativo, mas por meio de medida provisória, o que foi um péssimo precedente no que se refere aos princípios democráticos da recém-adotada Constituição e, na opinião de Paulo Rangel e Aury Lopes Jr., inconstitucional. Esses autores argumentam que o artigo 22, inciso I da CF88, que estabelece competências legislativas exclusivas da União, não permite que medidas provisórias legislem sobre processo penal ou criem um tipo penal, constituindo um vício de origem para a lei da prisão temporária (LOPES JR., 2016, p. 363; RANGEL, 2015, pp.846-847).

Se a ausência de uma forma de “prisão policial” foi uma tentativa por parte dos constituintes de garantir mais amplos direitos civis, considerando que privar alguém de liberdade antes de sequer haver um processo em andamento era incompatível com a democracia que se buscava estabelecer, essa posição foi abandonada quase imediatamente após ser posta em vigor. Algum elemento da sociedade brasileira imediatamente rejeitou a necessidade de se adquirir provas suficientes para a instauração do processo antes de se puder deter o suspeito. É difícil determinar se o fator decisivo foi a realidade prática da criminalidade no país, o poder político e resistência a mudança da polícia ou a cultura nacional em si, mas, como vimos na evolução da prisão preventiva, temos aqui mais um esforço legislativo para a diminuição da prevalência de privações de liberdade sem condenação. A razoabilidade dessa reversão é contenciosa, hoje muitos consideram que a ausência dessa forma de prisão seria inviável, enquanto outros ainda consideram a instituição da prisão temporária uma afronta aos direitos civis. Escreve Rangel:

> A prisão temporária é também inconstitucional por uma razão muito simples: no Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende,

> depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados (RANGEL, 2015, p.847).

É esse aspecto inquisitório que torna a prisão temporária particularmente questionável, apesar de, como abordaremos em breve, ela não sofrer tão intensamente da falta de regramento que permite a aplicação exagerada da prisão provisória. Essa medida não é, por consequência, responsável por uma parcela significativa da população sob privação de liberdade do país, mas, por ocorrer antes de ser oferecida denúncia, mesmo esse tempo mais curto de detenção se torna uma limitação séria de direitos. A prisão temporária é, então, problemática de uma forma diferente da preventiva, no sentido de que a preventiva tem o potencial de suplantar a prisão por sentença condenatória como principal forma de encarceramento enquanto a temporária é mais um reflexo das tendências inquisitórias do sistema que leva a essas prisões. Ela permite que a polícia subtraia pessoas e detenha-as na delegacia, à sua permanente disposição e sem necessidade de intermédio do judiciário após a autorização inicial. A quantidade de autonomia dada por essa instituição à polícia para exercer poder sobre a vida de indivíduos sem sequer a necessidade de uma denúncia é bastante preocupante, escreve Lopes Jr.:

> Então, não se pode perder de vista que se trata de uma prisão cautelar para satisfazer o interesse da polícia, pois, sob o manto da "imprescindibilidade para as investigações do inquérito", o que se faz é permitir que a polícia disponha, como bem entender, do imputado. Inclusive, ao contrário da prisão preventiva, em que o sujeito passivo fica em estabelecimento prisional e, se a polícia quiser conduzi-lo para ser interrogado ou participar de algum ato de investigação, deverá necessariamente solicitar autorização para o juiz, a prisão temporária lhes dá plena autonomia, inclusive para que o detido fique preso na própria delegacia de polícia. Significa dizer que ele está 24h por dia à disposição de todo e qualquer tipo de pressão ou maus-tratos, especialmente das ardilosas promessas do estilo "confessa ou faz uma delação premiada que isso acaba"(LOPES JR., 2016, p. 363).

Obviamente, a polícia precisa ter meios legais de deter indivíduos em certas situações sem que haja ainda um processo em andamento. A mera existência de tal dispositivo não automaticamente indica um barateamento da privação de liberdade ou o seu uso para reproduzir estruturas sociais opressivas desde que haja padrões estritos para a sua aplicação. Infelizmente, como veremos a seguir, tanto o prazo quanto os

requisitos para o cabimento da prisão especial são bastante amplos e as hipóteses de incidência tem elementos que a direcionam especificamente a pessoas marginalizadas.

3.3.1 A duração limitada da prisão temporária

Como foi mencionado no início do capítulo, a prisão temporária, ao contrário da provisória tem limites extremamente nítidos para a sua duração. Esses prazos são de no máximo cinco dias para crimes comuns e quinze para hediondos, com a possibilidade de serem prorrogados para o dobro por meio de requerimento fundamentado. A primeira vista, a existência de um limite bem determinado para a duração da medida dá a aparência de que a prisão temporária, tendo sido estabelecida já sob a vigência de nossa atual Constituição, é mais comprometida com os direitos civis daqueles aos quais é aplicada do que a prisão preventiva. A final, o maior prazo possível para a prisão temporária seria de trinta dias, no caso de crime hediondo e prorrogação aprovada pelo juiz, enquanto, como vimos, a prisão preventiva dura mais de noventa dias como regra na maioria do país e comumente passa de um ano na falta de pedido de liberdade provisória (DEPEN, 2017, p. 16). Mas comparar essas duas medidas como equivalentes seria um erro, pois a preocupação com a prisão temporária não é que ela se torne uma maneira de encarcerar pessoas a longo prazo sem sentença, mas sim que se torne uma ferramenta excessivamente drástica e irrestrita para o poder de polícia exercer controle físico sobre a população.

Os prazos da prisão temporária ainda são extremamente longos para uma detenção sem denúncia. Nos Estados Unidos da América, país de policiamento intenso e com a maior população prisional do mundo, é ilegal a detenção policial por mais de 48 ou 72 horas dependendo do Estado (KATZ, 2012). Nesse século, no contexto de sérias restrições de liberdades após os atentados de onze de setembro, se tornou possível deter alguém por até quatorze dias por suspeita de terrorismo. Essa medida foi seriamente criticada mesmo em seu contexto e com sua aplicabilidade limitada, enquanto isso no Brasil a detenção por um crime comum pode chegar a dez dias com prorrogação e o grupo muito mais amplo dos crimes hediondos permite que se chegue a trinta (BRASIL, 1989). Fica claro por essa comparação que a prisão temporária é abordada em nosso país como se estivemos em permanente estado de exceção, ou ao menos como se seus alvos fossem vistos como tão exteriores, perigosos e não

merecedores de direitos quanto suspeitos de terrorismo nos Estados Unidos pós onze de setembro.

Devemos então analisar a quem se aplica a prisão temporária, tendo em vista que nosso objeto de análise não é a compatibilidade das prisões cautelares com os direitos previstos em nossa constituição, mas sim seu potencial de selecionar alguns grupos para desfrutar desses direitos enquanto outros os têm ignorados. Analisemos então os critérios de aplicação dessa medida.

3.3.2 Problemas no texto legal

Os requezitos para a aplicação da prisão temporária, definidos pela Lei 7960/1989, são bastante vagos e sucintos. De acordo com os incisos I e III do art. 1º, caberá prisão temporária quando for “imprescindível” para as investigações do inquérito policial e houver “fundadas razões” de autoria ou participação do indiciado em uma lista exaustiva de crimes. Não há nenhum parâmetro adicional para o que constitui imprescindibilidade e, como vimos com a reforma das cautelares em 2011, apenas prescrever que uma medida deve ser usada apenas quando necessário não basta para limitar seu uso, o que torna o inciso I mais uma declaração da função teórica da medida do que uma garantia contra seu abuso. Quanto às “fundadas razões”, o único requisito é que as provas apresentadas sejam admitidas na legislação penal, o que seria necessário independentemente da previsão dentro do inciso. A soma total dos requisitos é, portanto, que seja apresentada alguma prova, com o restante consistindo do convencimento do juiz dentro das 24 horas que lhe concede o art. 2° § 2° para decidir. O § 3° do mesmo artigo dá ao juiz a possibilidade de exigir que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito, mas dada a limitação temporal e a opcionalidade, essa está longe de ser a regra. (BRASIL, 1989)

Há, no entanto, a lista de crimes que justificam a aplicação da prisão temporária, que serve como um critério objetivo e, por isso, não vulnerável a distorção e abuso, seja por um juiz influenciado por fatores socioculturais, como observamos nas audiências de custódia, ou por uma tendência nacional de aplicação excessiva dessas medidas. Por conta disso essa lista, assim como o prazo fixo, é uma adição positiva e que impede a que uma distorção do nível da observada na prisão preventiva seja possível com a

temporária. Infelizmente ela não é sem defeitos. Apesar de excluir crimes de menor potencial ofensivo como furto, a lista inclui o crime de quadrilha ou bando do artigo 288 do código penal que se caracteriza com a associação para o cometimento de qualquer crime, potencialmente abrindo a prisão temporária para qualquer crime desde que se estenda a três ou mais pessoas. Além disso ela é aplicável a qualquer forma do tráfico de drogas. Como vimos, o tráfico simples, sem violência, ameaça, porte de armas ou participação em organização criminosa, entre outras agravantes, constitui de longe a maior parcela das prisões provisórias apesar de não constituir um crime violento. É descabida e incoerente inclusão desse tipo sem a necessidade de agravantes em uma lista que sequer contém lesão corporal grave e onde o envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal só se inclui quando qualificado pela morte. Feitas essas críticas, é o critério mais racional e bem definido que analisamos até agora e certamente preferível à arbitrariedade do hall de beneficiários da prisão especial ou a completa falta de limites objetivos da prisão preventiva que permitiram sua perversão. Veremos ainda que a prisão temporária não é imune a critérios problemáticos a seguir, mas a inclusão de crimes contra o sistema financeiro e não do furto nessa lista é certamente um ponto a favor do dispositivo. As críticas acima poderiam ser facilmente revertidas exigindo a presença de certas agravantes do crime de tráfico de drogas e determinando que o crime de quadrilha ou bando apenas seria incluso se o grupo fosse formado para o cometimento de outro crime na lista. Infelizmente a única alteração que a lista sofreu foi a inclusão do crime de terrorismo em 2016, apesar de ainda haverem tipos penais não mais existentes na lista.

Por fim temos um critério algo questionável a abordar. Semelhantemente a elementos que discutimos ao tratar da prisão preventiva ao longo de sua história, trata-se de uma hipótese de cabimento que, apesar de não explicitamente segregar indivíduos com base na renda ou posição social, utiliza critérios que selecionam diretamente pessoas marginalizadas. O art. 1º, inciso II da referida lei diz que caberá a prisão temporária: “quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”. Apesar de ser baseado na ideia de que esses grupos seriam mais difíceis de localizar posteriormente, esse inciso acaba prescrevendo como justificativa para a prisão temporária se tratar de um morador de rua. De fato não é necessário sequer se tratar de alguém tão marginalizado, pessoas que vivem na informalidade podem ter moradia fixa mas não

possuir documentação para comprovar isso, com o mesmo se aplicando à sua identidade. Trata-se do tipo de provisão que tem sido questionada no nosso sistema jurídico, pois, dependendo da interpretação, pode ser vista como acidentalmente prejudicial a pessoas vulneráveis ou mesmo ativamente punitiva da pobreza.

3.3.3 Constatações

A lição que a prisão temporária nos ensina com sua própria origem é o quão difícil é atenuar o poder restritivo da policia. Ela não foi considerada necessária pela assembleia constituinte ou mesmo pelo legislativo após 1988, após se deparar com as realidades da criminalidade brasileira. Ela foi em vez disso reivindicada pelo setor policial, que se sentiu restrito sem os extensos poderes de retenção de indivíduos dos quais gozava durante a ditadura militar e concedida a ele pelo executivo. A prisão temporária constitui, então, mais uma mudança legislativa na direção de uma menor utilização de prisões cautelares a ser revertida. A remoção de sua antecedente foi por omissão, mas ainda intencional e um reflexo da tentativa dos constituintes de criar um sistema legal mais aberto de democrático. Há dúvidas válidas sobre se isso seria viável, mas a imediata desistência dessa mudança por pressão do setor policial foi uma demonstração nítida das forças que agem sobre o processo legislativo no que se trata de criminalidade.

Vimos que há doutrinadores que consideram a prisão temporária essencialmente inconstitucional por seu caráter inquisitório e por ela ocorrer antes de haver sequer denúncia. Esses autores fazem argumentos válidos a respeito da incompatibilidade dessa medida com nossa Constituição e da forma questionável pela qual ela foi criada, mas vale apontar que medidas semelhantes são comuns em democracias de forma que a exigência de sua abolição total pode ser um pouco idealista. Mais fácil é defender mudanças no dispositivo, que não é, de forma alguma, perfeito.

Os requisitos para a aplicação da prisão temporária são extremamente amplos e genéricos, o que dá latitude quase ilimitada para a polícia. Isso permite que sua aplicação seja potencialmente abusiva ou se baseie em citéreos discriminatórios, basta que as autoridades a aplicando sejam pessoalmente preconceituosas. Vemos nas estatísticas relativas à prisão sem condenação que essas medidas são bastante vulneráveis a serem aplicadas de forma que reflete os preconceitos de nossa

sociedade, por conta disso critérios que impeçam a sua aplicação de forma discriminatória são necessários. Se requisitos concretos precisarem ser preenchidos, a intuição negativa de um agente preconceituoso do estado não terá tamanho peso. O fato da duração da prisão temporária ser limitada, ao contrário da prisão preventiva, é um elemento positivo dessa medida. É, no entanto, importante notar que esse prazo existe por conta da maior seriedade dessa forma de prisão, por ocorrer antes da própria denúncia e que os seus prazos ainda são longos comparados com os de medidas equivalentes em outros países.

4 PRINCÍPIOS DAS PRISÕES CAUTELARES

Nesse capítulo analisar-se-á os princípios que a doutrina define para a aplicação de prisões cautelares. Segundo esses autores, a adesão a uma série de princípios, derivados das normas que preveem tais medidas e do ordenamento jurídico brasileiro é necessária para que a prisão anterior à condenação seja compatível com os direitos e garantias previstos em nossa constituição. A lista de princípios varia em pequena medida dependendo do autor mas tende a ter a maioria dos elementos em comum, se analisará a seguir uma série desses princípios conforme articulados por diferentes doutrinadores para verificar se eles tem se manifestado no mundo dos fatos.

Naturalmente, os princípios listados a seguir foram concebidos com base na interpretação ideal das prisões cautelares, que as vê como medidas excepcionais cuidadosamente usadas quando absolutamente necessário para a garantia do curso do processo e proteção de bens importantes diante de nítido risco. O respeito e adesão na medida do possível a tais princípios indicaria, portanto, que essa discrição ideal corresponde em alguma medida às prisões cautelares conforme aplicadas no Brasil. Inversamente, o desrespeito sistemático a esses princípios indicaria que essas medidas são aplicadas sob diferentes parâmetros e com diferentes objetivos dos descritos pela doutrina. Analisaremos a seguir esses princípios um de cada vez:

4.1 MOTIVAÇÃO

Como indica a denominação, o princípio da motivação exige que a decisão judicial que decretar uma prisão cautelar deve ter justificativas válidas e não ser um ato arbitrário por parte do julgador. Trata-se de algo que deveria ser levado muito a sério, pois são medidas por meio das quais o Estado priva de liberdade indivíduos que não foram condenados por um crime. Para se decretar uma prisão processual deve haver suficiente motivação para tornar-se aceitável limitar um direito humano de um indivíduo sem saber que ele é culpado, para esse sopesamento fazer sentido, então, seria necessário que o valor pelo qual esse direito é sacrificado fosse muito importante e que o grau de convencimento da necessidade da medida fosse muito alto. O índice cada vez maior de aplicação dessas medidas indica que o nível de exigência quanto ao princípio da motivação está em declive.

Quanto a previsão normativa direta, o princípio da motivação pode ser encontrado no artigo 93 IX da Constituição Federal, que exige que todos os julgamentos do judiciário sejam públicos e todas as decisões fundamentadas, sob pena de nulidade, e, tratando da prisão preventiva o artigo 315 do Código de Processo Penal, que diz: “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.” Note que nenhuma dessas previsões impõe parâmetros que motivação e fundamentação das decisões devam atingir, mas exigem apenas que haja alguma motivação/fundamentação. Tal exigência não constitui nenhuma espécie de garantia no mundo dos fatos, pois não há nenhum padrão objetivo para o que constitui fundamentação suficiente para se apontar no caso de uma decisão arbitrária. Apenas com essas normas se torna inteiramente possível que se fixe uma jurisprudência que permite a prisão cautelar em quase qualquer caso.

Para suprir essa falta foi promulgada a decisão do HC 92.751/SP, que delineou uma série de critérios consideravelmente mais exigentes para determinar o que constitui ou não motivação suficiente (BRASIL, 2011b). Destacam-se entre esses:

A) “A gravidade em abstrato do crime não constitui fator de legitimação da privação cautelar da liberdade”

A comum justificativa de estar se tratando de um crime grave não tem validade, pois não seria constitucionalmente admissível que as prisões cautelares tivessem uma dimensão punitiva, e essa seria a consequência de medir sua aplicação pela gravidade do crime. Além disso, os dispositivos que preveem as diferentes formas de prisões cautelares não trazem a natureza do crime como justificativa suficiente para a aplicação de tais medidas (BRASIL, 2011b, p. 2).

B) “O clamor público não constitui fator de legitimação da privação cautelar da liberdade”

Também é descartada aqui a frequentemente levantada ideia de que a comoção social ou indignação popular causadas pelo crime constituem por si sós justificativa para a decretação de prisão cautelar. Tal clamor público é frequentemente invocado com a implicação de que ele constitui suficiente ameaça à ordem pública para justificar o uso da prisão cautelar para apaziguar a situação, mas a decisão em questão afirma explicitamente que tais circunstâncias não se enquadram no que está previsto no artigo

312 do CPP. Enquanto o termo “ordem pública” são extremamente mal definidos, a decisão de que o anseio popular por uma ação punitiva imediata do Estado não constitui justificativa para prisão cautelar é absolutamente necessário para que essa medida não se torne uma ferramenta de segurança pública, controle social ou punição antecipada. A função das prisões cautelares é a garantia do processo e essa espécie de motivação a devia dessa função para as acima mencionadas que ela não pode constitucionalmente exercer. Infelizmente, o processo do qual adveio essa decisão não era atípico por conter essa justificativa e ela continua sendo usada até hoje (BRASIL, 2011b, pp. 2-3).

