

OS USOS E ABUSOS DA PRISÃO PROVISÓRIA: CUSTÓDIA CAUTELAR OU ANTECIPAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE?

Cláudio Alberto Gabriel Guimarãesⁱ
Cristian de Oliveira Gambaⁱⁱ

RESUMO

O presente trabalho congrega os resultados obtidos através da realização de um estudo de caso acerca da atuação da Central de Inquéritos de São Luís - MA. Trata-se de uma pesquisa quali-quantitativa, do tipo avaliativa, pautada na utilização do método indutivo. Para isto foram utilizados como procedimentos de pesquisa a análise de 109 decisões judiciais exaradas pelo órgão entre junho e julho de 2019, bem como a compilação e organização de dados oficiais acerca do encarceramento provisório em nível municipal e estadual. Seu objetivo principal consiste em rediscutir os fundamentos jurídicos oficiais que tangenciam a aplicação da prisão provisória em âmbito local. Para o cumprimento desta diretriz a análise focou-se em desvelar os argumentos utilizados pelos julgadores para justificar a decretação da privação provisória de liberdade. Concluiu-se que, diferentemente daquilo que é perpassado através do discurso jurídico-penal oficial, as prisões provisórias, em grande parte das situações verificadas, não são utilizadas como medida cautelar, mas sim como verdadeira antecipação da pena privativa de liberdade.

PALAVRAS-CHAVE: prisão provisória; sistema penal; política criminal; criminologia crítica.

ⁱ Universidade Federal do Maranhão (UFMA), São Luiz, MA, Brasil, [ORCID](#); ⁱⁱ Universidade Federal do Maranhão (UFMA), São Luiz, MA, Brasil, [ORCID](#).

THE USES AND MISUSES OF PROVISIONAL ARREST: CAUTIONARY CUSTODY OR ANTICIPATION OF THE RESTRICTIVE FREEDOM PENALTY?

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães
Cristian de Oliveira Gamba

ABSTRACT

The present work gathers the results obtained through a case study about the performance of the Central de Inquiridos de São Luís - MA. It is a qualitative-quantitative research, of an evaluative type, based on the use of the inductive method. For this purpose, the analysis procedures of 109 judicial decisions issued by the agency between June and July 2019 were used as research procedures, as well as the compilation and organization of official data on provisional incarceration at the municipal and state level. Its main objective is to re-discuss the official legal foundations that affect the application of provisional detention at the local level. To comply with this directive, the analysis focused on unveiling the arguments used by the judges to justify the decree of provisional deprivation of liberty. It was concluded that, differently from what is passed through the official legal-criminal discourse, provisional arrests, in most of the situations verified, are not used as a precautionary measure, but as a true anticipation of the deprivation of liberty.

KEYWORDS: provisional arrest; penal system; criminal policy; critical criminology.

1. INTRODUÇÃO

O encarceramento provisório constitui, atualmente, um dos pontos nodais referentes à problemática prisional brasileira. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2020), o Brasil possui uma população carcerária de 702.069 detentos, sendo que destes 209.257 (aproximadamente 29,8%) são presos provisórios. Essa massiva presença de presos sem condenação, engrossando o já superlotado sistema carcerário é questão que deve ser investigada e problematizada em âmbito acadêmico para que assim se possa contribuir na rediscussão do atual modelo de política criminal adotado pelo Estado brasileiro.

Neste cenário, o presente trabalho objetiva avaliar o atual modo de aplicação das prisões provisórias por parte das instituições do sistema de justiça. Neste caso, com enfoque especial para atuação do Poder Judiciário. Para o cumprimento do citado objetivo definiu-se como estratégia de pesquisa a realização de um estudo de caso sobre a Central de Inquéritos de São Luís do Maranhão, órgão responsável pela realização da maioria¹ das audiências de custódia nesse município. Trata-se de uma pesquisa quali-quantitativa, do tipo avaliativa, pautada na utilização do método indutivo².

A partir da análise dos dados coletados, pretende-se identificar quais os principais fundamentos fáticos e jurídicos utilizados pelos julgadores para a justificação do decreto privativo de liberdade. Em posse desses dados e amparado no referencial teórico constituído pela criminologia crítica, almeja-se realizar uma rediscussão sobre os fundamentos que legitimam o encarceramento provisório, confrontando o discurso penal oficial – perpassado através da parcela dominante da doutrina e da jurisprudência nacionais – à realidade dos fatos obtidos através da imersão no campo onde se manifesta o objeto de estudo.

¹ Em inserção preliminar ao campo de pesquisa houve a informação de que algumas audiências de custódia são realizadas pelas próprias varas criminais, principalmente as especializadas, que tratam sobre determinada ordem de delitos. Contudo, a ampla maioria dos procedimentos realizados em São Luís são de competência da Central de Inquéritos.

² Para maior aprofundamento nos fundamentos metodológicos utilizados na presente pesquisa, cfr., Fonseca (2009), Marques Neto (2011), Gustin e Dias (2015), Marconi e Lakatos (2019).

Para o cumprimento de tais diretrizes, o presente artigo foi estruturado em três tópicos centrais: o primeiro deles, destina-se a destacar o marco teórico desenvolvido pela criminologia crítica, escolhido como base para abordar os problemas centrais desta investigação. Para isto, busca-se situar qual o local ocupado por esta abordagem dentro da multiplicidade de Escolas Criminológicas surgidas ao longo dos tempos e qual seu impacto no redirecionamento dos estudos atinentes à criminalidade, contribuindo para o desvelamento de questões anteriormente invisibilizadas. Já o segundo tópico apresenta um breve panorama sobre a situação do encarceramento provisório no Brasil e também no Estado do Maranhão, com enfoque especial para a capital São Luís. No terceiro tópico, ponto central da pesquisa, congrega-se os resultados e discussões obtidos através da análise de decisões judiciais de decretação de prisão provisória exaradas em audiência de custódia pela Central de Inquéritos de São Luís - MA.

2. METODOLOGIA

Gustin e Dias (2002, p. 103) tratam o estudo de caso como técnica adequada para descrição detalhada de grupos, instituições ou programas sociais, empregando a utilização de dados quantitativos e qualitativos. O caso é uma unidade específica, bem delimitada, cujo estudo se justifica por sua singularidade, podendo sua análise possibilitar a compreensão de questões mais amplas.

Acredita-se que a técnica do estudo de caso seja apta para consecução dos objetivos ora propostos, uma vez que a avaliação da atuação da Central de Inquéritos proporcionará um panorama completo sobre o uso das prisões provisórias na seara municipal.

A consecução do estudo de caso foi efetivada através da análise documental, sendo que a pesquisa centrou-se em duas frentes: em um primeiro momento, foram organizados e compilados dados oriundos de relatórios oficiais acerca da situação do encarceramento provisório na seara estadual e municipal, bem como aqueles atinentes à atuação da Central de Inquéritos de São Luís – MA. Em um

segundo momento, foram analisadas decisões judiciais exaradas pela Central de Inquéritos em audiências de custódia.

Quanto à análise de decisões judiciais proferidas pela Central de Inquéritos em audiências de custódia, foi definido que o universo da pesquisa englobaria as decisões judiciais tomadas em audiências de custódia entre os meses de junho e julho de 2019. É válido ressaltar que a pesquisa centrou-se, exclusivamente, na decisão judicial proferida em audiência de custódia, não tendo sido possível a análise também dos inquéritos policiais, uma vez que as audiências de custódia eram realizadas, via de regra, até 48 horas após a ocorrência do suposto fato delitivo, momento em que ainda não havia a constituição definitiva deste documento.

A reunião do material empírico para análise foi uma tarefa árdua. Em primeiro lugar, foram realizados contatos com a secretaria da Central de Inquéritos pleiteando o fornecimento das atas de audiência de custódia do citado período. Contudo, o material fornecido estava incompleto, sendo que havia uma nítida defasagem entre o número total de audiências realizadas no período e o quantitativo de decisões fornecidas³.