C) “A preservação da credibilidade das instituições não se qualifica, só por si, como fundamento autorizador da prisão cautelar.”

Igualmente à motivação anterior, foi decidido que a preservação da credibilidade das instituições Estatais perante o povo não constitui uma das justificativas que tornam aplicáveis as prisões cautelares e, no mesmo sentido que atender ao clamor público, usar essas medidas para esse fim populista e baseado em fatores inteiramente externos à garantia do processo em questão seria uma subversão da função das prisões cautelares e inteiramente inconstitucional (BRASIL, 2011b, p.3).

D) “A prisão cautelar não pode apoiar-se em juízos meramente conjecturais”

Aqui a decisão afirma que “mera suposição, fundada em simples conjeturas” não basta para a decretação de prisão cautelar e que são necessários para isso fatos concretos que apontem para a probabilidade de que o réu ou investigado vá delinquir, obstruir o processo, etc. É destacado que uma decisão nessa matéria baseada em suposições subjetivas é ilegítima, pois não se pode restringir o direito à liberdade por meio de presunções “formuladas à margem do sistema jurídico”, mas apenas através de decisões bem fundamentadas e sujeitas aos critérios do devido processo legal. Essa restrição, se de fato exigida para a aplicação de prisões cautelares preveniria uma série de aspectos problemáticos de como essas medidas são frequentemente aplicadas. Não haveria o problema de réus se verem na posição impossível de provar que não há perigo de que vão delinquir no futuro, bastaria demonstrarem a falta de provas concretas, algo muito mais razoável e que não feriria o princípio do contraditório. O julgador também não seria posto da posição de julgar a pessoa do réu, pois a

periculosidade de deixá-lo em liberdade durante o processo seria avaliada com base nas provas concretas existentes e não em sua avaliação intuitiva e independentemente de elementos objetivos (BRASIL, 2011b, pp. 3-4).

Como mencionado durante a listagem, a proposição desses critérios mais estritos do que constitui ou não motivação suficiente para a decretação de prisão cautelar na jurisprudência de nossas cortes mais altas e mesmo na doutrina não redunda necessariamente na sua aceitação nas instâncias mais baixas. Quando se trata dos efeitos da aplicação de um dispositivo legal na sociedade, deve se ter em mente que a possibilidade de se adquirir um direito após múltiplos recursos não significa que ele é acessível ao cliente médio do sistema jurídico. Isso ficou demonstrado anteriormente no que se refere à duração excessiva das prisões cautelares, onde dispor de advogado particular se tornou um fator determinante da duração média dessas medidas. Vimos que o judiciário reconhecer que há limites para a duração razoável da prisão preventiva (apesar de não constar na legislação) tornou possível para aqueles que dispõe de advogados particulares reivindicarem essa duração limitada enquanto os demais continuam submetidos a prazos mais extensos (IPEA, 2015, p.81-82 e DEPEN, 2017. p. 16)

4.2 JURISDICIONALIDADE

A jurisdicionalidade significa, em resumo, que a decisão de privar alguém de liberdade (ou de qualquer direito) se não com base em lei e por meio do devido processo legal. Esse é um princípio consagrado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em geral em seu inciso LIV e, no caso específico da privação de liberdade, no inciso LXI. Conforme fica explicitado:

> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
>
> LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (BRASIL, 1988)

Uma interpretação mais estrita desse princípio, certamente como previsto pelo artigo 5º, LIV da CF, poderia parecer incompatível com a ideia da prisão cautelar, pois, apesar de ser decretada como parte de nosso processo legal, ocorre antes desse

transcorrer por completo e assim não conta com muitas das garantias que se tem quando se trata de uma sentença. Há autores que consideram inadmissível a possibilidade de prisões cautelares por essa razão, conforme escreve Lopes Jr.:

> A rigor, cotejando os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível. Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da "cruel necessidade". Assim, quando ela cumpre sua função instrumental-cautelar, seria tolerada, em nome da necessidade e da proporcionalidade; o problema está na banalização da medida (LOPES JR., 2016, pp. 317).

Conforme menciona o autor, os próprios defensores das prisões cautelares não às consideram completamente compatíveis com os direitos e garantias do Estado de direito, mas sim como um mal necessário para a manutenção da ordem social. Nesse contexto o princípio da jurisdicionalidade se torna menos uma exigência absoluta de aderência aos princípios de nosso sistema jurídico do que um freio para que tais princípios sejam relativizados apenas nos contextos e medidas permitidos pelo texto legal. No contexto das prisões cautelares tal previsão vem, genericamente, no artigo 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

4.3 CONTRADITÓRIO

O direito dos acusados ao contraditório está constitucionalmente previsto no artigo 5º da Constituição de 1988, que diz em sei inciso LV "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" e permite que ele se contraponha em juízo aos argumentos levantados contra ele antes que seja tomada uma decisão em seu desfavor. Mas esse direito nem sempre foi ou é considerado aplicável a prisões cautelares com base na ideia de que elas se tornariam ineficazes. Essa ideia é bastante questionada hoje em dia, a final as prisões cautelares podem ser decretadas com base em diferentes razões e circunstâncias, nem todas as quais necessitam que a medida seja aplicada sem aviso prévio. Por exemplo, a decretação de prisão cautelar por conta de "risco de fuga", ou seja, a constatação de que o acusado pode estar tentando se evadir da jurisdição e assim tornar o processo penal ineficaz, seria inútil se precedida de contraditório, pois sua intimação apenas lhe daria

tempo para fugir. Por outro lado, no entanto, alguém sobre quem está se considera aplicar prisão cautelar em nome da garantia da ordem econômica, por exemplo, talvez não precise ser posto em privação de liberdade antes de ter uma chance de argumentar que a medida é descabida. Baseado nessa lógica, há autores que sugerem que o direito ao contraditório seja respeitado em determinadas variedades de medidas cautelares. Lopes Jr. sugere:

> Nossa sugestão sempre foi de que o detido fosse desde logo conduzido ao juiz que determinou a prisão (a chamada audiência de custódia), para que, após ouvi-lo (interrogatório), decida fundamentadamente se mantém ou não a prisão cautelar. Através de um ato simples como esse, o contraditório realmente teria sua eficácia de "direito à audiência" e, provavelmente, evitaria muitas prisões cautelares injustas e desnecessárias. Ou ainda, mesmo que a prisão se efetivasse, haveria um mínimo de humanidade no tratamento dispensado ao detido, na medida em que, ao menos, teria sido "ouvido pelo juiz"(LOPES JR., 2016, p. 318).

De fato**,** o artigo 282, § 3º, do CPP prevê o contraditório quando possível anteriormente à aplicação de medidas cautelares. O termo "medidas cautelares" é, no entanto, mais amplo do que "prisões cautelares" e é possível então se interpretar que estas sempre se enquadram nos "casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida" aos quais o parágrafo se refere:

> "Art. 282 (...) §3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo (BRASIL, 1941)."

Lopes Jr. também defende que deveria haver contraditório prévio à substituição, cumulação ou revogação da medida para que ela seja substituída por preventiva (LOPES JR., 2016, pp. 318). Essa reivindicação faz sentido, pois a decretação de prisão cautelar por descumprimento de medidas cautelares não tem a urgência ou necessidade do elemento da surpresa que justificariam o sacrifício do direito ao contraditório e a alegação de que a medida cautelar foi descumprida é uma questão jurídica dependente de interpretações e que pode muito bem ser debatida.

Pacelli e Fischer também argumentam que o direito ao contraditório não é incompatível com medidas cautelares por natureza e deve em regra ser respeitado. Escrevem eles em seu livro "Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência":

> A prisão preventiva, por exemplo, poderia ser frustrada se antecipada ao investigado a sua decretação. É que não bastam indícios da autoria e da materialidade da infração; devem estar também presentes os riscos à efetividade da investigação ou do processo,segundo o disposto no art. 282, I (como substitutiva de outra cautelar) e art. 312 (como medida autônoma), ambos do CPP. Assim, se de fato presentes tais situações, o contraditório para a sua aplicação poderia frustrar a efetividade da medida.
> Também nos parece ser esse o caso das medidas previstas no art. 319, II e III (proibição de acesso a lugares e de contato com pessoas), bem como do inciso VI (suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira) e VII (internação provisória no caso de inimputabilidade ou de semi-imputabilidade). Nessas hipóteses, a própria Lei alude ao risco de reiteração criminosa (PACELLI e FISCHER, 2017, p. 458).

Por isso, apesar de admitirem que há múltiplos casos em que o contraditório anterior ao começo da aplicação da medida a tornaria ineficaz, os autores defendem a sua presença na maioria dos casos.

4.4 PROVISORIEDADE

O princípio da provisoriedade determina que toda prisão cautelar deve ser decretada por períodos limitados. Esse princípio garante que se trata de uma garantia para um determinado período do processo e não uma substituição para a pena ou uma forma de subtrair indefinidamente do convívio social um indivíduo perigoso.

Infelizmente, apesar de algumas tentativas legislativas frustradas, a prisão temporária é a única prisão cautelar com prazo definido, esse sendo de cinco dias para crimes comuns e trinta para hediondos ou assemelhados, ambos prorrogáveis para o dobro havendo extrema e comprovada necessidade e pedido do promotor ou delegado. As prisões preventivas, por isso, podem ter durações extremamente longas, o que explica em parte a grande proporção da população prisional que elas representam. O projeto de lei 4208/2001, conteve brevemente um artigo que limitaria a duração pra prisão preventiva para não modestos 180 dias por grau de jurisdição desde que o acusado não fosse responsável pela demora. Esse artigo foi introduzido em 05/08/2009 e rejeitado dois dias depois em 11/08/2009, o que é ilustrativo da falta de receptividade de nosso sistema legal a limites, mesmo que generosos e não inflexíveis, à duração da prisão preventiva. O artigo teria contido a seguinte redação:

> Art. 315-A. A prisão preventiva terá duração máxima de 180 (cento e oitenta) dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora.
> §1º O prazo previsto no caput será contado do efetivo cumprimento da prisão.
> §2º Se, após o início da execução da medida, o custodiado fugir, a contagem do prazo será interrompida e, após a recaptura, será contado em dobro no respectivo grau de jurisdição (BRASIL).

Na falta de regulação legal da duração da prisão preventiva, a jurisprudência brasileira já admitiu limites a partir dos quais a detenção se tornaria ilegal, mas nenhum veio a ser amplamente adotado. Uma tese baseou-se em somar os prazos que compõe o procedimento em questão, nesse caso, se um processo em procedimento ordinário passasse de 81 dias sem chegar a uma sentença de primeiro grau, a prisão preventiva do réu se tornaria ilegítima e revogável por Habeas Corpus. Houveram até decisões que consideraram que isso ocorrera após a extrapolação do prazo de um único ato processual (LOPES JR., 2016, p. 320). Igualmente ao que ocorreu com a legislação, nenhuma limitação jurisprudencial ao prazo da prisão preventiva ganhou maior força, de modo que ela continua tendo duração efetivamente ilimitada.

Houve um caso em que ocorreu um pequeno avanço legislativo e jurisprudencial quanto ao prazo da prisão preventiva. As súmulas 21 e 52 do STJ[1] determinam que fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo respectivamente quando é pronunciado o réu e quando é encerrada a instrução criminal. Apesar de serem consideradas problemáticas por ambas porem fim à possibilidade de alegar excesso de duração de uma prisão cautelar a partir de pontos do processo quando ainda pode haver muito tempo até a sentença final, ambas as súmulas continuam em vigência. Porém a súmula de número 52 foi relativizada após a adição do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição, que assegura a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Com base nesse então novo dispositivo a decisão pelo STJ do recurso em Habeas Corpus n. 20.566-BA que em certos casos é sim possível reconhecer excesso de prazo mesmo encerrada a instrução. Ainda se trata de um avanço muito pequeno, as duas súmulas, que autores como Lopes Jr. argumentam que deviam ser superadas, continuam em vigor com apenas uma sendo relativizada. Mais do que isso, essa relativização ocorreu

1 Súmula 21/STJ – Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.
Súmula 52/STJ – Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

sem se determinar o que constitui nesse caso a “razoável duração do processo” em nome da qual a súmula pode ser reprimida. O excesso de prazo continua então sendo algo que é esporadicamente reconhecido quando bem arguido perante as altas cortes, não uma garantia bem definida do tipo que tem penetração no direito como é cotidianamente aplicado nas baixas instâncias.

Essa falta de limites para o prazo das prisões preventivas é extremamente problemática, pois a duração extremamente longa dessas medidas no Brasil contribui muito para a parcela excessiva da população prisional que é composta de presos sem condenação. Seria de se esperar que o legislativo tentasse por um limite em algo que ameaça o direito de liberdade de indivíduos não condenados e lota nosso sistema carcerário adicionando alguma espécie de limite de duração à prisão preventiva ao Código de Processo Penal, mas isso nunca ocorreu. Uma teoria de porque isso não ocorre é mais uma vez a de que uma razão central da existência das prisões cautelares é dar à população a sensação de eficiência da justiça removendo imediatamente da sociedade pessoas indesejadas. Para essa função, a soltura do acusado é sempre indesejável e um sinal de fraqueza

4.4 Provisionalidade

O princípio da provisionalidade exige que a prisão cautelar vigore apenas enquanto as circunstâncias que lhe tornaram cabível persistirem, ou seja, se um dos requisitos de sua aplicação inicial deixar de existir ou o fundamento em nome do qual foi invocada deixar de ser aplicável, a prisão preventiva não só pode, mas deve, ser revogada. Esse princípio, se seguido, cimenta a qualidade das prisões cautelares como remédios pontuais para ameaças determinadas ao processo penal e não ferramentas para subtrair pessoas indesejáveis da sociedade.

Esse princípio está expresso no artigo 282, parágrafo 5º do Código de Processo Penal, que diz:

> O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem (BRASIL.,1941)

Não se trata, no entanto, apenas de uma garantia em favor do preso, pois o parágrafo anterior do mesmo artigo emprega lógica similar para aplicar medidas mais

duras ao acusado baseado em mudanças no mundo dos fatos. É possível, inclusive, por meio desse dispositivo haver a decretação de prisão preventiva em casos onde ela antes não havia sido considerada cabível. Diz o artigo 282, parágrafo 4º do Código de processo penal:

> No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único) (BRASIL, 1941).

Lopes Jr. traz uma crítica aqui não ao princípio por trás do dispositivo, mas pelo aspecto processual de como ele se articula. Especificamente, a objeção do autor é quanto ao poder do juiz de decretar de ofício medidas cautelares, algo que ele vê como incompatível com seu papel no sistema acusatório constitucional. Escreve o autor:

> A crítica fica por conta do equívoco de pensar estar legitimado o ativismo do juiz no curso do processo e na fase de investigação. O atuar de ofício por parte do juiz deve estar vedado em qualquer fase da persecução criminal. O problema está no ativismo e não na fase em que ele é adotado. Como já explicamos à exaustão, não é papel do juiz, à luz do sistema acusatório constitucional, do princípio da inércia da jurisdição e dos postulados de imparcialidade, sair decretando prisões ou medidas cautelares de ofício.(LOPES JR., 2016, p. 319).

O autor aponta que os artigos 310 e 311 do CPC permitem ao juiz decretar uma prisão preventiva de ofício e sem prévio pedido com base em mudanças no mundo dos fatos. Ou seja, que uma versão expansiva da provisionalidade é usada de forma a ferir outros princípios anteriormente citados, como o do contraditório e da jurisdicionalidade.

4.5 PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade exige que os riscos que a medida cautelar busca prevenir e a proteção que ela teoricamente proporciona para o processo sejam sopesados com a restrição à liberdade do acusado que ela implica para determinar se ela é cabível. Isso envolve uma análise tanto do nível de convencimento do julgador quanto à necessidade da medida quanto a gravidade do delito em questão. A sustentação legal desse princípio pode ser encontrada dentro dos artigos 282 e 283 do CPP:

> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
> (...)

> II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.
> (...)
> Art. 283.(...)
> § 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade (BRASIL, 1941).

Aqui temos um dos poucos casos em que um critério nítido é traçado para a aplicação de um desses princípios, não se pode usar a privação da liberdade do acusado para garantir um processo referente a um crime que não poderia levar a uma pena dessa natureza. Não se trata de a prisão cautelar ter natureza de antecipação da pena, mas sim de ser um custo alto demais em nome de um processo não tão grave, uma questão de comedimento. Por se tratar de um critério objetivo e verificável no momento da aplicação da medida, o texto literal do artigo 283, §3º do CPP é geralmente respeitado no mundo dos fatos, infelizmente, a extensão lógica que lhe é comumente dada, de que a prisão cautelar não pode durar mais do que a pena máxima de reclusão prevista para o delito em questão, não é aplicada com rigor semelhante.

É bastante comum em nosso sistema carcerário encontrar presos sem condenação que já se encontram lá a mais tempo do que seria possível se tivessem sido condenado. Mas isso não acontece porque pedidos de soltura nessa situação são negados tanto quanto por que eles não são feitos. Defensorias públicas sobrecarregadas ou sem acesso a esses clientes não dão conta da massa de indivíduos nessa situação e ela se torna rotineira apesar de ilegal. Essa é a consequência de um Estado que respeita os direitos de seus cidadãos apenas quando acionado para fazê-lo, surge uma separação entre aqueles com informação e recursos suficientes para ter seus direitos concretizados e aqueles sem (IPEA, 2015, p.81-82). Temos então um caso em que um princípio é rotineiramente desrespeitado não por uma falha da legislação ou da jurisprudência, mas de todo o sistema penal, e com a mesma consequência que se observa independentemente de onde ocorre a falha, indivíduos marginalizados não desfrutam de garantias do sistema penal.