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

Ao fim, foram reunidas 109 decisões judiciais de audiências de custódia exaradas pela Central de Inquéritos. Impende ressaltar que, segundo os relatórios fornecidos pela Unidade de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário

³ A Central de Inquéritos não possuía, ao tempo da pesquisa, juízes titulares em sua estrutura, sendo que sua composição era rotativa, marcada pela diversificação das figuras decisórias. Além disso, muitas decisões são tomadas nos plantões judiciários, por magistrados não vinculados ao órgão. Todos estes fatores dificultam a organização e catalogação das decisões judiciais.

Maranhense (UMF, 2019), foram realizadas, entre junho e julho de 2019, 253 audiências de custódia pela Central de Inquéritos. Sendo assim, a presente pesquisa analisou aproximadamente 43% das decisões proferidas no citado lapso temporal.

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

3. A VIRADA PARADIGMÁTICA ESTABELECIDADA PELA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Embora a criminologia seja tradicionalmente referida como uma ciência única e constituída, através da intersecção dos conhecimentos advindos de diversos ramos da ciência social – sociologia, antropologia, psicologia e direito –, o que se percebe, historicamente, é que não existiu uma única criminologia, mas sim várias criminologias, cada qual buscando analisar o fenômeno da criminalidade sob enfoques ou perspectivas distintas⁴.

Para a presente pesquisa adota-se a perspectiva de que a proliferação de diversas escolas criminológicas surgidas ao longo dos tempos constitui uma clara representação de que a análise dos comportamentos delitivos comporta uma multiplicidade de abordagens. Cada qual elegeu como seu objeto de estudo um aspecto distinto relacionado à criminalidade, enquanto algumas focaram na figura do criminoso outras voltaram sua atenção para a análise das instituições encarregadas da realização do controle social formal.

⁴ Para melhor compreensão da diversidade de escolas criminológicas consultar Baratta (2011) e Garcia – Pablos de Molina (1999).

Tradicionalmente, algumas destas vertentes criminológicas exerceram maior influência na formação do discurso penal oficial e na definição da política criminal adotada pelos países. Neste contexto, situam-se as escolas partidárias da Ideologia da Defesa Social que, segundo Guimarães (2007, p. 43), preocupam-se em legitimar a aplicação do direito através da justificativa de defesa da sociedade. Sendo assim, seu enfoque principal seria garantir que o direito penal fosse utilizado como um instrumento de resguardo dos interesses coletivos, ainda que este processo, por vezes, levasse à afetação direta de direitos individuais.

Estas correntes focalizam seus estudos criminológicos sobre a figura do criminoso, elegendo-o como seu objeto central de análise. A Escola Positivista é uma ilustre representante desta linha, pois voltou-se para as causas etiológicas da criminalidade, focalizando o aspecto biopsicológico em sua abordagem.

Também a Escola Clássica – ainda que rejeitando o paradigma biopsicológico da Escola Positivista –, ao propor que o crime é resultado da expressão do livre-arbítrio humano, buscou explicar o fenômeno criminal a partir de uma perspectiva essencialmente individualista. Conforme aduz Guimarães (2013), a punição seria aplicável ao homem em virtude de ostentar a qualidade de ser racional, sendo amplamente livre em suas escolhas, devendo, por isso, pautar suas ações em conformidade com a lei⁵.

Baratta (2011, p. 26) pontua que estas escolas privilegiam uma análise microsociológica do fenômeno delitivo, uma vez que os aspectos sociais tangentes à criminalidade são ignorados ou então relegados à segundo plano em prol da efetivação de um verdadeiro direito penal do autor, que coloca o criminoso como objeto de estudo central destas abordagens.

Em relação às correntes teóricas que se formaram a partir da ideologia da defesa social, Baratta (2011, p. 148) e Guimarães (2007, p. 66) destacam que a criminologia exercia uma função meramente instrumental em relação à dogmática penal, haja vista que todo conhecimento produzido se destinava a construção conceitual e a sistematização do direito penal oficial. Em suma, a

⁵ Sobre as Escolas Penais no âmbito da Criminologia, por todos, Aragão (1977).

criminologia exercia um papel auxiliar, fundamentando empiricamente a aplicação do direito repressivo.