4.6 EXCEPCIONALIDADE

A excepcionalidade da prisão cautelar é um princípio superficialmente simples, mas que gera espaço para muito debate, pois onde se põe a linha a partir da qual uma

medida deixa de ser excepcional é uma questão subjetiva, mas que define a natureza da instituição das prisões cautelares em nosso sistema jurídico. Basicamente o que o princípio exige é que a prisão sem condenação não seja a regra, mas sim a exceção no processo penal. Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011, que adicionou outras medidas cautelares ao sistema jurídico brasileiro, o parágrafo 6º do artigo 282 do CPP determina que a prisão preventiva é cabível apenas quando nenhuma outra medida cautelar poderia servir sua função:

> § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (BRASIL, 1941).

Essa preferência por medidas cautelares que não a prisão é coerente com o princípio da excepcionalidade (RANGEL, 2015, pp.899-900), mas não garante seu respeito. Isso fica claro pelo simples fato de que a quantidade de presos sem condenação no sistema prisional brasileiro (tanto total quanto proporcional) continua crescendo cada vez mais rápido após a entrada em vigor desse parágrafo. Temos aqui mais uma vez um dispositivo legal que gesticula na direção dos supostos princípios das prisões cautelares mas que não determina critérios para determinar se eles foram desrespeitados se tornando, assim, inócuo. E enquanto a letra da lei descreve esses dispositivos de formas pouco conflitantes com nossa ordem constitucional, aplicáveis apenas em contextos estritos, como garantia do processo e por tempo limitado, se permite que a aplicação desses dispositivos no mundo dos fatos se transforme com completo descaso a tais valores.

Autores como Lopes Jr. e Ferrajolli apontam que houve uma “degeneração” da prisão cautelar, na qual ela se transformou da garantia processual que os dispositivos preveem em uma ferramenta de prevenção de crimes e apaziguamento popular que é aplicada não em casos excepcionais, mas constantemente. O princípio da excepcionalidade não é sequer compatível com um modelo onde a prisão imediata do acusado, persistindo ao longo do processo, é vista como parte de uma resposta satisfatória do Estado a qualquer crime. Escreve Lopes Jr.:

> Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhado um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares.

> Conclui-se, portanto, que o problema não é legislativo, mas cultural (LOPES JR., 2016, p.321).

Como aponta corretamente o autor, vemos que há previsão normativa dos princípios que, na doutrina, são defendidos como os pilares da prisão cautelar. O problema é que esses dispositivos não tiveram penetração no direito conforme aplicado em primeira instância. É possível que essa situação fosse mitigada se o texto legal fosse mais categórico quanto ao que constitui uma quebra com esses princípios e mais incisivo quanto às consequências de tal situação, mas é igualmente possível que de fato mudanças legislativas nessa área sejam inúteis até que haja uma mudança cultural em nossa sociedade de forma que o modelo de prisão cautelar como adiantamento de pena não seja mais exigido, mas sim condenado.

4.7 CONSTATAÇÕES

Como pode se ver, há muitas críticas fortes na doutrina à forma como prisões cautelares têm sido aplicadas no Brasil, especialmente no que se trata do respeito aos princípios das cautelares. Não há um princípio que se mostra amplamente respeitado pelo nosso sistema jurídico e muitos tem sido sistematicamente ignorados ou relativizados a ponto de perder seu significado. Tal afirmação não é feita apenas por doutrinadores que articulam concepções críticas do papel da penalidade em nossa estrutura social, pesquisas técnicas também constatam a falta de preenchimento dos requisitos traçados por esses princípios na aplicação das prisões cautelares.

> Não foi possível perceber o pretendido rompimento do binômio prisão preventiva/liberdade provisória, sendo a prisão preventiva cotidianamente aplicada, muitas vezes sem que sequer se verifique o cabimento de medidas alternativas e em desrespeito a garantias fundamentais como a legalidade, a presunção de inocência, a proporcionalidade, o devido processo legal e sua razoável duração (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p.40).

Um estudo aprofundado da aplicação da prisão provisória na cidade de São Paulo mostrou uma “falta de preocupação com a fundamentação concreta” pelos aplicadores da prisão preventiva. A pesquisa constatou que a grande maioria das decisões de aplicação dessa medida de baseavam em alusões abstratas aos mesmos critérios.

Figura 17 – Fundamentos do decreto de prisão (%)

Fonte: IDDD, 2016, p.59

Nota-se que não só o princípio da excepcionalidade é violado pela aplicação rotineira dessa medida sem justificativas individualizadas para sua necessidade em cada caso, mas também o princípio da jurisdicionalidade por conta de uma das justificativas mais utilizadas não ser baseada na lei. A gravidade abstrata do delito, citada em 69% dos casos analisados não é base para aplicação da prisão preventiva, mas constitui mais um indício da mutação dessa medida para uma forma de punição antecipada.

Verificando-se isso e aceitando-se que o respeito a esses princípios é o que permite que a privação de liberdade sem condenação seja constitucional, há de se pôr em dúvida se as prisões cautelares no Brasil, conforme aplicadas no mundo dos fatos, ainda são constitucionais. Vimos na discrição dos princípios pelos autores citados que muito esforço intelectual foi posto em criar um modelo teórico que permite a prisão sem condenação exista sem desrespeito aos direitos e garantias previstos na CF88, mas se a versão constitucional dessas medidas que eles descrevem é nitidamente diferente da que é aplicada, esse esforço serve apenas para fazer as prisões cautelares no Brasil parecerem mais defensáveis do que são.

Os princípios das cautelares acabam servindo de guia para defender as prisões cautelares quando sua constitucionalidade é desafiada, mas não tiveram eficácia em fazer o sistema jurídico a aplicá-las conforme esses parâmetros. O que acaba ocorrendo é que por um lado a doutrina se ocupa de conceber de que forma as prisões

cautelares poderiam funcionar como medidas excepcionais e de âmbito rigidamente limitado que não ferem a Constituição ao mesmo tempo que pelo outro a aplicação dessas medidas desliza cada vez mais para um modelo oposto a esse, onde a prisão antes da condenação é a regra e toma para si o papel da pena.

Marcelo Neves descreve um processo dessa natureza, em que um sistema jurídico estabelece uma série de princípios ou normas reguladoras, não para solucionar um problema, mas como forma de proteger o *status quo* dando a impressão de que há uma tentativa do Estado de melhorar a situação, independentemente de haver progresso perceptível. O autor se refere a esse fenômeno como “constitucionalização simbólica”, e, embora ele se refira a um fenômeno mais amplo, o modelo descrito explica adequadamente a função de uma série ineficaz de princípios como os descritos nesse capítulo e as igualmente ignoradas normas restritivas da aplicação das prisões cautelares que foram criadas ao longo do tempo. Neves trata de “legislação álibi”, que se encaixa perfeitamente nessa discrição, ou seja, são normas criadas para o Estado para dar a impressão de que tem a capacidade de solucionar problemas sociais sem de fato fazê-lo. Como vimos, não há indícios de que tais normas tenham diminuído a aplicação excessiva de prisões cautelares e, como foi demonstrado nesse capítulo, as normas das quais a doutrina derivou os princípios das cautelares não tiveram o efeito de fazer com que esses princípios sejam respeitados. Ele escreve também sobre a função de confirmar simbolicamente os valores sociais de certa parte da população à qual o Estado responde e atender a seus anseios. Isso pode ser usado para explicar a própria versão inflada das prisões cautelaras que se observa hoje, pois elas respondem a um anseio por punição imediata, mas também é válido dizer que as normas que regulam as cautelares para que sua aplicação seja teoricamente constitucional tem uma natureza similar, que faz com que o seu público-alvo sinta que está havendo progresso rumo a um país mais justo, enquanto os efeitos reais dessas normas estão longe de ser demonstrados (NEVES, 2007).

A deterioração das divisões que separam o processo da pena faz com que a penalidade seja cada vez mais dependente na pessoa do acusado e menos em critérios universais aplicados por meio de um procedimento bem definido foi descrito por Ferrajolli em “Derecho y Razon”:

> Por um lado, a pena é predominantemente infligida e cumprida antes da sentença, sob a forma de prisão preventiva. A prisão tornou-se novamente, como na era pré-moderna, um lugar de trânsito ao invés de expiação, medida cautelar, em vez de sanção penal. E o processo e a pena se sobrepõe e confundem entre si cada vez mais, o primeiro como momento diretamente aflitivo de penalização preventiva e o segundo como um instrumento de instrução destinadas a pôr o acusado nas mãos da acusação e forçar a sua vontade para que confesse ou colabore em troca de prêmios e favores. Por outro lado, decaíram as características da igualdade, abstração, certeza e predeterminação legal que eram próprios da pena privativa de liberdade em seu modelo liberal. Prisões especiais, regimes especiais e diferenciados, tratamentos personalizados, classificações graus de periculosidade, medidas alternativas e outras formas de recompensas ou punições moldaram hoje a pena à personalidade específica do condenado e, mais frequentemente, o acusado. (FERRAJOLLI, 1995, pp. 282-283, tradução nossa).

Mais uma vez vemos que a força maior agindo sobre a evolução dessas instituições não é a doutrina, pois ela prescreve uma visão das prisões cautelares e seus princípios da qual nos afastamos cada vez mais. Tudo indica que são anseios mais imediatos da sociedade – ou dos setores dela aos quais as instituições tendem a responder – que definem bem mais como essas medidas são aplicadas. O anseio por punições imediatas e a prevenção da criminalidade da forma mais proativa possível e a necessidade do Estado de manter sua autoridade levaram à degeneração dos princípios da Excepcionalidade, Contraditório, Provisoriedade e Proporcionalidade, com a migração da prisão cautelar para um papel de pena imediata e método de prevenção da criminalidade. Por fim, a separação histórica entre as classes sociais no Brasil, internalizada pelas nossas instituições e lideranças, faz com que a aplicação dessa medida fuja de um paradigma de regras neutras e universais e leve a pena para um espaço onde o tratamento do punido é ditado por suas qualidades pessoais e contexto social, algo que as prisões provisórias permitem bem mais que a sentença.

5 EXPLICAÇÕES POSSÍVEIS PARA AS DISPARIDADES OBSERVADAS

Como se constatou ao longo desse trabalho, as prisões cautelares foram previstas no Brasil inicialmente de forma visivelmente prejudicial a pessoas marginalizadas e, enquanto expressões como “vadio” foram purgadas de nosso código penal e nossa doutrina não trata mais de “pessoas de qualidade” e “ralé criminosa” ao justificar privilégios, estatísticas mostram que a aplicação da privação de liberdade antes da sentença continua fortemente afetada por extrato social. Demonstrado isso, resta se propor um marco teórico que explique como isso vem a ocorrer.

A explicação comum – e que exime o Estado e o setor jurídico de responsabilidade – é que as prisões cautelares deixam de ser aplicadas de forma ideal pela falta de recursos e estrutura dos sistemas carcerário e jurídico. Que as formas pelas quais pessoas marginalizadas acabam mais frequentemente expostas a essa privação de liberdade e por mais tempo são consequências inevitáveis do fato de certos grupos cometerem mais crimes dignos dessas medidas e disporem de menos recursos financeiros, de forma que sua capacidade de se defender em juízo será sempre inferior. Esse trabalho propõe que essa não é uma explicação completa nem a melhor explicação disponível para os fenômenos que observamos.

Esse capítulo buscará na obra de múltiplos doutrinadores modelos de interpretação que mais adequadamente prevejam os resultados observados pelos capítulos anteriores, ou seja, que dispositivos dentro do sistema jurídico brasileiro, com a função de privação de liberdade e controle de risco, se desviariam de sua função oficial e vieram a ser aplicados preferencialmente a pessoas marginalizadas. Isso envolve descifrar as pressões sociológicas por trás dessas distorções e entender de que forma e com base em que critérios ocorre a seleção da clientela das prisões cautelares. Buscar-se-á também um modelo que explique a metamorfose que vemos ocorrer, na qual as prisões cautelares estão passando de ser exceção a ser regra, representando hoje quase metade da população prisional apesar dos dispositivos só terem se tornado menos abrangentes. Veremos que há autores diante de cujas obras a migração da prisão de um sistema deliberado e regrado para algo imediato e baseado na pessoa do réu parece um desfecho natural do direito brasileiro.

5.1 A SELEÇÃO DA CLIENTELA DAS PRISÕES CAUTELARES

Buscar-se-á agora apontar na doutrina modelos que prevejam a forma como as prisões cautelares podem efetuar a seleção de sua clientela para que, apesar de serem pretensamente neutras, sejam mais frequente e rigorosamente impostas a certos grupos. Observamos nas análises estatísticas que essas medidas são aplicadas em maioria a pessoas marginalizadas e que o sistema é estruturado de forma que elementos como a etnia do acusado e sua renda acabem sendo decisivos para sua experiência com as prisões cautelares, busca-se agora um referencial teórico que explique e contextualize essas constatações.

Talvez a forma mais obvia como a prisão cautelar seleciona sua clientela seja a necessidade de desprendimento de gastos para ter seus direitos respeitados que foi apontada em capítulos anteriores. Duas situações em especial configuram essa dinâmica: Uma é o fato das prisões provisórias se prolongarem como regra por prazos maiores do que os que são considerados abusivos nos casos que são levados a juízo, isso garante que aqueles com acesso a advogados particulares acabem submetidos a essa medida por uma fração do tempo daqueles sema capacidade financeira para fazê-lo; Outra é a fiança, a única medida cautelar alternativa à prisão que foi amplamente aplicada como resultado da Lei 12.403/2011 e a maior responsável pela da pequena queda na aplicação de prisões cautelares ocorreu. Ela dá uma chance de evitar a prisão cautelar apenas aqueles com condições de dispor de um determinado valor em dinheiro. De fato, para alguém a quem a justiça julgou cabível a aplicação de prisão cautelar, as principais formas de se evitar isso requerem a disponibilidade de valores financeiros consideráveis. Adiciona-se a isso o fato da prisão especial, um privilégio que melhora imensamente a situação de presos cautelares, ser concedida quase exclusivamente a pessoas de maior renda, pois obter um diploma de curso superior tende a ser algo custoso e as carreiras e cargos que concedem esse benefício tendem a ser de alta renda. Observando esses fatos não pode se negar que o capital financeiro do indivíduo é o critério de separação em múltiplos pontos onde a aplicação das prisões cautelares separa quem terá mais direitos resguardados. Esse elemento não explica todas as disparidades observadas, no entanto, e devemos estar cientes que existem outras formas de capital além do financeiro. Também se observou a influência de fatores como etnia e educação na aplicação dessas medidas. Além do mais esses

fatores são componentes importantes da imagem do “bandido” em nosso imaginário social que dá legitimidade à ideia da prisão sem condenação e impulsiona a sua aplicação cada vez mais ampla. Precisamos então de um modelo teórico que descreva mais compreensivamente os processos de seleção que tais instituições tenderia a utilizar para segmentar sua aplicação.

O sociólogo francês Pierre Bourdieu destaca formas como instituições e estruturas sociais podem segregar uma população em estratos sociais com base em critérios que vão além de sua condição financeira. O autor afirma que um indivíduo adentra o espaço social com uma série de tipos de capital além do financeiro, incluindo capitais social, cultural, político, entre outros. Ao adentrar um determinado “campo” esses capitais do indivíduo seriam automaticamente convertidos em capital simbólico, e o capital simbólico que ele traz determina a posição que ele estatisticamente tende a ocupar. (BOURDIEU, 1989, pp. 29, 134, 164-167, 1996. pp. 12-18 53-92). Trataremos em capítulos seguintes de autores brasileiros cujos trabalhos abordam dinâmicas singulares nossa ordem social, pois isso será necessário para uma interpretação completa dos resultados observados. Ainda assim, no que se trata das mecânicas mais amplas de como poder e privilégio são transmitidos e definem o destino de diferentes setores sociais, a teoria da reprodução social de Bourdieu se mostrou extremamente aplicável às disparidades averiguadas pela pesquisa estatística e elucidativa das racionalizações dadas a elas.

O nosso sistema jurídico em nenhum momento abertamente concede vantagens aos estratos sociais mais altos, a aplicação ou não de prisão cautelar (ou sua longa ou curta duração) são sempre justificados individualmente com base em algum suposto mérito. O capital simbólico, conforme descrito por Bourdieu, não define a trajetória de vida de cada indivíduo explícita e inexoravelmente, mas determina a probabilidade de membros de diferentes estratos serem selecionados para um destino favorável ou desfavorável ao adentrar diferentes campos ao longo de sua vida. Essa dinâmica descreve bastante bem o que se observa com as prisões cautelares. Nenhuma decisão de aplicação dessas medidas cita a classe social ou nível de educação do acusado como justificativa, mas ainda vemos que estatisticamente esses fatores têm considerável poder de prever se alguém será sujeito ou não a essas medidas e por quanto tempo. Vale aponta aqui que o fator racial que, como vimos, tem um efeito muito grande na aplicação da prisão preventiva, foi estudado por Bourdieu como elemento

segregador da sociedade, mas não descrito como uma forma de capital. Há mesmo assim autores que leem essa teoria de forma a considerar raça uma forma de capital cultural (HOVAT e ANTONIO, 1999). Poder-se-ia argumentar que a raça serve como indicador de classe, assim como as roupas e modo de falar do indivíduo, mas isso minimiza a magnitude e complexidade desse fator. Trata-se de mais um assunto a ser tratado posteriormente por meio de autores brasileiros, por conta de sua relação íntima com nossa história nacional.

Essa teoria é especialmente útil para entender como o capital cultural pode ser tão relevante para a obtenção de benefícios dentro de um sistema social por certos grupos quanto o capital financeiro. Também relevante é a observação de que um teste que requer capital cultural pode se passar por um exame de mérito individual, legitimando os resultados. Bourdieu usa o exemplo da escola para demonstrar como isso acontece, apontando que a forma como alunos são cobrados favorece aqueles com um determinado tipo de bagagem cultural que não é ela própria ensinada na escola mas sim trazida de casa. Não deixando claro que isso ocorre e se apresentando com um discurso de neutralidade e meritocracia, as instituições de ensino ao mesmo tempo perpetuariam e justificariam divisões de classe, convencendo a todos as partes desse processo que foi de fato falta de capacidade intelectual que impediu os alunos de baixo estrato social de avançar (MENDES e SEIXAS, 2003, pp. 113-123). Da mesma forma o capital cultural permite a obtenção de resultados mais favoráveis aos deparados com prisões cautelares, seja tendo menor chance de ter sua prisão decretada por conta de saber se conduzir formalmente no julgamento superficial que é a audiência de custódia ou conhecendo seus direitos o suficiente para recorrer de uma prisão que se estendeu excessivamente. Seja qual for o caso, tanto os libertos quanto os encarcerados ouvirão que a decisão foi baseada nos seus méritos ou falta dos mesmos, narrativa que ambos tenderão a internalizar.

As diferentes formas que o capital cultural toma podem explicar diferentes contextos em que pessoas de estratos sociais diferentes são tratadas diferentemente pelo nosso sistema jurídico. Em seu estado incorporado, o capital cultural consiste do conhecimento que uma pessoa possui, frequentemente adquirido fora da escola por meio de sua criação e do meio social no qual existe. Relevantes no caso são o conhecimento de seus próprios direitos e de como reivindicá-los além do domínio da linguagem formal e da noção de etiqueta necessária para ser visto como cidadão de

bem. O estado objetivado do capital cultural se dá pela posse de bens materiais que comunicam a ideia de pertencimento a um estrato cultural superior, vestir-se em roupas formais elegantes, por exemplo, pode fazer a diferença entre adentrar o meio jurídico como um igual ou mero sujeito. Por fim, o estado institucionalizado do capital cultural é a forma que ele toma quando é legitimado pela sociedade na forma de títulos que podem ser convertidos em capital financeiro, como diplomas e certificados. A separação com base no capital cultural mais explícita em nosso sistema, a concessão de prisão especial para os diplomados de curso superior se baseia nessa forma de capital. Nesse caso sequer há a narrativa de que a decisão é individualizada, com as vantagens se revelando apenas em um nível macro, mas vale lembrar que, como vimos, uma defesa comum da prisão especial na doutrina sempre foi que ela é merecida por conta do mérito presumido de qualquer portador de tal diploma. (BOURDIEU, 2003, pp. 41-52).

É vital questionar as narrativas que justificam um sistema pretensamente neutro, mas que estatisticamente reproduz disparidades sociais. Um autor brasileiro que trata dessa dinâmica é Jessé de Souza. Ao tratar das formas como a "ralé" brasileira é mantida em posições inferiores na sociedade e como essa desigualdade é justificada em nossa cultura, o autor ecoa Bourdieu e descreve como a posse de faculdades repassadas predominantemente dentre uma elite é definida como mérito individual. É importante notar que o autor destaca que esse sistema não é adotado apenas pelo mercado, mas também pelo Estado e que, mesmo ele se focando principalmente na aquisição de uma posição socioeconômica favorável, suas observações sobre a necessidade do sistema de se legitimar com a aparência de ser igual para todos é igualmente pertinente no que se refere à aplicação da lei.

> Na verdade, tudo na realidade social é feito para que se esconda o principal: a produção de indivíduos diferencialmente aparelhados para a competição social desde seu "nascimento". Afinal, a produção de indivíduos "racionais" e "calculadores", os tais que são pressupostos em toda análise economicista da realidade, (...)
> A legitimação do mundo moderno como mundo "justo" está fundamentada na "meritocracia", ou seja, na crença de que superamos as barreiras de sangue e nascimento das sociedades pré-modernas e que hoje só se leva em conta o "desempenho diferencial" dos indivíduos. (...) Todas as instituições modernas tomam parte nesse teatro da legitimação da dominação especificamente moderna. O mercado "diz", ainda que não tenha boca: eu sou "justo", porque dou a remuneração "justa", verdadeiramente equivalente ao desempenho. O Estado também "diz" o mesmo: eu faço concursos públicos abertos para todos, e o melhor deve vencer. Nada mais "justo" do que isso. (…)

> o mundo moderno, cuja legitimidade é baseada na liberdade e igualdade de seus membros, o poder não se manifesta abertamente como no passado. No passado, o pertencimento à família certa e à classe social certa dava a garantia, aceita como tal pelos dominados, de que os privilégios eram “justos” porque espelhavam a “superioridade natural” dos bem-nascidos. No mundo moderno, os privilégios continuam a ser transmitidos por herança familiar e de classe, como veremos adiante, mas sua aceitação depende de que os mesmos “apareçam”, agora, não como atributo de sangue, de herança, de algo fortuito, portanto, mas como produto “natural” do “talento” especial, como “mérito” do indivíduo privilegiado (SOUZA, 2009, pp. 22 e 42).

Um exemplo disso é a escolha do Estado de não educar a população por meio do ensino público sobre seus direitos e como exigi-los. Isso permite que as ferramentas para a concretização de direitos universais fiquem restritas a certos setores da sociedade que as compartilham entre si. Além disso, não conceber a defensoria pública como um setor prioritário da máquina estatal, de forma que recebesse recursos suficientes para atender adequadamente a todos que não podem contratar advogados particulares é também uma escolha. Gastos teriam que ser desprendidos, mas permitir que esse serviço se veja sucateado reflete as prioridades de nosso Estado. Vale apontar que, conforme demonstrado na análise dos dados oficiais, presos cautelares já representam mais de 40% da população prisional e a mera existência de um pedido de liberdade provisória, que geralmente só ocorre com advogados particulares, diminui o tempo da medida radicalmente, de forma que o custo do sistema carcerário diminuiria para cobrir uma parte considerável do investimento na defensoria. O estado atual das coisas indica que a reivindicação direta de direitos é vista como território de uma elite social e que é aceitável que a maioria da população não tenha tanta voz quanto a como o direito é aplicado a ela.

Será, portanto, um pilar da análise dos dados estatísticos nesse trabalho se perguntar que propriedades tornam mais provável alguém obter um resultado favorável na etapa da aplicação das prisões cautelares em questão. Em seguida, indagar-se-á de essa propriedade constitui uma forma de capital cujo acesso é limitado com base em estrato social e, importantemente, se o aparelho estatal contribui para ou diretamente reforça essa condição.

5.2 DESIGUALDADE DE DIREITOS E A REALIDADE BRASILEIRA

Esse capítulo se foca em explicações para as disparidades observadas que se fundam em elementos particulares da estrutura social e cultura brasileiras. Para tanto, buscaremos autores nacionais, pois, enquanto as ideias de autores estrangeiros podem certamente ser uteis, elas não podem ser simplesmente importadas e aplicadas à realidade brasileira sem tomar conhecimento de suas particularidades. Isso é especialmente verdade quando estamos a tratar de estruturas sociais que vêm a afetar a aplicação igualitária do direito, pois a distribuição de privilégios e a marginalização de grandes grupos tem um papel imenso na história de uma ex-colônia escravocrata como o Brasil.

Tais assuntos são onipresentes no estudo das estruturas de poder brasileiras e sua história. Uma obra seminal no que se refere a essa espécie análise é “Os Donos do Poder” de Raymundo Faoro é sobre a história do Brasil com foco nas relações de poder no nosso país e como elas moldaram suas instituições, tanto políticas quanto jurídicas. Trata-se de um livro vital para o estudo da estrutura social que deu origem a – e sobre a qual foi implantado – nosso direito e sobre como ela inevitavelmente influencia o seu funcionamento. Essa obra serve como base teórica importante para outras teorias que buscam na história da formação das instituições de poder no Brasil a origem da aplicação segmentada e seletiva do direito que se observa em todos os seus setores (FAORO, 2001).

Analisar-se-á autores que tratam da tendência de nosso direito ser rigoroso com pessoas marginalizadas e leniente com aqueles de melhor status social para determinar se os modelos que eles propõem preveem as iniquidades que observamos nos capítulos anteriores quanto à aplicação das prisões cautelares. Veremos também se as teorias propostas por esses autores a respeito de como instituições sociopolíticas (como democracia, capitalismo e, no caso, o direito) são assimiladas pela estrutura social brasileira, para ver se elas preveem a tendência para o protagonismo das prisões cautelares – em oposição às advindas de sentença o que tem se observado.

5.2.1 O modelo de sociedade em pirâmide e sua manutenção por meio do direito

Roberto Kant de Lima propõe entender as políticas penais e de policiamento em nosso país pela lente do papel que elas têm em reproduzir uma hierarquia de poder inerente de nossa ordem social. Em sua obra o autor trata da negação da cidadania a

setores marginalizados da sociedade operada por aspectos do sistema penal e da cultura policial, decorrentes e reveladores de aspectos mais profundos da organização social do país (LIMA, 2003, 2001 e 2004). Em várias de suas obras, o autor trata da prisão especial como um exemplo de ferramenta usada para justificar o tratamento diferenciado a certas classes superiores e de como o Estado brasileiro, em vez de compensar as desigualdades sociais existentes, as naturaliza e atua de forma a as perpetuar (LIMA, 2001 e 2004). Escreve Lima em “Os Cruéis Modelos Jurídicos de Controle Social”:

> Eis por que a legislação processual penal admite tratamento diferenciado a pessoas que são acusadas de cometer infrações, enquanto estão sendo processadas, não em função das infrações, mas em função da qualidade dessas pessoas, consagrando, inclusive, o acesso à instrução superior completa como um desses elementos de distinção. Esta distinção de tratamento, na prática, significa atribuir a presunção de inocência àqueles que detêm tal privilégio e a presunção da culpa àqueles que não os detêm, pois estes últimos são, ainda enquanto estão sendo processados, alojados em péssimas condições e na companhia, em geral, daqueles que já estão condenados (LIMA, 2004, p. 135).

Esses trabalhos dão panorama de como as instituições do Estado no Brasil foram historicamente constituídas de forma a perpetuar a concentração do poder nas mãos de pequenos setores sociais e descrevem como a manutenção dessa desigualdade se opera em diferentes níveis do nosso sistema jurídico o que explica a insuficiência de mudanças apenas no patamar normativo. Em suas obras, Kant de Lima também oferece uma teoria que descreve como normas que, ao contrário da previsão da prisão especial, não expressamente separam a população em grupos vêm a ser aplicadas de forma segmentada. Essa teoria nos é interessante pois, como vimos, há uma persistente disparidade em como as prisões cautelares são aplicadas e que persiste sem a previsão de critérios claramente segregantes. O autor trata da diferença entre o que ele chama de sociedades em “modelo pirâmide” de uma em “modelo paralelepípedo”, enquadrando o Brasil no primeiro grupo. De forma simples, uma sociedade em “modelo paralelepípedo” seria caracterizada por regras que põe todos os seus membros em pé de igualdade enquanto o “modelo pirâmide” descreveria uma sociedade na qual as regras emanam de uma camada privilegiada e menos numerosa e servem para manter a sociedade em uma estrutura em que essa elite é sustentada por uma base mais numerosa de cidadãos com menos direitos.

Para o autor a Constituição Federal de 1988 seria moldada essencialmente em uma sociedade em “modelo paralelepípedo”, mas o Brasil seria de fato uma sociedade “modelo pirâmide”. Há de se destacar que em ambos os modelos as leis se aplicam à estrutura social inteira, a diferença é que no “modelo pirâmide” elas são interpretadas tomando em consideração a posição social de cada indivíduo de forma a preservar uma certa hierarquia. Escreve o autor:

> (…) O que acontece aqui é que as regras dessa pirâmide são regras que valem para a pirâmide toda. São sempre regras gerais. Porque é uma regra que sai do topo e ela tem que controlar a harmonia desses pedaços todos. Então cada um tem seu lugar e eu, que estou no topo, é que sei o lugar de cada um. (…) Assim, as regras têm sempre que ser interpretadas, porque elas não podem ser aplicadas igualmente para todo mundo, que seria uma injustiça, porque essas partes são desiguais (LIMA, 2001. p.101).

Isso tudo é evidentemente aplicável às prisões cautelares no Brasil, às quais o próprio autor faz menção com atenção particular à Prisão Especial. Como qualquer legislação, as regras que regem a aplicação dessas prisões se aplicam a todos, mas não só há critérios segregadores entre as hipóteses de aplicação desses institutos, mas também vemos que os direitos de indivíduos de diferentes extratos sociais são protegidos diferentemente frente a eles. Como vimos, isso acontece por uma série de fatores indiretos, como a necessidade de representação legal particular para a efetiva reivindicação de direitos que são sistematicamente ignorados em sua ausência e o fato da aplicação inicial da prisão cautelar ser muito sujeita a preconceitos subjetivos. Deixar que a estratificação da aplicação das prisões cautelares seja operada por fatores que não a letra da lei permite que essas instituições se apresentem como igualitárias, mas não se pode ignorar que elas são um produto da mesma sociedade que às “distorce” e que foram moldadas em torno de sua interface com ela. Que liberdade e demais direitos dos mais bem posicionados tem peso visivelmente maior atribuído a eles quando se pondera a aplicação dessas medidas fica demonstrado nos números oficiais. Conforme escreve Kant de Lima, a sociedade em “modelo pirâmide” não considera justo aplicar regras universais igualmente a toda a população pois essa não é composta de iguais.

A interpretação do Brasil como sociedade em modelo pirâmide nos dá uma alternativa à ideia de que a versão ideal da lei deve ser analisada de forma isolada da sociedade que a aplica. Sob essa perspectiva o fato da aplicação imperfeita das prisões

cautelares prejudicar quase sempre grupos marginalizados, enquanto aqueles com mais capital (literal ou social) veem seus direitos respeitados, pode ser vista não com uma coincidência, mas como o resultado previsível do funcionamento do direito em uma sociedade do tipo em questão. De fato, a interpretação de que essas disparidades são acidentais requer muito mais suposições adicionais. Teríamos que acreditar que ocorreram uma série de coincidências onde, desde a aplicação desproporcional dessas medidas ao crime de tráfico simples até a má definição de prazos e falta de monitoramento que faz com que aqueles sem advogados particulares passem várias vezes mais tempo em privação de liberdade, o acaso sempre leva ao desfavorecimento dos mesmos grupos. Teria também que se acreditar que as normas abertamente segregadoras que regimentaram esse tópico, incluindo a prisão especial e as redações originais das prisões preventiva e temporária, constituem um fenômeno separado que também leva às mesmas consequências. Por conta disso, tomando em conta a Navalha de Occam, que diz que, se duas teorias explicam um resultado, se deve adotar a que exige o menor número de suposições adicionais, conclui-se que a interpretação da sociedade em modelo pirâmide explica melhor os resultados observados do que a ideia de que eles são uma consequência acidental da aplicação imperfeita da lei.

5.2.2 Normas universais, aplicação seletiva

José Murilo Carvalho propõe uma teoria semelhante sobre como regras tecnicamente universais são aplicadas de forma estratificada por virtude da estrutura social do país sobre o qual vigoram. Ele defende que no Brasil normas são executadas ou ignoradas dependendo de fatores relativos à posição social dos envolvidos, de forma que os bem posicionados tem seus direitos seguidos a risca e seus delitos ignorados e o oposto ocorre com os mal posicionados. Isso significa que defesa de direitos civis se estende a poucos, efetivamente criando uma elite seleta de cidadão que através de seus meios materiais e posição social consegue se pôr acima dos rigores da lei conforme ela é aplicada ao resto da população. Ele se refere a essas pessoas como “doutores”, sendo o grupo caracterizado por fatores não só de classe social e renda, mas também raça e fatores culturais. Interessantemente o gozo de proteção dos direitos civis previstos pela constituição é equacionado aqui com a possibilidade de dobrar ou ignorar a lei como duas faces do privilégio da elite social brasileira. Isso

indica uma visão desiludida do sistema normativo brasileiro que toma como dado que nós não estamos em um país que garante direitos fundamentais de forma incompleta, mas sim em um país em que o direito positivo tem pouco ou nenhum significado, servindo apenas de linguagem para articular a defesa dos interesses dos privilegiados e a rigorosa restrição dos demais (CARVALHO, 2002 pp. 210-216).

Os grupos inferiores são então separados entre “cidadãos simples” e “elementos”, no contexto do jargão policial. O primeiro grupo ficaria à mercê da forma como a lei é imposta a eles, com os benefícios e prejuízos que decorrerem disso. Ou seja, direitos seriam resguardados inconsistentemente e, se violados, membros desse grupo geralmente não teriam o conhecimento para reconhecer que têm algo a reivindicar nem os meios para fazê-lo. Em geral, a lei seria aplicada a esse grupo mais rigorosamente do que aos “doutores”, mas a forma como ela se manifesta seria principalmente determinada pelos aplicadores; a polícia e outros agentes do Estado. Podemos ver então que os “doutores” também não são caracterizados pela aplicação completa ou estrita da legislação, mas sim pela medida de sua capacidade de invocar a lei ou evadi-la para seu próprio benefício; nesse caso reduzida. Finalmente “elementos” é o termo que o autor usa para descrever indivíduos pertencentes ao mais baixo nível de acesso a direitos civis. O termo policial é utilizado com base na ideia de que os direitos de membros desse grupo são tão inteiramente desrespeitados pelo Estado e a sociedade em geral que a sua única interação com a lei se dá por meio da penalidade. Enquanto a criminalidade seria comum entre os chamados “elementos”, não é ela que os define, pois seu mau tratamento pelos órgãos aplicadores da lei e sua decorrente desconfiança deles ocorreria com ou sem a prática de delito. Inversamente, lembremos, os “doutores” também violariam a lei habitualmente, a diferença está, de acordo com Carvalho, na forma como a lei é aplicada a cada setor da sociedade (CARVALHO, 2002 pp. 216-217).