Com o objetivo de confrontar o discurso oficial estabelecido pela ideologia da defesa social, começaram a surgir vertentes da criminologia preocupadas em discutir o fenômeno delitivo a partir de enfoques diferenciados. O objetivo principal destas novas correntes, denominadas Teorias Críticas, seria deslocar o objeto de estudo da criminologia da figura do criminoso (perspectiva microsociológica) para os processos de criminalização (perspectiva macrosociológica).

Dentro desta nova perspectiva entende-se que é inviável compreender a criminalidade de forma dissociada do modo de ação das instâncias oficiais responsáveis pela gestão do sistema penal. Deste modo, verifica-se como as instituições encarregadas da realização do controle social formal (Polícia, Ministério Público, Judiciário, Legislativo, Sistema Penitenciário) reagem à criminalidade, focalizando em questões como “quais são as condutas definidas como criminosas?”, “quem são os indivíduos que sofrem de forma mais dura a repressão do sistema penal?” e “quais são os indivíduos etiquetados como delinquentes?”⁶.

Segundo Guimarães (2007, p. 57), as teorias críticas foram responsáveis por uma verdadeira virada paradigmática no âmbito da criminologia, uma vez que não mais importa quem pratica o comportamento desviante, mas sim quem tem o poder de definir quais são os comportamentos delitivos e quais as reais funções do sistema penal na manutenção de uma determinada forma de organização social.

Como forma de realizar um contraponto às correntes ligadas à defesa social, Baratta (2011) congrega as teorias críticas sob a denominação de Ideologia da

⁶ Baratta (2011, p. 153) estatui que, ao promover um redimensionamento das questões afetas à criminologia, as teorias críticas lançam luz sobre novos fenômenos relacionados à aplicação do direito penal que, apesar de anteriormente existentes, eram ignorados pelas escolas progressistas. Sendo assim, questões como a seletividade do sistema penal e também a existência da chamada cifra oculta da criminalidade passam a ser enfocadas, tudo isto sob a perspectiva de que o sistema penal age de forma mais ou menos rígida a depender de quem é o criminoso e de qual o crime está sendo analisado. Neste diapasão, postula que delitos funcionais ao sistema capitalista - como os crimes de colarinho branco, crimes ambientais, dentre outros - são menos notificados e punidos do que os crimes considerados disfuncionais - delitos patrimoniais e tráfico ilícito de drogas.

Reação Social, uma vez que, como dito, enfocam seus estudos sobre o modo como as instâncias oficiais agem na repressão ao crime.

Uma das correntes críticas⁷, que atuou de forma densa na produção de um novo saber criminológico, foi a teoria do *Labeling approach*, que, a partir da influência do interacionismo simbólico, desenvolvido por George H. Mead, bem como dos estudos da etnometodologia, buscou desconstruir paradigmas clássicos da Escola Positivista como a criminalidade ontológica e as noções de anormalidade ou periculosidade.

A principal inovação da citada teoria, consiste em considerar que a qualidade criminal de um comportamento não se constitui como uma realidade objetiva, mas sim como fruto de um complexo processo de construção social. Os crimes não são fatos que possuam existência independente, eles são produtos de um processo de interação social contínuo e complexo.

Contudo, embora tenha focalizado no aspecto sociológico do delito, a teoria do *Labeling Approach* não buscou situar o papel do direito penal dentro de uma sociedade profundamente excludente, marcada pelo predomínio do sistema de produção capitalista, que busca a maximização dos lucros a partir da acentuação das desigualdades sociais⁸.

Justamente com este objetivo que surge a criminologia crítica, desenvolvida com base no materialismo histórico-dialético de Karl Marx, que busca compreender o crime a partir das condições reais de existência presentes em determinada sociedade, partindo do pressuposto de que a forma como se desenvolvem as relações econômicas é fator primordial para que sejam compreendidos os processos de criminalização existentes em cada realidade⁹.

⁷ É importante ressaltar que o Labelling approach não foi a primeira corrente a contrapor-se aos postulados da Ideologia da Defesa Social, uma vez que o processo de desconstrução da ontologia criminal não é linear e nem tampouco se fez de uma só vez, sendo uma tarefa que permanece em vigor até os dias atuais. Contudo, a citação específica a esta corrente se faz necessária pelas aproximações que possui com a criminologia crítica, preparando o terreno para seu posterior desenvolvimento e disseminação.

⁸ Especificamente sobre as funções que o sistema de controle social formal exerce no sistema de produção capitalista, cfr. Guimarães (2007).

⁹ Uma abordagem sobre a evolução cronológica de tais Escolas Criminológicas pode ser encontrada em Andrade (1996).

A análise do delito através de sua alocação em uma rede integrada de relações econômicas possibilitou o surgimento de questões até então ignoradas no âmbito da criminologia. Exemplo marcante deste movimento residiu na possibilidade de diferenciação entre a violência estrutural e a violência criminal, sendo a primeira considerada a causa da segunda. Por violência estrutural, entende-se aquela presente no bojo das sociedades marcadas pela desigualdade econômica, em que grandes contingentes populacionais são excluídos do mercado de trabalho e precisam empreender uma verdadeira luta pela própria subsistência. Em uma sociedade marcada pela exclusão e pela saturação do mercado de trabalho, esta realidade acaba por impulsionar estes grupos à criminalidade, contribuindo significativamente para a ampliação do número de ilícitos cometidos¹⁰.

A criminologia crítica trabalha com duas etapas principais no estudo de seus objetos. A primeira, consiste no deslocamento do estudo do autor para as condições objetivas e estruturais que estão na origem dos desvios. A segunda, o deslocamento do estudo das causas do comportamento criminoso para os processos de criminalização. Baratta (2011, p. 160) aduz que ao enfoque biopsicológico contrapõe-se o macrossociológico, historicizando a análise do desvio e relacionando-o com as estruturas sociais, relações de produção e distribuição de riquezas.

Deste modo, a criminologia crítica exerce um papel eminentemente questionador do discurso penal oficial, descortinando seu viés ideológico. A partir disso, demonstra que o direito penal oficial é aplicado de forma instrumental, com

¹⁰ Ao lançar luz sobre a questão da violência estrutural as Teorias Críticas contribuem para demonstrar que a redução dos índices de criminalidade não pode ser tarefa atribuída exclusivamente ao direito penal, haja vista que esta não é sua função precípua. É necessário que exista investimento em políticas públicas inclusivas que reduzam as desigualdades sociais para que, com isso, se reduza a violência estrutural, criando-se condições menos favoráveis para proliferação de delitos. O enfrentamento da criminalidade perpassa o justo equilíbrio entre repressão e prevenção. Sobre o assunto, em profundidade, Guimarães (2019).

o objetivo de escamotear e perpetuar as relações de desigualdade existentes no bojo de uma sociedade capitalista¹¹.

Ao pontuar isso estabelece que o direito repressivo, bem como sua expressão mais evidente – no caso, a pena privativa de liberdade –, é marcado pela presença de funções explícitas, mas também de funções ocultas. As primeiras seriam aquelas propaladas através dos discursos oficiais – função retributiva, preventiva geral ou especial –, e não são, na verdade, as finalidades últimas do direito penal, sendo sua principal atribuição a de conferir legitimidade ao uso do aparato repressivo. Já as funções não declaradas seriam, na verdade, as primordialmente buscadas pelo sistema penal, pois denotam o comprometimento com a manutenção e reprodução de um cenário de ampla desigualdade social produzido pelo capitalismo desenfreado¹².

Como se percebe, aqui a criminologia não é mais utilizada como um instrumento à serviço da dogmática penal, mas sim como um conhecimento produzido que visa questionar o discurso declarado e legitimante, contribuindo para uma rediscussão do próprio exercício do poder repressivo. Destaca-se que a criminologia crítica não se posiciona de forma contrária à existência do sistema penal como mecanismo de controle social formal, mas sim busca seu aperfeiçoamento, visando minimizar sua aplicação seletiva e estigmatizante¹³.