Essa descrição da forma como a lei é aplicada para diferentes setores da sociedade brasileira condiz precisamente com o que foi constatado na anteriormente citada pesquisa da *International Bar Association* que demonstrou que a maioria dos presos cautelares não tem as garantias previstas no código de processo penal efetivadas e acabam rotineiramente (um em cadas cinco) sendo submetidos não só a muito tempo de reclusão, mas a mais tempo do que seria possível eles cumprirem se condenados, algo que é absolutamente ilegal. Enquanto isso a mesma pesquisa

mostrou que pessoas cuja posição social permite a reivindicação de todos seus direitos tomam vantagem da generosidade de nossa legislação processual penal de forma a não só ter todos seus amplos direitos respeitados, mas também tomar vantagem das demais debilidades de nosso sistema jurídico para prolongar o processo de forma a nunca ser posto em regime fechado, mesmo quando ela era cabível (*INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION*, 2010, p. 9). Como foi abordado, a possibilidade de evitar a prisão cautelar com fiança permite a quem tem fundos passar o processo em liberdade enquanto outros estariam reclusos, e nessa situação prolongar o a duração de tal processo até que prescreva o crime se torna uma possibilidade em devido à lentidão da jurisdição brasileira. Adicionalmente foi decidido que os presos especiais podem progredir de regime mesmo com a sua situação muito mais confortável impedindo que eles preencham requisito como o trabalho (Brasil, 2003), que seriam devidos pelos demais. Essa situação permite que alguém seja condenado a prisão em regime fechado mas a cumpra em condições de conforto criadas para alguém presumido como inocente, enquanto isso outros são regularmente absolvidos apenas após passar a duração completa de sua potencial sentença em regime fechado, meramente por que não gozavam de prisão especial ou possuíam advogados particulares. Essa situação se encaixa exatamente com as dinâmicas que Carvalho descreve, mas são completamente dessoantes de um cumprimento literal da lei, ou mesmo do que se esperaria de um sistema defeituoso que falha a todos sem mostrar preferência.

Ainda assim, as iniciativas legislativas últimas décadas foram tomadas com o objetivo de remediar aspectos problemáticos da legislação referente às prisões cautelares, se baseavam na presunção de que a experiência díspar de uma medida legal por diferentes setores sociais advém necessariamente de um aspecto problemático do dispositivo que a prevê. Se essa presunção estivesse correta, após a correção do texto legal veríamos uma reversão da disparidade observada, o quê, como também foi apontado, não ocorreu. Em contraste, uma teoria, como as expostas nesse capítulo, de que os dispositivos legais em uma sociedade com a estrutura da brasileira serão aplicados de forma diferente a diferentes camadas sociais, independentemente de isso ter base no texto legal, prevê exatamente o que de fato ocorreu na década seguinte: a ineficácia de mudanças pontuais na letra da lei e a continuação dos processos que aparelham o direito como ferramenta de manutenção de divisões sociais. Por conta disso, nesse caso, um modelo que vê a tendência de hierarquias

sociais se impregnarem no sistema jurídico de um país e influenciarem sua articulação prevê melhor os resultados observados na história recente do Brasil do que a visão legalista que se vê reproduzida sem questionamento.

5.3 A NÃO REIVINDICAÇÃO DE DIREITOS POR SETORES SOCIAIS

Além disso, na obra “Cidadania no Brasil: O Longo Caminho” José Murilo Carvalho trata da separação do país em classes não só quanto ao patrimônio mas também quanto aos direitos dos quais desfrutam. Ele documenta esse fenômeno através da história e destaca a falta de confiança no sistema jurídico que hoje existe por parte das classes trabalhadoras por conta disso. Mais uma vez temos uma abordagem histórica que atribui em parte ao fato dos direitos sociais terem sido introduzidos no Brasil antes da consolidação de uma verdadeira cidadania, de forma que a relação do povo com o Estado teria evoluído de maneira problemática, com o povo não se vendo como dono do aparelho estatal, mas sim na sua dependência e à sua mercê.

O autor descreve como um país pode estabelecer um sistema político participativo, teoricamente munido de direitos civis e políticos universais e mesmo assim não alcançar, nem imediatamente nem ao longo do tempo, verdadeira cidadania para a maioria de sua população. Ele descreve o conceito de “cidadania plena”, que implicaria liberdade, participação e igualdade garantida a todos. O cidadão pleno é descrito como aquele com acesso a direitos civis, políticos e sociais. Cidadãos incompletos por sua vez teriam acesso a alguns, mas não todos esses direitos e não-cidadãos seriam aqueles sem acesso a nenhum deles. Vale destacar que “cidadania plena” não é aqui descrita como um atributo do cidadão pleno, que tem pessoalmente acesso a todos seus direitos, mas sim a uma situação em que todos tem acesso igual e esses direitos, algo que o autor descreve como um ideal talvez inatingível em sua plenitude (CARVALHO, 2002, pp. 8-10).

Carvalho aponta os direitos civis como os retardatários no processo de se tornarem conhecidos e acessíveis por toda a população. Isso pode ser atribuído à história do país, que é de uma democracia instável, repetidamente suplantada por autoritarismo e em que avanços sociais foram vistos mais frequentemente como concessões estatais do que conquistas populares. A obra aponta que no caso do Brasil há uma disparidade marcada no desfrute de direitos relacionada a extrato social,

especificamente, o nível de educação é apontado fator determinante do conhecimento e portanto exercício dos direitos fundamentais da população brasileira.

> A precariedade do conhecimento dos direitos civis, e também dos políticos e sociais, é demonstrada por pesquisa feita na região metropolitana do Rio de Janeiro em 1997. A pesquisa mostrou que 57% dos pesquisados não sabiam mencionar um só direito e só 12% mencionaram algum direito civil. Quase a metade achava que era legal a prisão por simples suspeita. A pesquisa mostrou que o fator mais importante no que se refere ao conhecimento dos direitos é a educação. O desconhecimento dos direitos caía de 64% entre os entrevistados que tinham até a 4a série para 30% entre os que tinham o terceiro grau, mesmo que incompleto. Os dados revelam ainda que educação é o fator que mais bem explica o comportamento das pessoas no que se refere ao exercício dos direitos civis e políticos. Os mais educados se filiam mais a sindicatos, a órgãos de classe, a partidos políticos (CARVALHO, 2002 pp. 209).

Além da falta de conhecimento, relação de desconfiança com os sistemas de justiça e segurança pública por parte setores mais necessitados da população brasileira é apontada como um fator relevante para o não desfrute de direitos civis por esses grupos. Carvalho cita para demonstrar isso dados levantados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referentes ao ano de 1988. Esses dados demonstram que uma parcela significativa da população brasileira não recorria à justiça para obter seus direitos, com apenas 62% dos adultos envolvidos em conflitos recorrendo à justiça para resolvê-los. O caso específico de roubos e furtos era particularmente ilustrativo no que diz respeito às razões citadas para o não recurso à justiça:

> (…) entre os motivos alegados para não recorrer à justiça, três tinham diretamente a ver com a precariedade das garantias legais: 28% alegaram não acreditar na justiça, 4% temiam represálias, 9% não queriam envolvimento com a polícia. Ao todo, 41 % das pessoas não recorreram por não crer na justiça ou por temê-la. Os dados referentes aos conflitos que envolviam agressão física revelam que 45% não recorreram à justiça pelas mesmas razões (CARVALHO, 2002, p. 211).

Fica demonstrado aqui que mesmo quando se veem na posição de vítima, pessoas marginalizadas evitam se engajar de qualquer forma com a justiça e não a veem como um meio de reivindicar seus direitos. Não é surpreendente então que os familiares de alguém que já foi rotulado como “bandido” e se vê em prisão provisória deixem de exigir sua liberdade independentemente de quanto tempo passem presos. Já relação de uma pessoa de classe média com a justiça é essencialmente diferente,

mesmo que se veja na posição de réu ela sente que o sistema penal não é predisposto contra ela e que injustiças são uma anomalia que pode ser corrigida por diálogo. Essa diferença se torna de imensa relevância para a experiência das prisões cautelares por esses dois grupos quando o direito à duração razoável da privação de liberdade precisa ser ativamente reivindicada em juízo, como foi constatado.

Wanderley Guilherme dos Santos, em “Cidadania e Justiça” denomina “cidadania regulada”, que implica uma remoção do sentimento da população de que a máquina estatal existe para servi-la, e de que ela tem vós perante essa máquina. No lugar disso, haveria uma visão paternalista e vertical do Estado, na qual ele é o provedor das necessidades de um povo que estaria sem ele perdido e, ao mesmo tempo, é legitimado a agir coativamente sobre esse povo de forma igualmente unilateral. Essa tendência de haver pouca e lenta reivindicação de direitos civis em países como o nosso, especialmente por parte de populações marginalizadas ajuda a explicar a lentidão do progresso legislativo observada no tópico das prisões cautelares e a postura passiva desses mesmos grupos ao terem seus direitos violados nesse âmbito, abordada no ponto anterior. Santos e Carvalho ambos descrevem um povo brasileiro que não se sente habilitado a reivindicar direitos civis perante o Estado.

Há também a questão da Inacessibilidade do Campo Jurídico por determinados setores sociais. Seria de se esperar, seguindo esse modelo teórico, que uma sociedade baseada em classes tendesse a criar um sistema jurídico que dá melhores chances de sucesso a indivíduos que possuem maior capital, não só financeiro, mas também cultural e social. Utilizando-se dessa perspectiva muitos aspectos da organização e ritualística do sistema jurídico que poderiam ser naturalizados ou vistos como inócuos mostram-se como potenciais ferramentas dessa separação. Isso inclui a linguagem dos procedimentos, não só impenetrável por sua tecnicidade, mas orgulhosamente arcaica como que para assinalar a todo momento a que herança cultural pertence o direito. Com a adição de um código de vestimenta que passa a mesma mensagem, temos um espaço que comunica de todas as formas possíveis que certos setores sociais pertencem a ele e outros não, o que leva ao resultado previsível de menos direitos serem reivindicados por esses setores e eles se conformarem com resultados menos favoráveis, como demonstraram as já citadas pesquisas de José Murilo Carvalho em “Cidadania no Brasil” (CARVALHO, 2002, pp. 209-217).

Além disso, como vimos ao tratar da obra de Bourdieu, a sociedade molda a percepção do indivíduo dele mesmo e os causa a internalizar a noção de que sua cultura é inferior à dominante, sendo a sua falta de conhecimento dessa uma justificativa válida para a sua designação a uma posição inferior. São esses tipos de elementos não explícitos que não podemos ignorar ao procurar as causas dos resultados desiguais que nosso direito obtém. O ideal de neutralidade do qual o direito extrai tanto da sua legitimidade não permite que ocorra uma separação baseada em algo tangível como o capital financeiro, a tendência é então utilizar outras formas de capital que tornem a separação oculta ou a deem a aparência de uma meritocracia. Isso não só para que as normas não entrem em conflito explícito com o princípio da igualdade, mas também porque a internalização pelos grupos desfavorecidos da ideia de que eles merecem tal status serve por si só como forma de separação da população. Conforme destaca Wacquant, essa forma “simbolista” de separação da população em grupos mais e menos precarizados de forma conveniente para a estrutura de poder posta não é incompatível com a existência de um modelo de separação “materialista”, baseado na tenção entre as classes sociais em um determinado momento da história. Para o autor, o sistema penal contemporâneo desempenha ambas essas formas de separação simultaneamente, de forma que, assim como observamos diversas formas como grupos marginalizados deixam de obter seus direitos frente a aplicação das prisões cautelares, é possível que diferentes modalidades de separação ocorram paralelamente (WACQUANT, 2007, pp. 15-16).

Isso é aplicável bem nitidamente à prisão especial, em que o critério da posse de diploma de curso superior é utilizado como uma maneira de separar os presos de diferentes estratos sociais de forma superficialmente meritocrática, mas que devido à realidade social do país resulta em um resultado quase idêntico a separá-los por renda. Mas enquanto a muito criticada instituição da prisão especial, como na maioria dos casos, contém a versão mais óbvia de um privilégio, vimos nesse capítulo que há inúmeras formas mais sutis que permitem que essa separação, pretensamente por mérito, se reproduza, não só nos outros aspectos das prisões cautelares, mas no sistema jurídico em geral.

Mais uma vez, a teoria em questão, reconhecendo que instituições estatais são maleáveis por estruturas sociais frequentemente injustas e acabam servindo como formas de reproduzi-las, explica melhor os resultados fáticos da aplicação das prisões

cautelares do que uma visão que vê o direito como um sistema insular e considera apenas as funções explícitas de suas normas.

5.4 O DIREITO USADO PARA SEGREGAR

Aqui trataremos de trabalhos que descrevem a mecânica de como o direito pode vir a servir não como uma força equalizadora e neutra, mas como uma ferramenta de segregação da sociedade, oprimindo certos grupos e beneficiando a outros. Nesse capítulo faremos uso de mais autores internacionais, pois trata-se não mais especificamente de que estruturas de poder e segregações históricas estão manipulando a aplicação da lei ou sendo reforçadas, mas sim das formas como isso pode ser articulado. Analisando esses modelos podemos procuras os seus presumíveis efeitos no mundo dos fatos e, assim, chegar a uma conclusão quanto a quais deles parecem melhor explicar o que acontece em nossa realidade.

Em “Homo Sacer o Poder Soberano e a Vida Nua”, Giorgio Agamben descreve como é feita a distinção entre aqueles que têm sua existência reconhecida pela sociedade e aqueles dela excluídos que tem uma “vida nua”, descartável e passível de qualquer degradação. Para que se mantenha um *status quo* em que um direito como a liberdade é rigorosamente protegido para determinados grupos mas constantemente sacrificado para outros é necessário que a cultura em questão internalize que a vida de certos grupos tem mais valor que a de outros.(AGAMBEN, 2010, pp. 79-125). Há uma mentalidade observável no Brasil que diz que uma pessoa pobre ou marginalizada não perde tanto ao ser presa do que alguém com um maior padrão de vida, e por isso aplica prisões cautelares com mais facilidade a esses grupos, como escreve Kant de Lima:

> O que indica que a liberdade não é um bem que se conceda como universalmente distribuído no Brasil. A polícia costuma dizer que a prisão é um benefício, não um castigo para os miseráveis que nela estão: teto, comida e roupa lavada de graça! Ou seja, essas pessoas nunca estiveram no mundo público, do tal Estado de Direito (LIMA, 2001, pp.104)

Também, como apontou Carvalho, há uma postura de submissão de populações marginalizadas perante a polícia e a justiça que se encaixa com a discrição de vidas nuas (CARVALHO, 2002). São pessoas que sequer se veem como titulares de direitos, por conta de sua experiência com o Estado, e são submetidas à prisão sem condenação com uma naturalidade que seria impensável para membros de estratos

sociais mais altos. Como tratou-se ao analisar o princípio da excepcionalidade, as prisões cautelares são, para esses grupos aplicadas como uma forma de prevenção geral da criminalidade e de satisfazer a população com a impressão de justiça imediata (LOPES JR., 2016, p.321), não como o sacrifício de um direito fundamental, requerendo fortes justificativas e devendo ser utilizado o mais raramente possível. O que Agambem nos traz é um modelo teórico que explica como essa separação da população entre grupos cujos direitos são respeitados e grupos cuja liberdade pode ser tomada como se não valesse nada se torna possível em uma sociedade. Seu trabalho expande sobre as ideias de autores como Hannah Arendt, que tratou de como ocorre a banalização perante a população em geral do cometimento de atos terríveis contra um determinado grupo (ARENDT, 2007) e de Michel Foucault no que se trata do biopoder, através do qual o Estado subjugaria os corpos da população e exerceria poder sobre ela (FOUCAULT, 2008).

A situação que observamos no que se refere à prisão cautelar no Brasil, onde ela é cumprida em condições precárias pela maioria dos detentos, de forma a ser usada como pena simbólica no combate à criminalidade, e de forma confortável por uma elite que dispõe da prisão especial e de advogados que reivindicam seus direitos, só é possível com o sistema carcerário em estado de permanente precarização ao ponto da ilegalidade. Como escreveu Tourinho Filho, e tendem a concordar mesmo os defensores contemporâneos da prisão especial, idealmente todos os presos cautelares desfrutariam dessas condições, é apenas no contexto da falta de recursos que é possível justificar o melhor tratamento de certos grupos. Mas a falta de recursos não basta, se a população em geral, o legislativo e os aplicadores do direito se mostrassem indignados com a precariedade do sistema penitenciário, no mínimo se exigiria a distribuição mais igualitária dos recursos que existem, com a eliminação de privilégio em nome de assegurar a dignidade básica de todos. Há, então, também o um segundo elemento necessário para o sustento do status quo das prisões cautelares: a naturalização do sofrimento de indignidades pelos presos provisórios sem o benefício da prisão especial.

A exata forma como chegamos ao ponto em que não há nenhuma vontade política ou reivindicação popular de melhores condições para os presos cautelares comuns, muito menos os presos em geral no Brasil, está além do âmbito desse trabalho. Agambem, como Arendt já havia feito, descreve a necessidade de se definir o

grupo que vem a não desfrutar de direitos como exterior à população em geral e de o culpar por um medo ou insegurança com o que ela sofre. Que isso aconteça com presumidos criminosos em uma sociedade que vive oprimida pela alta criminalidade é intuitivo, mas o mais interessante é que uma população em grande parte pobre aceite que esse tratamento seja restrito a criminosos de condições de vida semelhantes. Em parte, o tratamento privilegiado a elites sociais pode ser justificado pela predominância de membros delas nos poderes legislativo e judiciário, não tanto por que haja uma conspiração consciente para privilegiar os seus pares, mas por que é mais fácil ter empatia por alguém em uma situação semelhante à sua. Dessa forma, a facilidade de abstrair o sofrimento de um grupo externo, combinada com, digamos, pessoas sem curso superior serem um grupo externo para os detentores do poder no âmbito jurídico, leva a uma situação em que a maioria da população pode ter seus direitos desconsiderados. Obviamente, se a maioria da população de fato se sentisse lesada por essa diferença de tratamento, mudanças poderiam ser exigidas, mas a separação entre trabalhadores e “bandidos” é forte suficiente em nossa cultura para que não haja uma identificação.

5.4.1 O efeito da figura do delinquente sobre a privação de liberdade

Se vamos analisar as pressões sociais que agem sobre o processo penal e a administração da privação de liberdade, devemos falar necessariamente sobre os grupos que essas instituições existem para conter. Mais uma vez, partiremos de doutrinadores internacionais para descrever as mecânicas amplas de como essa espécie de processo se articula e depois relacionaremos isso com trabalhos que tratam das particularidades da sociedade brasileira para averiguar sua aplicabilidade. No século passado, o pensador francês Michel Foucault traçou as origens da concepção moderna da prisão, atribuindo-a ao surgimento de um novo personagem na sociedade do século XIX, que ele chamou de “o delinquente”. Há de se entender que não se trataria, principalmente, de uma mudança de fato no funcionamento prático da sociedade ocidental que teria gerado um novo tipo de indivíduo com aspectos e comportamentos antes inexistentes, mas sim de uma mudança de como a sociedade via certos elementos dentro dela própria. O delinquente, então, é criado menos no mundo dos fatos do que no imaginário de sua respectiva cultura (FOUCAULT, 2012, p.