4. BREVE PANORAMA SOBRE AS PRISÕES PROVISÓRIAS NO BRASIL E NO MARANHÃO

¹¹ Guimarães (2007) traz aprofundado estudo sobre as funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista. Durante a obra o autor apresenta as funções explícitas, bem como as funções ocultas, da pena privativa de liberdade em cada momento histórico e demonstra a importância vital do direito penal na consolidação e perpetuação do sistema capitalista.

¹² Andrade (1997, p. 254) sustenta que a análise do êxito ou do fracasso do atual modelo prisional depende do ângulo sobre o qual a questão é enfocada. Caso analisada sob o enfoque das funções declaradas da pena privativa de liberdade se chegará a conclusão que trata-se um retumbante fracasso – exemplificativamente, se visualiza a função ressocializadora, nunca cumprida a contento –. Todavia, casos se visualize o fenômeno sob o prisma de suas funções ocultas se chegará a conclusão de que a pena privativa de liberdade cumpriu totalmente suas diretrizes, uma vez que exerceu papel vital na reprodução de um modelo socialmente desigual ao longo dos tempos.

¹³ Sobre a importância da Criminologia para desenvolvimento da racionalidade no Direito Penal, cfr. Palma (2006).

Este tópico se centrará na apresentação e discussão dos dados levantados e coletados através do trabalho de campo realizado. Contudo, como pretende-se discutir a temática das prisões provisórias é essencial que antes se realize uma breve definição sobre o seu significado, suas espécies e hipóteses de aplicação no âmbito do direito brasileiro. Tal momento é essencial para que se possa, posteriormente, criticar e desconstruir o discurso oficial que legitima a ampla aplicação da prisão sem condenação em território nacional.

Inicialmente, é importante pontuar que o termo prisão provisória refere-se à possibilidade de restrição de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo gênero que, no direito nacional, comporta três espécies: a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva.

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

Já a prisão temporária encontra guarida na Lei 7.960 de 1989 e sua aplicação é restrita a algumas espécies de delitos, apenas quando a manutenção em liberdade do acusado possa inviabilizar o desdobramento da investigação policial ou então em razão de óbices na identificação civil do investigado. Além disto, possui prazo determinado – máximo de 5 dias, renovável por igual período¹⁴.

¹⁴ A presente pesquisa analisou 109 decisões judiciais de decretação de prisão exaradas em audiências de custódia na comarca de São Luís do Maranhão. Em todas elas a modalidade de prisão provisória aplicada foi a prisão preventiva, não havendo nenhum caso de aplicação da prisão temporária.

No que diz respeito a prisão preventiva¹⁵, prevista nos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal, a respectiva aplicação ocorre quando existem indícios mínimos de autoria e materialidade do delito (*fumus comissi delicti*), somado ao fato de que a manutenção em liberdade do acusado possa ocasionar riscos à garantia da ordem pública, à garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para garantir a aplicação da lei penal (*periculum libertatis*). Esta modalidade não possui prazo pré-definido, podendo estender-se no tempo enquanto persistirem os fundamentos que justificaram sua decretação.

A doutrina penalista mais abalizada sustenta que as prisões provisórias possuem a natureza jurídica de prisões cautelares, uma vez que seu intuito principal é assegurar a higidez do processo penal, garantindo seu resultado útil¹⁶. Sendo assim, não seria uma espécie de antecipação da pena privativa de liberdade, mas sim um instrumento utilizado para proteção processual¹⁷. Todavia, o que o presente artigo tentará demonstrar é que a ampla utilização deste instituto em território nacional, bem como os principais argumentos utilizados pelos julgadores para decretação da prisão preventiva, demonstra que se trata de verdadeira antecipação da punição definitiva, não estando diretamente relacionada ao resguardo do processo penal.

Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), os presos provisórios compõem 29,8% da população carcerária nacional, número maior que o de presos sentenciados cumprindo pena nos regimes semiaberto e aberto, sendo inferior apenas ao número de condenados em regime fechado (BRASIL, 2020).

¹⁵ Justamente por tratar-se da modalidade de prisão provisória mais utilizada pelos magistrados dentro do universo de decisões analisadas, o presente trabalho dedica maiores esforços à análise das prisões preventivas.