32-36). Isso não quer dizer que não haja um contexto histórico que tenha permitido o surgimento dessa classe. Em “Vigiar e Punir” Foucault põe a origem do delinquente dentro de um contexto mais amplo que adveio da mudança do paradigma punitivo em muitos países da Europa a partir do século XVIII em que, dito de forma resumida, a pena deixou de ser um espetáculo em que sofrimento físico era infringido publicamente sobre o apenado e passou a ser um ato administrativo que controla e busca corrigir o infrator (FOUCAULT, 1987, p. 11-20 e FONSECA, 2002, p. 121-128).

Obviamente há paralelos a serem traçados entre essa dinâmica e a migração das prisões cautelares de uma medida excepcional para a salvaguarda do processo para uma forma de controle da criminalidade e punição exemplar que Lopes Jr., entre outros, aponta. (LOPES JR. 2016. pp. 347-350) O “delinquente” de Foucault surge quando a pena deixa de ser admitida como vingativa ou exemplar, mas sim que tendo como seu objetivo declarado corrigir a pessoa do infrator para que ele deixe de ser perigoso. O autor aponte que, por consequência dessa mudança, deixa de julgar o crime e administrar a pena designada e passa, ao invés disso, a julgar a pessoa do infrator e administrar a sua existência (FOUCAULT, 1987, p. 11-20 e 2012 p. 73 e 93). Temos aqui um forte paralelo com a situação das cautelares no Brasil, pois estas também, por necessidade, julgam a pessoa do acusado. Sua periculosidade é medida, tanto para o processo quanto para a “ordem social”, além da qualificação ou não para prisão especial. Passamos de julgar o crime para julgar o criminoso, sua biografia. Esse paradigma é necessário para o surgimento da noção de um indivíduo perigoso em si mesmo, que precisa ser contido e administrado (FOUCAULT, 1987, p. 20-27; FONSECA, 2002, p. 121-128).

Foucault descreve a diferença entre o infrator, indivíduo que cometeu um crime e é punido por ele, e essa nova figura do delinquente na seguinte passagem de “Vigiar e Punir”:

> O delinquente se distingue do infrator pelo fato de não ser tanto seu ato quanto sua vida o que mais o caracteriza. A operação penitenciária, para ser uma verdadeira reeducação, deve totalizar a existência do delinquente, tornar a prisão uma espécie de teatro artificial e coercitivo onde é preciso refazê-la totalmente. O castigo legal se refere a um ato; a técnica punitiva a uma vida; cabe-lhe por conseguinte reconstituir o ínfimo e o pior na forma do saber; cabe-lhe modificar seus efeitos ou preencher suas lacunas, através de uma prática coercitiva. Conhecimento da biografia, e técnica da existência retreinada. A introdução do “biográfico” é importante na história da penalidade. Porque

> ele faz existir o “criminoso” antes do crime e, num raciocínio-limite, fora deste. E porque a partir daí uma causalidade psicológica vai, acompanhando a determinação jurídica da responsabilidade, confundir-lhe os efeitos. Entramos então no dédalo “criminológico” de que estamos bem longe de ter saído hoje em dia: qualquer causa que, como determinação, só pode diminuir a responsabilidade, marca o autor da infração com uma criminalidade ainda mais temível e que exige medidas penitenciárias ainda mais estritas (FOUCAULT, 1987, p.280).

Em resumo, a figura do delinquente é definida não pelo cometimento de um ou mais atos ilícitos, mas pela sua separação do que se denominaria “pessoas de bem”. Eles são de certa forma um povo distinto que existe em meio ao – mas excluído do – resto da sociedade, com suas próprias relações e estruturas sociais independentes e que é definido por constituir, aos olhos do resto da sociedade, um “outro” hostil, perigoso e moralmente degenerado (FOUCAULT, 2012, p. 32-36 e p.181-183).

O Estado, por sua vez, não só reage a essa visão essencializante do delinquente, mas tem incentivos para reforçá-la. Conforme aponta Loïc Wacquant, o ativismo penal e aumento na taxa de encarceramento são geralmente motivados pela necessidade do Estado reforçar sua legitimidade perante as camadas sociais dominantes. Estabelecer uma dicotomia entre “cidadãos de bem” e “desviantes” na qual o segundo grupo é uma permanente ameaça ao primeiro que apenas o sistema penal pode controlar é uma forma efetiva de reafirmar a necessidade do Estado (WACQUANT, 2007, pp.15-23).

> Enfim, e sobretudo, para a classe superior e a sociedade em seu conjunto, o ativismo incessante e sem freios da instituição penal cumpre a missão simbólica de reafirmar a autoridade do Estado e a vontade reencontrada das elites políticas de enfatizar e impor a fronteira sagrada entre os cidadãos de bem e as categorias desviantes, os pobres “merecedores” e os “não merecedores”, daqueles que merecem ser salvos e inseridos (WACQUANT, 2007, p.17)

Sob essa perspectiva se explica a aceitação de um sistema que dá mau tratamento a pessoas de baixo extrato social por membros desse mesmo extrato, pois elas veem o delinquente como um “outro” distinto deles por conta de elementos simbólicos mais do que materiais. A conotação de classe da categoria do delinquente ainda é evidente, mas a concepção dele como essencialmente diferente do cidadão de bem é internalizada o bastante para sublimá-la. Mas também atribui o processo de criação desse “outro” a elementos do sistema penal para os quais a prisão cautelar é otimizada. Sob essa interpretação, poderia se descrever as tendências atuais das prisões cautelares no Brasil como o sistema penal migrando cada vez mais para a

forma que vem tomando desde a modernidade, de acordo com Foucault: um sistema de controle da vida de setores marginalizados da sociedade que se autoperpetua criando seus próprios clientes e uma imagem dele que justifique a existência de tal sistema de controle para a população em geral.

Como foi apontado em capítulos anteriores, o distanciamento da aplicação das prisões cautelares de seus supostos princípios basilares que se observa no Brasil se dá em parte para atender a um medo onipresente em nossa sociedade de, precisamente, um setor da população que é visto como os principais detentores do comportamento criminoso (LOPES JR., 2016, pp. 349-350). A mesma dinâmica que, para Foucault, teria servido para legitimar a criação do aparelho carcerário, agora parece atuar no Brasil, em uma versão mais extremada, para justificar sua migração para um paradigma com menos garantias, em que a maior parte dos presos é encarcerado antes de que haja condenação. Em um país mais violento do que os estudados pelo autor francês, marcado por um história recente de desigualdade extremada, a criminalidade que emergiu parece ter sido o bastante para deslegitimar o valor do devido processo legal, ou ao menos sua extensão a certos grupos. Esses grupos, os delinquentes do Brasil contemporâneo, são definidos em nosso imaginário tanto por elementos como extrato social e raça quanto pelo cometimento de crimes. Além disso, os crimes que fazem alguém pertencer a esse grupo são também específicos: roubo, furto, tráfico de drogas, latrocínio, etc. Mas talvez mais essencial de tudo, ao contrário de outros cidadãos que não preencham esses requisitos, mas eventualmente cometam um crime, os membros desse grupo não são vistos como passíveis de reintegração na sociedade, pois o que os define não é uma ou outra ação que possa ser redimida, mas o tipo de pessoas que eles são. Vimos em capítulos anteriores que autores brasileiros frequentemente criam sua própria terminologia se referir a essencialmente esse mesmo grupo, como o “elemento” de José Murilo de Carvalho (CARVALHO, 2002), a “ralé” de Jessé de Souza (SOUZA. 2009.) ou a “vida nua” de Giorgio Aganben (AGANBEN. 2010). Cada um desses autores usa seu respectivo termo em contextos diferentes, uns se focam na falta de acesso a direitos, outros na sujeição irrestrita a violência estatal, mas em todos os casos é constatada a existência de um grupo, associado com a criminalidade e que não goza de direitos da mesma forma que o restante da população. Tratando dessa dinâmica especificamente no que se refere às prisões cautelares, ou seja, da

presunção de criminalidade, o termo geralmente usado para se referir a esse grupo no imaginário brasileiro é “bandidos”.

Independentemente de se saber que o termo tem origem na palavra “banido” em italiano, as conotações da palavra bandido são bastante claras dentro de nossa cultura, trata-se de alguém que não pertence à comunidade, é uma ameaça a ela e deve ser por isso dela extraído. Historicamente, esse conceito do homem banido, naturalmente perigoso, que existe nas margens da sociedade foi por vezes codificado em legislação. A adoção dessa dicotomia entre aqueles que a lei protege e aqueles de quem a lei protege foi abordada por Giorgio Aganben em sua conceitualização da “vida nua” que não é vista como merecedora de viver. Escreve o autor descrevendo códigos medievais que abertamente encorporavam essa distinção:

> assim a lei sálica e a lei ripuária usam a fórmula *wargus sit, hoc est expulsus* em um sentido que recorda o *sacer esto* que sancionava a matabilidade do homem sacro, e as leis de Eduardo o Confessor (1130-1135) definem o bandido *wulfesheud* (literalmente: cabeça de lobo) e o assemelham a um lobisomem (*lupinum enim gerit* caput a die *utlagationis suae, quod ah anglis wuifesheud vocatur*). Aquilo que deveria *pennanccer* no inconsciente coletivo como um híbrido *monstfo* entre humano e ferino, dividido entre a selva e a cidade - o lobisomem - e, portanto, na origem a figura daquele que foi banido da comunidade (AGANBEN, 2010, p.112).

Em uma democracia tal distinção entre seres humanos seria completamente inadmissível, mas onipresença do bandido na consciência popular também se mostra óbvia pelo repetimento constante do termo em noticiários televisivos, em particular os locais. Vale notar que tais noticiários se abstém de se referir aos personagens de suas notícias como cometedores de crimes específicos (ladrão, assassino, etc.) ou mesmo como “criminosos” até que haja o devido processo legal, mas tal cautela não é estendida ao uso constante da palavra “bandido”, reforçando o argumento de que o termo não se refere de fato ao cometedor de um crime mas sim a um tipo de pessoas e que a aplicação desse rotulo não só não requer devido processo legal, mas é oposta à ideia dele.

A existência dessa figura, não só na sociedade de fato, mas mais importantemente no imaginário diário de nossa sociedade como causa de suas inseguranças é um elemento essencial de se considerar ao analisar as formas de prisão processual, exatamente por serem dispositivos criados para conter indivíduos que ainda não foram condenados pelo devido processo legal mas são presumidos

como potenciais ameaças. Seria incompleta, por exemplo, uma análise do crescimento drástico das prisões provisórias, particularmente de setores marginalizados da sociedade, que não tomasse em consideração que essa forma de administração de risco e extração preventiva de indivíduos vistos como essencialmente criminosos é exatamente o que o medo do bandido leva a população em geral a exigir. Mais centralmente para nosso objeto de pesquisa, uma concepção da prisão processual como uma ferramenta de administração de setores sociais vistos como perigosos, feita para facilitar a remoção imediata de indivíduos da sociedade, explica bastante bem os resultados que observamos dela.

5.4.2 A criminologia positivista e o *labeling approach*

O conceito de “delinquente” ou “bandido” traz implicações sobre como uma determinada sociedade concebe o fenômeno da criminalidade o que, por sua vez, determinará como tal fenômeno será combatido. A concepção de que o crime é produto das características pessoais dos indivíduos que o cometem e que esses são um grupo distinguível dos demais é remanescente de teorias patológicas da criminalidade, que consideravam que havia características biológicas e psicológicas determináveis que levavam uma pessoa a ser um criminoso. Essa forma essencialmente médica de se conceber a criminalidade teve seu auge entre o fim do século XIX e o início do XX e, ao menos em meios acadêmicos, é hoje considerada superada e até repugnante (BARATTA, 2011. pp 29-32; SILVA, 2013, p.65). O declínio da crença de que criminosos são um subgrupo medicamente distinguível de seres humanos não marcou, no entanto, o fim das tentativas positivistas de identificar potenciais criminosos por suas características.

O paradigma etiológico é uma forma de conceber a criminalidade que busca determinar quais são as suas causas buscando atributos comuns entre criminosos. Ele não se resume necessariamente a estudar elementos biológicos, mas pode também considerar fatores ambientais e sociológicos, dependendo do autor. Persistem, ainda assim, pressuposições questionáveis nessa abordagem que reforçam a concepção essencialista do delinquente e incentivam a aplicação preventiva e socialmente desigual da privação de liberdade que observamos nesse trabalho (ANDRADE, 1996, pp. 24-27; SILVA, 2013, p.67). Primeiramente, há um foco nas características que unem os

criminosos, portanto já se parte da suposição de que há um “perfil criminoso” a ser contrastado com a maioria das pessoas, que não comete crimes. Além disso há o fato de que nem todos que cometem crimes são processados nas mesmas proporções. Como já foi abordado, o sistema aplicador do direito opera de forma que setores sociais desavantajados são muito mais comumente condenados por condutas criminosas. Isso interfere com o resultado de pesquisas que buscam encontrar o referido “perfil criminoso”, fazendo que esse seja equacionado com baixos estratos sociais. É fácil ver como esse fenômeno pode gerar um círculo vicioso, pois, com base nessas pesquisas e na abordagem preventiva que elas incentivam, os aplicadores do direito têm ainda mais pretexto para se focar em setores sociais desavantajados. Conforme escreve Vera Regina Pereira de Andrade:

> Se a conduta criminal é majoritária e ubíqua e a clientela do sistema penal é composta, “regularmente”, em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas, dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos. E não, como pretende o discurso penal oficial, uma incriminação (igualitária) de condutas qualificadas como tais. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime. A conduta criminal não é, por si só, condição suficiente deste processo. Pois os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas (ANDRADE, 1996, pp. 31-32).

As prisões cautelares, ao menos conforme aplicadas no mundo dos fatos, mostram afinidade com a concepção etiológica da criminalidade, pois são aplicadas com base na suposta periculosidade do indivíduo. Elas se baseiam na ideia de que a probabilidade de alguém continuar a delinquir pode ser averiguada com base em características do indivíduo e de sua biografia. Da ideia que se pode prever quem é mais propenso a cometer crimes segue a crença de que a prevenção da criminalidade precisa se basear na contenção de tais pessoas. Não é surpreendente, então, que a aplicação das prisões cautelares venha a se focar em estratos sociais desavantajados, pois, como vimos, a aplicação díspar do direito leva esses grupos a serem super-representados nas estatísticas criminais. Como esse trabalho tem repetidamente reforçado, é necessário adotar modelos teóricos que tomam em consideração a imperfeição e tendenciosidade dos órgãos aplicadores do direito para conceber um sistema que leve à aplicação equânime da lei (ANDRADE, 1996, pp. 25-26; SILVA, 2013, p.67).

A observação das semelhanças entre a concepção etiológica da criminalidade e a abordagem adotada pela aplicação atual das prisões cautelares não é de interesse meramente acadêmico. Fenômenos como a aplicação desproporcional das prisões cautelares a setores sociais desavantajados são frequentemente atribuídos aos preconceitos irracionais dos aplicadores do direito, mas, como vimos, a ideia de que pessoas de certos contextos sociais têm maior tendência a cometer crimes tem origens sistemáticas e pretensamente científicas (ANDRADE, 1996, p. 26). Não se trata, então, de preconceitos individuais e, por isso, impossíveis de serem combatidos pelo setor jurídico, mas sim de uma abordagem teórica problemática sobre a natureza da criminalidade que foi adotada por muitos, mesmo que inconscientemente, e pode ser suplantada por uma teoria melhor.

Uma abordagem que toma em consideração o papel dos órgãos aplicadores do direito na definição da criminalidade é o *labeling approach.* Esse paradigma propõe que a condição de delinquente e mesmo os conceitos de conduta desviada e criminalidade não existem com base apenas na materialidade de certas ações e sua correspondência a um tipo penal, mas são, na verdade, dependentes da reação social que provocam. *Labeling*, que significa rotulamento, se refere ao processo que escolhe que cometedores de crimes serão incorporados na categoria de delinquentes. Trata-se sob essa lente não tanto de criminalidade quanto de criminalização, sendo esta dependente não apenas do cometimento de um crime, mas também de o criminoso preencha uma série de requisitos que permitam a sua relegação ao *status* de delinquente (ANDRADE, 1996, pp. 27-30; SILVA, 2013, pp. 70-73; BARATTA, 2011, pp. 29-32). Conforme define Becker:

> os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui o desvio e aplicar ditas regras a certas pessoas em particular e qualificá-las de marginais (estranhos). Desde este ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, senão uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um "ofensor" (BECKER 1971, p.19, apud ANDRADE, 1996. pp3 28-29).

Não devemos então tratar da criminalidade e das agências e sistemas incumbidos de a controlar como elementos isolados que existem independentemente uns dos outros. A criminalidade como elemento social é definida pela reação social e estatal contra ela, e as ações do Estado, por sua vez são moldadas pela concepção de criminalidade prevalente em seu âmbito. Compreender isso é importante para entender

a forma como as prisões cautelares têm sido aplicadas, visto que elas vêm se tornando uma das principais respostas do Estado brasileiro para a criminalidade.

5.4.3 A mudança de função das prisões cautelares

Compreender como se forma a figura do delinquente é vital pois essa figura é central para compreender a forma como as prisões cautelares são aplicadas e por que sua aplicação não corresponde a como elas são previstas em lei. Como foi apontado ao tratar de outros casos em que a aplicação dessas medidas não corresponde à previsão legal, o crescimento vertiginoso da população presa sem condenação no Brasil não é adequadamente explicado pela mera precariedade do aparato estatal. O que temos aqui é uma visível mudança na forma de se aplicar as prisões cautelares, que efetivamente transformou elas de uma medida excepcional para a salvaguarda do processo para uma ferramenta de controle e punição da criminalidade. Notavelmente trata-se de uma ferramenta apontada para um setor específico da criminalidade, pois, como vimos, é aplicada em grande maioria a acusados de tráfico simples e, em menor medida, roubo. É importante também lembrar que, por sua natureza, as prisões cautelares acontecem antes de que haja um contraditório completo e por isso não são aplicadas a quem de fato cometeu crimes, mas sim a quem é suspeito de crimes e superficialmente considerado perigoso. Toda essa descrição corresponde ao conceito de bandido compilado no capítulo anterior, da associação de um grupo marginalizado inteiro com a criminalidade independentemente de cada individuo ter cometido crimes até a abordagem de administrar a vida desses grupos na forma da contenção de riscos. Acima de tudo, o fato dessa aplicação distorcida das prisões cautelares ocorrer apenas para grupos marginalizados enquanto versões mais moderadas e generosas das mesmas medidas existem paralelamente para outros setores sociais é inteiramente condizente com o que foi apontado no capítulo anterior. Por conta disso é a posição desse trabalho que a degeneração da aplicação das prisões cautelares observada ocorre como reação à figura do bandido no imaginário social brasileiro. Essa aplicação alternativa das prisões cautelares surge como tentativa de dar uma resposta imediata e satisfatória à população aflita com a criminalidade urbana por meio da tirada imediata de circulação indivíduos que fazem parte de um setor social já alienado a ponto de sua privação de liberdade ser naturalizada.

Loïc Wacquant, defende uma interpretação similar da função da prisão moderna. Ele a descreve como antes de mais nada um modo de controle das populações desviantes e dependentes que teria evoluído para atender tanto aos anseios de populações indignadas com a criminalidade quanto para empoderar um sistema capitalista, que se beneficiaria da marginalização de certos grupos. Para ele o produto do encarceramento é uma mão de obra precarizada pelo estigma de ter sido privada de liberdade e tem é então mais necessidade de trabalhar por menores salários e em condições indignas (WACQUANT, 2004, p.62-63). Para Wacquant essas novas funções da prisão, impostas por estruturas de poder exteriores ao direito, substituíram completamente suas funções oficiais de prevenção do crime e reabilitação do preso:

> (…) uma "nova penalogia", cujo objetivo não é mais nem prevenir o crime, nem tratar os delinquentes visando o seu eventual retorno à sociedade uma vez sua pena cumprida, mas isolar grupos considerados perigosos e neutralizar seus membros mais disruptivos mediante uma série padronizada de comportamentos e uma gestão aleatória dos riscos, que se parecem mais com uma investigação operacional ou reciclagem de "detritos sociais" que com trabalho social (WACQUANT. 2004. p.55).

O autor está tratando da prisão definitiva, e não da cautelar, mas a tendência ao desvio da função oficial do encarceramento bate exatamente com o observado nas estatísticas analisadas e na degeneração de princípios das cautelares narrada por Lopes Jr. (LOPES JR., 2016, p. 318-321). Nessa concepção a função oficial dessas formas de prisão seria uma (a reabilitação ou a garantia do processo penal) e a sua função na estrutura social seria outra (a segregação e exercício de controle sobre setores da sociedade).

Em resumo, enquanto a forma como as prisões cautelares têm sido aplicadas não corresponde à sua função oficial, pois não é usada para salvaguardar o processo nem usada de forma excepcional ou por tempo limitado, ela corresponde bastante bem ao que se esperaria de um dispositivo coma função de manejar a existência de setores sociais vistos como essencialmente criminosos. Por conta disso, conclui-se que as mudanças observadas na aplicação das prisões cautelares se deram por conta de sua adaptação para servir uma função diferente em nossa estrutura social, elas passaram a servir como uma forma de contornar o devido processo legal e dar uma resposta mais imediata para um anseio coletivo pela punição de “bandidos”. Mais uma vez se trata de uma mudança que não poderia ocorrer por meio do processo legislativo, pois sua

prescrição seria inconstitucional, mas ainda se torna possível por meio da aplicação distorcida dos dispositivos vagos que preveem as prisões cautelares.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse trabalho foram analisadas as pesquisas quantitativas referentes à forma como são aplicadas as prisões cautelares, a relação entre essa aplicação no mundo dos fatos e a legislação que prevê tais medidas e, por fim, foi compilado um referencial teórico para interpretar essa relação e dar-lhe uma explicação adequada. Partimos agora para as conclusões atingidas pela pesquisa, tanto quanto à existência e demonstrabilidade de disparidades na aplicação das prisões cautelares quanto à razão de ser de tais fenômenos na estrutura social brasileira. As conclusões serão enumeradas a seguir, com seu embasamento brevemente recapitulado. Por fim, serão traçadas algumas observações sobre a utilidade das constatações desse trabalho para que melhor compreendamos as disparidades em questão e, assim, sejamos melhor equipados para combatê-las.

A) Existem disparidades na aplicação das prisões cautelares. Essa conclusão se refere à primeira parte do problema levantado por esse trabalho, que perguntava se é demonstrável que há, como frequentemente se afirma, disparidades na proteção dos direitos constitucionais de diferentes setores sociais no que se refere à aplicação das prisões cautelares. Baseado na análise dos dados estatísticos compilados, chega-se à conclusão de que há, sim, múltiplas instâncias em que diferentes setores sociais têm as prisões cautelares aplicadas de forma distinta a eles. A diferença observada não se resume ao amplamente aceito fato de que pessoas com piores condições de vida e menos opções têm mais probabilidade de vir a cometer crimes, constituindo por isso a maior parcela dos presos de todas as modalidades. Essa dinâmica é real, e bem possivelmente a principal responsável pela da chocante demografia dos presídios brasileiros, habitados em grande maioria por pobres negros sem o ensino fundamental completo, mas é possível se eliminar esse fator e demonstrar que o nosso sistema jurídico tem outros meios de prejudicar determinados grupos. Deve também ficar destacado que, dependendo do fator sendo analisado, o grupo prejudicado não se resume aos mais pobres, mas também pode ser definido por fatores como raça e educação, geralmente mais de um sendo relevante em cada caso. Restou demonstrado que mesmo quando se trata apenas de suspeitos ou indiciados por crimes, ou seja, quando já está contemplada a distorção demográfica causada por determinados grupos de fato cometerem mais crimes, o pertencimento a certos grupos marginalizados ainda

torna mais provável que um indivíduo tenha uma prisão cautelar aplicada e ele e por mais tempo.

B) Há influência da raça do indiciado na decretação de prisão preventiva. Essa disparidade ficou evidente as estatísticas levantadas pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e pelo Instituto de Defesa do Direito à Defesa referentes aos resultados de audiências de custódia. Nesse caso todos os pesquisados já são indiciados por crimes, em maioria furto, tráfico de drogas e roubo, com crimes “do colarinho branco” nem aparecendo nas estatísticas. Por conta disso, o fator da marginalização levar ao maior cometimento de crimes já foi tomado em consideração e quaisquer disparidades que aparecerem além desse ponto devem portanto ter outras causas. Por isso, o fato dessas pesquisas mostrarem que negros recebem decisões significativamente piores que brancos nessas audiências não pode ser atribuído a negros terem uma renda média menor que os leva ao maior cometimento de crimes, resta apenas a conclusão de que o próprio fato de ser negro piora as chances de um indiciado não ser considerado perigoso pelo julgador. Como vimos, negros tinham consideravelmente mais chance de ser submetidos a prisão preventiva e menos chance de receber liberdade provisória nessas audiências. Nesse caso o mecanismo de separação parece ser o fato da decisão de decretação ou não de prisão preventiva ser subjetiva, com base em poucas informações e sem a necessidade de demonstrar fatos. Vimos que essa espécie de decisão, baseada em especulações sobre riscos futuros, permite que os preconceitos de nossa sociedade sejam reproduzidos muito mais do que uma sentença.

C) Há aplicação desproporcional de prisões cautelares a crimes relacionados à marginalidade. Há um favorecimento dos crimes de tráfico simples e roubo, de forma que esses dois tipos compõe a maioria das prisões cautelares. Juntos, esses crimes originam 39% das audiências de custódia e, após essa fase, levam a 55% das prisões cautelares sem uma justificativa plausível para a ideia de que seus suspeitos sejam especialmente capazes de interferir com a produção de provas ou o desenrolar do processo penal. Constatou-se também que o alto índice de decretação de conversão em prisão provisória não parece se dar pela periculosidade inerente a ser suspeito desses crimes. Esse critério ainda não seria propriamente condizente com a função oficial dessas medidas, mas seria certamente mais compreensível e partes dos dados parecem indicar que é ele que define a incidência de prisões provisórias. Por exemplo,

mais indiciados por roubo são presos provisoriamente do que por furto, e o homicídio é o crime que apresenta o maior número de presos provisórios por indiciados, mas há inconsistências que indicam que o real fator principal para a aplicação dessa medida é apenas adjacente à violência ou periculosidade. Uma tal inconsistência é a prevalência do tráfico simples (ou seja, sem qualificantes) e sem cominação com associação criminosa. Esse crime é muito mais favorecido para a aplicação de prisões preventivas do que o roubo, apesar de não envolver qualquer forma de violência, ameaça, emprego de arma de fogo ou intimidação, de forma que os acusados por esse tipo penal não são membros de organizações criminosas que ameaçam a ordem pública nem mostraram ser pessoas perigosas. Ao mesmo tempo essas pesquisas mostram que os acusados de violência doméstica correspondem a 8% das audiências de custódia mas apenas 2% dos presos, apesar de ser um crime frequentemente reiterado contra a mesma vítima, notório pelo potencial de intimidação da vítima pelo agressor para interromper o processo e frequentemente seguido de crimes mais graves como o feminicídio. Nesse caso se esperaria que houvessem mais prisões preventivas, seja o critério a necessidade de garantia do processo ou a violência e periculosidade do acusado. O fato de isso não ocorrer abala seriamente a tese de que esses sejam os critérios, mas se encaixa com a tese de que a prisão cautelar é aplicada para delitos que se encaixam no conceito popular de criminalidade urbana.

D) Há um desrespeito rotineiro à duração razoável da prisão preventiva para certos grupos. Para concluir as disparidades fáticas observadas, temos a análise da duração das prisões cautelares para diferentes grupos. Não há um tempo máximo de duração determinado para as prisões preventivas. Há, portanto, casos em que é considerada cabível a extensão indefinida dessa medida, a questão é quais. Constatou-se que a falta de prazos definidos atualmente leva a aplicações extremamente dispares da prisão preventiva para diferentes grupos. Na ausência da previsão legal de prazos, a doutrina e jurisprudência tiveram que chegar às suas próprias conclusões, mas o que há de mais próximo a um consenso é a aceitação de 90 dias como a duração razoável para essa medida barradas circunstâncias extraordinárias. Apesar disso, as estatísticas do DEPEN e do IDDD demonstraram que a duração dessas medidas por mais de 90 dias é a regra, não a exceção. 60% dos presos sem condenação ficam nessa condição por mais do que esse prazo. Ficou claro também que essa duração longa se manifesta de forma bastante díspar. A proporção de presos cautelares com mais de 90 dias de

privação de liberdade varia entre 6% e 100% dependendo da unidade federativa, e nota-se que as mais economicamente desenvolvidas tendem a ter durações menores de reclusão. Isso indica que essa duração é permitida pela inadequação dos aparatos estatais que deveriam impedir a aplicação abusiva dessas medidas, algo que a próxima estatística corrobora. Vemos pela pesquisa do IPEA que os reclusos cujos advogados reivindicam a liberdade provisória passam em média muito menos tempo em privação de liberdade do que aqueles que se submetem à forma como o Estado aplica essas medidas em geral. Observou-se que, para os tribunais, a duração de 90 dias da prisão provisória tende a ser considerada abusiva, de forma que eles tendem a limitar medidas aquém desse prazo quando elas são trazidas a seu juízo. Dado o fato de que para a maioria dos detentos, que não têm o dinheiro ou o conhecimento necessário para regularmente reivindicar seus direitos, a duração razoável das prisões cautelares se torna efetivamente um privilégio reservado apenas aos detentores de uma certa quantidade de capital financeiro e cultural. Isso é agravado pelo fato da maioria dos presídios brasileiros, especialmente em regiões pobre, não contarem com assistência judicial. A separação resultante dos presos cautelares em dois grupos permite que duas versões dessa medida coexistam, uma detenção imediata e indeterminada a ser aplicada em grande volume a suspeitos marginalizados e uma medida limitada e pontual para os cidadãos inseridos. Trata-se de mais um caso em que a insuficiência do aparato estatal resulta na segmentação da aplicação das prisões cautelares a diferentes estratos sociais e na possibilidade dessas medidas serem usadas em um combate à criminalidade marginal sem restrições.

E) Existem elementos potencialmente segregadores na lei, mas sua relevância é limitada. Passamos agora a tratar das conclusões às quais pode se chegar com base na análise que foi feita da legislação relativa às prisões cautelares, tanto a em vigor quanto suas versões anteriores. Primeiramente, foram apontados critérios questionáveis na previsão das prisões cautelares que poderiam, teoricamente, levar à aplicação mais frequente dessas medidas a grupos marginalizados, trataremos aqui da natureza desses elementos problemáticos na legislação e de se eles têm ou não um papel determinante na aplicação seletiva dessas medidas. A seguir, trataremos da forma restrita como mudanças legislativas são implementadas no mundo dos fatos, especialmente no que se refere às medidas cautelares alternativas à prisão. Por fim, e construindo sobre isso, se tratará de como a prisão especial, mesmo proibindo a

concessão de vantagens a seus sujeitos, é capaz de lhes prover uma série de privilégios.

F) A correção de elementos problemáticos da legislação teve pouco efeito sobre sua aplicação. A análise histórica dos dispositivos legais que previram as prisões cautelares deixou bastante claro que, ao longo de sua existência, esses dispositivos contiveram uma série de elementos textuais e normativos problemáticos que refletiam a ideia dessas medidas serem voltadas a setores marginalizados da sociedade. No entanto, as mudanças que corrigiram vários desses elementos objecionáveis nunca tiveram efeitos visíveis na forma ou medida em que as prisões cautelares eram aplicadas. Um exemplo é o cabimento de prisão provisória para “réu vadio”. O uso desse termo demonstra nitidamente o ímpeto de aplicar essa medida como uma forma de higiene social e a desvaloração dos direitos de pessoas em situações socioeconômicas precárias. Vimos também que outros critérios de aplicação dessas mediadas como a falta de residência fixa facilitam sua aplicação para esses grupos. O fato de ser possível problematizar o texto legal referente às prisões cautelares não prova, no entanto, que esse texto leve à sua aplicação desproporcional a pessoas marginalizadas. Para se comprovar isso teria que se demonstrar que a remoção de elementos problemáticos altera a forma como essas medidas são aplicadas, mas, como vimos, isso não parece acontecer. Mudanças legislativas como a Lei nº 12.403/2011 retiraram termos problemáticos como “vadio” e previram a aplicação das prisões cautelares apenas em última hipótese, mas restou demonstrado que a frequência e alvo da aplicação dessas medidas não foram perceptivelmente alterados por essas mudanças. Isso leva à conclusão que elementos potencialmente segregantes na legislação não são uma causa principal da sua aplicação díspar, mas são mais corretamente descritos como outras manifestações das mesmas tendências que influenciam a aplicação nessa direção. Na linguagem da lógica formal, trata-se apenas de correlação, não causalidade.

G) A aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão foi limitada e não diminuiu a aplicação excessiva e desigual das prisões cautelares. A principal forma de redução da aplicação de prisões sem condenação contida na Lei das Cautelares foi a introdução e, em teoria, priorização das medidas cautelares alternativas à prisão. No entanto, constata-se que essa medida redundou em apenas outro mecanismo de seleção da clientela das prisões cautelares, beneficiando grupos socialmente

privilegiados e utilizando a precariedade do aparelho estatal como justificativa para sua aplicação seletiva. A fiança era apenas uma das nove medidas cautelares alternativas à prisão listadas pela Lei 12.403/11 mas, infelizmente, o que se observa é que a ela corresponde à maioria (69,7%) das concessões de liberdade provisória com medida cautelar. Esse fato significa que a modesta diminuição que houve na aplicação de prisões cautelares ficou restrita apenas àqueles com capacidade financeira de depositar uma quantia determinada.

A justificativa dada para o desuso das demais medidas é a falta de recursos do Estado para aplicá-las. Está fora do âmbito desse trabalho questionar se é de fato mais custoso para o Estado aplicar amplamente o monitoramento eletrônico do que a privação de liberdade, mas é evidente que a única forma de evitar a prisão cautelar a ser efetivamente adotada foi a que é restrita àqueles com mais recursos financeiros. A Lei 12.403/11 previu universalmente a que a prisão cautelar seria usada apenas quando outras medidas fossem inviáveis, mas conclui-se que essa garantia, sob a justificativa da falta de recursos, veio a ser aplicada de forma a só se concretizar para uma parcela privilegiada da sociedade. Isso ecoa o que foi observado a respeito do direito à duração razoável das prisões cautelares, essas garantias são previstas de forma genérica, mas acabam sendo aplicadas de forma limitada. Em ambos os casos a insuficiência estatal é o pretexto para nem todos terem a garantia em questão concretizada e também em ambos os casos grupos bem inseridos da sociedade conseguem ter seus direitos respeitados sem que isso se estenda aos grupos marginalizados que são mais frequentemente os alvos das prisões cautelares.

H) A prisão especial serve como mecanismo de concessão indireta de privilégios. A prisão especial foi criada na década de 1940 para separar os presos cautelares com base em diplomação e ocupação de cargos importantes e apenas no século atual sua previsão legal foi alterada para ela não implicar tratamento privilegiado. A questão então se torna analisar se e como a prisão especial segue sendo uma vantagem apesar dessa mudança. A conclusão à qual se chega é que o seu efeito mais relevante hoje não é os privilégios que ela diretamente fornece, apesar desses existirem, mas sim a separação dos presos em si. Como vimos nos exemplos anteriores, o cumprimento à risca da legislação processual penal brasileira significaria condições dignas de reclusão das quais poucos de fato desfrutam, de forma que não é necessária a previsão de vantagem alguma para que certos grupos tenham tratamento muito melhor que outros.

Separar os presos especiais fisicamente dos demais se mostra suficiente para fazer isso, pois torna muito mais possível para esses presos exigir o respeito a seus direitos. Pequenas quantidades de recursos podem ser exigidas para corrigir as condições de reclusão em uma sala de delegacia, enquanto requerer condições dignas de reclusão dentro do sistema prisional exigiria desprender gastos suficientes para reformar o sistema inteiro, o que seria extremamente custoso e impopular.

I) Os mecanismos de segregação são diversos e emergem em múltiplos níveis do nosso direito. No que se trata dos atributos que levam um grupo a ter melhores ou piores resultados, vemos que são múltiplos, incluindo raça, educação, classe social entre outros fatores adjacentes. Há, naturalmente uma forte interseccionalidade entre esses atributos, de forma que é difícil separá-los claramente, mas isso é em alguns casos possível. Outra coisa a se notar é que são usados critérios mais aceitáveis quando a separação dos presos cautelares é explícita. A prisão especial, o único tal mecanismo de separação completamente explícito, usa os critérios da educação e do desempenho de certos cargos e profissões, esses critérios são questionáveis mas têm uma pretensão de meritocracia que os permite ser reconhecidos oficialmente. No extremo oposto vemos que os sistemas que filtram os potenciais presos provisórios com base em raça ou marginalidade social são indiretos, ou seja, emergem da aplicação das prisões cautelares, mas não são prescritos por lei.

Quanto à forma exata que é efetuada a separação e em que etapa do processo ocorre, a diversidade dos mecanismos observados é digna de destaque. Alguns se operam meramente deixando a decisão exposta aos preconceitos de um julgador sem critérios rígidos, outros desrespeitando direitos como regra e dando apenas a alguns a possibilidade de reivindicá-los e outros se baseiam no texto legal. Não há, portanto, um único setor do sistema jurídico que possa ser responsabilizado pelo surgimento desses mecanismos de separação, eles parecem emergir independentemente um do outro em cada instância na qual as divisões sociais inerentes à sociedade brasileira seriam contrariadas por um sistema jurídico neutro e funcional. Não parecemos, portanto, estar diante de um grande sistema coerente de segregação dos presos cautelares, mas apenas de múltiplas manifestações da aversão de nossa estrutura social a sistemas neutros e igualitários de justiça.

J) Os mecanismos de segregação são aptamente explicados pela bibliografia empregada. A análise dessas obras mostrou que as dinâmicas que elas descrevem

entre o direito e estruturas de poder alheias a ele preveem bastante bem os resultados fáticos observados, certamente muito melhor do que uma visão legalista, ou que estuda o direito como um sistema isolado das outras dinâmicas de poder de nossa sociedade. Cada obra tem suas particularidades, mas elas têm em comum uma análise crítica do papel do direito na sociedade e a consciência de que ele pode servir como ferramenta para manter e reproduzir separações e estruturas de poder injustas. O cinismo desses autores a respeito do propósito oficial das normas prevê a falta de consequências das mudanças legislativas observadas, pois para eles são forças sociais mais profundas que definem a relação do direito penal com membros de diferentes setores da sociedade. Especialmente no que se refere ao direito e o processo penal, obras críticas do papel do direito nas estruturas de poder de uma sociedade constantemente alertam sobre a tendência da reclusão se tornar uma ferramenta de controle e limpeza social, apontada especialmente para grupos marginalizados.

K) Os mecanismos de segregação filtram com base em diferentes tipos de capital. A ideia de que aqueles com mais dinheiro são capazes de obter vantagens em nossa sociedade é razoavelmente aceita, mas se focar apenas nesse elemento levaria o observador a ignorar alguns dos mecanismos de separação observados e ter uma compreensão limitada dos demais. Alguém que vê apenas a obtenção de vantagens por meio de dinheiro como ilegítima considerará razoável que pessoas com mais conhecimento obtenham melhores resultados no meio jurídico. A maioria da população nunca teve chance de possuir o conhecimento de seus direitos e como reivindicá-los nem de saber se conduzir e comunicar no meio jurídico como um sujeito de direito. Essa concepção, e os caminhos que ela abre, tornam a obra de Bourdieu um bom pilar sobre o qual construir um referencial teórico para se analisar a aplicação segmentada das prisões cautelares. Naturalmente foi necessário recorrer a autores nacionais para tratar de como essas dinâmicas se articulam no Brasil, mas os conceitos centrais se mostraram perfeitamente aplicáveis ao objeto da pesquisa. Isso não se resume à existência de diferentes tipos de capital e sua capacidade de influenciar a posição que cada pessoa vem a ocupar na sociedade, mas também se estende às formas como essa seleção com base em capital é legitimada na cultura em questão. Cada decisão que aplica ou não uma prisão cautelar, que restringe ou não sua duração, etc. é justificada com base nas particularidades do caso em questão, mas estatisticamente observamos que a relevância do capital é enorme.

L) A estrutura social brasileira conduz à aplicação estratificada do direito. No que se refere ao fenômeno frequentemente observado de normas universais serem aplicadas apenas a certos grupos há obras teóricas que descrevem exatamente o que esse trabalho observou no mundo dos fatos. Destaca-se o conceito de sociedade em "modelo pirâmide" de Kant de Lima e a descrição de aplicação seletiva de Carvalho. O autor descreve a capacidade da classe possuidora de mais capital financeiro e cultural de selecionar que aspectos da lei serão aplicados a eles enquanto os com menos têm a lei penal aplicada a eles de forma frequentemente irregular sem ter capacidade de remediar essa situação. Observamos nesse trabalho a concretização desses fenômenos na forma da duração excessiva das prisões cautelares para os presos sem representação particular, do tratamento superior dos presos especiais e da aplicação desproporcional dessas medidas a crimes relacionados à marginalidade. Esse modelo explica mais precisamente a realidade das prisões cautelares no Brasil do que a narrativa de que direitos deixam de ser garantidos apenas por conta da precariedade do Estado e que é inevitável que pessoas com mais recursos financeiros para suprir essa deficiência têm o direito mais fielmente aplicado a eles, por que, como foi apontado, o direito não é aplicado integralmente a nenhum dos grupos.

M) As Prisões Cautelares Assumiram uma Função de Administração da Marginalidade no Brasil. Não podemos analisar a aplicação das prisões cautelares no Brasil sem abordar o dramático crescimento do uso dessas medidas que ocorre desde a virada do século. Também não se pode ignorar que com esse crescimento drástico se observa uma aplicação dessas medidas focada em grande maioria nos tipos penais de tráfico simples e, em menor medida, roubo. Isso seria inexplicável se analisado sob o referencial teórico dominante que se foca no texto legal e vê o direito como um sistema insular, mas é perfeitamente previsível quando se toma em consideração o uso do direito como ferramenta para manter e estabilizar nossa ordem social hierarquizada. Como observamos no capítulo dedicado aos princípios das prisões cautelares, nenhum deles é regularmente respeitado pelo nosso sistema jurídico e todos são flexibilizados ou desconsiderados de formas que possibilitam que essas medidas sejam usadas de forma ilimitada para atacar um determinado tipo de criminalidade. As prisões cautelares assumem uma função de administração da criminalidade urbana através da aplicação seletiva das normas que as regem. A prisão imediata desse tipo de criminoso dá ao restante da população uma sensação de justiça imediata e segurança que legitima o

Estado em seus olhos e permite a ele retirar indesejáveis de circulação imediatamente. A aplicação imediata e sem a possibilidade prática de recurso das prisões cautelares a pessoas marginalizadas leva à aplicação frequentemente indevida dessas medidas, nos termos em que elas são previstas em lei, mas, como vimos, a concepção de criminalidade na qual se baseiam tais sistemas não é derivada exclusivamente da lei. Como articulam os proponentes do *labeling approach*, o cometimento de um crime por si só não confere a alguém o rótulo de criminosos ou delinquente, pois diversas condutas delituosas ocorrem em todos os setores da sociedade, mas apenas certos delitos cometidos por certos grupos são estigmatizados e se tornam o alvo principal do aparato penal.

N) Consciência da existência dos mecanismos de separação estudados e de seu funcionamento são necessários para que haja progresso na eliminação de desigualdades na aplicação de prisões cautelares. Uma lição central que se pode extrair dessa pesquisa é que é necessário adotar um viés teórico que abarca o efeito de estruturas sociais de poder sobre a aplicação do direito, pois ignorar esses elementos e se focar apenas no que a lei prevê já se mostrou ineficaz e sempre o será, visto que resta demonstrado que não é essa a origem do problema. É necessário que normas e políticas públicas sejam traçadas tendo em mente o potencial do direito de internalizar e reproduzir divisões sociais, com a criação de impedimentos para as formas como uma norma possa ser abusada ou desvirtuada. O referencial teórico trazido demonstra uma grande capacidade de prever e compreender as disparidades observadas e se mostra portanto útil para combatê-las com sucesso. Quaisquer tentativas legislativas de tornar as prisões cautelares mais equânimes também teriam que ser concebidas tendo em mente a capacidade limitada de uma prescrição legal se impor sobre a estrutura social para que elas não se limitem a esforços inúteis como os que foram estudados nesse trabalho. Por exemplo, baseado no que se observou é recomendável que garantias sejam autoaplicáveis e contenham critérios objetivos de incidência, pois vimos que qualquer subjetividade ou espaço para inercia estatal tenderá a ser explorado para impedir sua concretização uniforme. É claro que ter uma melhor compreensão de como instituições jurídicas tendem a ter sua aplicação pervertida pelas desigualdades de uma sociedade, enquanto útil para combater os efeitos dessas tendências, não basta para eliminá-las. O caminho para um direito realmente neutro, justo e universal é longo e requer grandes mudanças na cultura e estrutura social de nosso país. Esforços

legislativos para a mitigação das disparidades observadas por esse trabalho são importantes e podem ter sucesso, se partirem de uma concepção bem informada de como elas se operam, mas ainda estariam tratando dos sintomas e não da causa. Ficou claro que os mecanismos que separam a população em grupos que têm seus direitos mais ou menos protegidos são produto de forças mais aprofundadas que a legislação ou mesmo os sistemas de aplicação do direito, pois exceções são criadas nos dois para efetuar essa separação. Isso quer dizer que a verdadeira eliminação desse tipo de disparidade requer mudanças além do que é tradicionalmente considerado o âmbito do direito, o que apresenta nosso ramo do conhecimento com duas opções: Abdicar responsabilidade pelas transformações de larga escala necessárias para que nosso sistema jurídico atinja no mundo dos fatos os ideais de igualdade que lhe são centrais ou ampliar seu âmbito de responsabilidade e trabalhar para transformar o direito para que deixe de internalizar e reproduzir disparidades sociais e se torne um contrapeso para elas.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – o poder soberano e a vida nua.** 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. 197 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Revista Brasileira de Ciências Criminais – Revista dos Tribunais *On Line*. 1996

ARENDT Hannah. **A Condição Humana.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. 352 p.

ARENDT Hannah. **Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999 ou 2013. 344 p.

BARATTA, **Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6 ed. Rio de. Janeiro: Revan, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 319 p.

BOURDIEU, Pierre**. Distinction: A Social Critique of the Judgement of Taste** . 1. ed. Massachusetts, EUA: Harvard University Press, 1984.

BOURDIEU, Pierre**. O Poder Simbólico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil , 1989.

BOURDIEU, Pierre**. A Escola Concervadora: As desigualdades frente a escola e à cultura.** In Escritos de Educação, Petrópolis: Vozes, 2003, pp. 41-64

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 334/DF**. Brasília, DF, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro De 1941**. Rio de Janeiro, RJ, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 mar 2018.

BRASIL. **Decreto Nº 38.016, de 5 de Outubro de 1955**. Rio de Janeiro, RJ, 1955. Disponível em: <hhttp://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-38016-5-outubro-1955-335386-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 mar 2018.

BRASIL. **LEI Nº 7.960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989**. Brasília, DF, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L7960.htm>. Acesso em: 20 mar 2018.

BRASIL. **LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 20 mar 2018.

BRASIL. **LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011**. Brasília, DF, **2011a**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 20 mar 2018.

BRASIL. **PROJETO DE LEI Nº 4.208, DE 2001**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/676860.pdf>. Acesso em: 20 mar 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Habeas corpus nº 92.751.** do Superior Tribunal de Justiça. Pactuantes: Agostinho Maria dos Santos Nogueira; Agnaldo Silva Libório; Osmar Donizete Rodrigues; José Zorzeto Tortoza. Impetrante: Antonio Ruiz Filho e outro (A/S). Relator: Min. Celso De Mello . 09 de agosto de 2011. **2011b** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2991420>. Acesso em: 20 mar 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 717**. Relator Ministro Celso de Mello. DJ de 13.10.2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637>. Acesso em: 20 mar 2018.

CARVALHO, Jose Murilo. **Cidadania no Brasil**: O Longo Caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. 254 p.

CNJ. **Menos de 1% dos presídios é excelente, aponta pesquisa**. In: **Conselho Nacional de Justiça**, 2017a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84896-juizes-dizem-que-menos-de-1-dos-presidios-e-excelente-2> Acesso em: 20 mar 2018.

CNJ. **Reunião especial de jurisdição**. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017b. 64 p.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Foucault**. 1.ed. Belo Horizonte, 2017

DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2014**. 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 20 mar 2018.

DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2016**. 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 20 mar 2018.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal anotado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001. 836 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon: Teoria del Garantismo Penal**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta S.A, 1995

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Audiências e Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra**. Brasília, DF. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/4269e81937d899aa6133ff6bb524b237.pdf>. Acesso em: 20 mar 2018.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder.** 24.ed. São Paulo: Edições Graal, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Ditos & Escritos**: VIII Segurança, Penalidade e Prisão. Org. Manoel Barros da Motta. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica.** São Paulo: Martins Fontes, 2008. 474 p.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas.** 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. 160 p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. Petrópolis: Editora Vozes, 1987. 288 p.

FONSECA, Marcio Alves da. **Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa.** 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. 200 p.

HOVAT, Erin Mcnamara e ANTONIO, Anthony Lising. 1999. **"Hey, Those Shoes Are Out of Uniform": African American Girls in an Elite High School and the Importance of Habitus**. In: Anthropology and Education Quarterly pp. 317-42.

IDDD. **Liberdade em Foco: Redução do uso abusivo da prisão provisória na cidade de São Paulo**. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/b2804d08fdd64208f0a9e0b9de676f5f.pdf> Acesso em: 20 mar 2018.

IDDD. Audiências de Custódia**: Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito à Defesa**. 2018. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/audiencias-de-custodia_panorama-nacional_relatorio.pdf> Acesso em: 20 mar 2018.

INFOPEN, Levantamento nacional de informações penitenciárias – Dezembro 2014. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça 2014. 80 p.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Um em Cada Cinco: A Crise nas Prisões e no Sistema de Justiça Criminal Brasileiro.** 2010. Disponível em: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=8c4c7d89-06c5-4caa-939e-332b20927f75> Acesso em: 20 mar 2018.

INSTITUTO SOU PELA PAZ. **Monitorando a Aplicação das Leis Cautelares e o Uso da Prisão Provisória no Rio de Janeiro e São Paulo**. São Paulo, 2015.

INSTITUTO SOU PELA PAZ. **O Impacto da Lei das Cautelares nas Prisões em Flagrante na Cidade de São Paulo**. São Paulo, 2014.

IPEA, **Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico** (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012). 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça 2015. 122 p.

KATZ, Deanne. **How Long Can You Be Held Without Charges?** In: **Findlaw Blotter.** 2012. Disponível em: <https://blogs.findlaw.com/blotter/2012/07/how-long-can-you-be-held-without-charges.html> Acesso em: 10 dez 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LIMA, Roberto Kant de. Direitos Civis, Estado de Direito e “Cultura Policial”: a formação policial em questão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.11, n.41, p.241-256, 2003.

LIMA, Roberto Kant de. Espaço Público, Sistemas de Controle Social e Praticas Policiais. In: NOVAES, Regina. (Org.). **Direitos Humanos:** Temas e Perspectivas. Rio de Janeiro: Mauad Editora Ltda, 2001. 176 p.

LIMA, Roberto Kant de. Os Cruéis Modelos Jurídicos de Controle Social. **Insight Inteligência**, Rio de Janeiro, v.6, p.131-147, 2004.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MENDES, José Manuel e SEIXAS, Ana Maria. **Escola, Desigualdades Sociais e Democracia: As Classes Sociais e a questão Educativa em Bourdieu** em Revista ESC - Educação Sociedade e Culturas nº19. 2003.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **IV Diagnostico da Defensoria Publica no Brasil**, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>. Acesso em: 20 mar 2018.

NETO, Renato Meirelles Guerra; PINTO, Lucas Baffi Ferreira; PINTO, Valter da Silva; SANTOS, Fernando Rangel Alvarez dos. Fim da Prisão Especial para Portadores de

Diploma de Curso Superior, uma Medida Salutar no Fortalecimento do Sistema Penal Brasileiro. In: CONGRESSO DE DIREITO DA UBM, 5., 2017, Rio de Janeiro. **Anais eletrônicos.** Rio de Janeiro: UBM, 2017. Disponível em: <http://intranet.ubm.br/conidir/anais/2017/ANAIS/23-Fim-da-prisao-especial.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Codigo Penal Comentado.** 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal.** 17.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda., 1979.

SILVA, Marco Aurelho de Souza da. **O controle social punitivo antidrogas sob a perspectiva da Criminologia crítica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Brown v. Board of Education.** Relator: Earl Warren. DJ: 17/05/1954

SOUZA, Jessé de. **A Ralé Brasileira: Quem É e Como Vive**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 11. ed. Salvador: Editora Podivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Consulta a Jurisprudência.** Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/pesquisa_jurisprudencia/> Acesso em: 15 Set 2018.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001

WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007

WORLD PRISION BREIF. **World Prison Brief data.** Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data> Acesso em: 15 Set 2018.