¹⁶ Neste sentido destacam-se Gozaíne (2002), Távora e Alencar (2017), Fernandes (2010) e Nucci (2015) que advertem, em uma perspectiva constitucional, para os usos indevidos da prisão cautelar.

¹⁷ Segundo Barletta (2014, p. 30) a utilização da prisão provisória, para maioria da doutrina, como instrumento destinado ao acautelamento do processo, afasta seu caráter de pena, sendo apenas um meio ou instrumento cautelar. Contudo, sua utilização deve ser excepcional, para que se compatibilize com o postulado constitucional de presunção de inocência.

Além disso, entre os anos 2000 e 2017, o número de presos provisórios tem crescido progressivamente. Enquanto em 2000 haviam 80.775 presos sem condenação no ano de 2017, esse número sobe para 235.240 detentos, implicando em um aumento de quase 200% ao longo deste período (BRASIL, 2017).

No que tange à realidade maranhense, os números se assemelham aqueles apresentados no cenário nacional. Segundo dados do INFOPEN (2019), organizados pelo Ministério da Justiça, a população carcerária maranhense tem estado em constante expansão, seguindo um movimento similar àquele apresentado nacionalmente. No ano de 2008, o Maranhão possuía 4.615 encarcerados (número que engloba tanto os presos provisórios como os condenados); posteriormente, ano após ano – salvo por uma redução ocorrida entre os anos de 2011 e 2012 –, o Estado tem experimentado sucessivas ampliações em sua população carcerária, sendo que, no ano de 2019, o Maranhão atingiu seu maior quantitativo geral, contabilizando 12.387 pessoas presas.

Tabela 1

Presos no Estado do Maranhão entre 2008 e 2019

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

Fonte: Dados organizados pelos pesquisadores através de consulta ao INFOPEN¹⁸.

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

Em relação ao perfil do encarcerado maranhense o INFOPEN (2019) destaca que são, majoritariamente, pessoas jovens (52,5%), com idade entre 18 e 29 anos, negras ou pardas (81,1%), com baixo grau de escolaridade (66,7%) – ensino fundamental completo, ensino fundamental incompleto, alfabetizado sem cursos regulares ou analfabeto –, e presos em virtude do cometimento de crimes contra o patrimônio (67,2%).

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

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

Embora entre os anos de 2018 e 2019 tenha se verificado uma significativa redução do percentual de presos provisórios (de 44,3% para 35,8%), ainda não é

¹⁸ Os relatórios formulados pelo INFOPEN podem ser consultados através do sítio eletrônico: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/MA>.

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

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

Tabela 2

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

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

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

Considerando-se que a custódia cautelar deve ser aplicada excepcionalmente, apenas quando outras medidas não privativas de liberdade não possam ser efetivadas no caso concreto, causa estranheza os altos níveis de encarceramento provisório no país e na realidade maranhense.

Este cenário demanda um estudo mais aprofundado e detalhado da questão. Com o objetivo de identificar as principais causas dos elevados índices de encarceramento provisório na realidade maranhense foi realizada a análise de 109

decisões judiciais de decretação de prisão preventiva exaradas em sede de audiência de custódia¹⁹ pela Central de Inquéritos de São Luís do Maranhão. Neste tópico, tentar-se-á demonstrar que a disciplina legislativa e doutrinária do instituto da prisão preventiva contribui significativamente para o uso abusivo deste instrumento por parte dos julgadores, que se utilizam deste mecanismo como uma forma de antecipação da pena privativa de liberdade.

5. ANALISANDO AS DECISÕES JUDICIAIS DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA

A Central de Inquéritos é o principal órgão da justiça estadual competente para realização de audiências de custódia no Município de São Luís - MA, agregando ainda os casos oriundos de sua região metropolitana. A respectiva instituição ocorreu no ano de 2014²⁰ através do Provimento nº 14/2014 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Maranhão. Posteriormente, o funcionamento passou a ser regulado a partir do Provimento nº 11/2016, adequado à Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, que disciplinou a aplicação das audiências de custódia em território nacional.

¹⁹ A audiência de custódia é mecanismo constituído no âmbito dos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, possuindo previsão tanto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificados pelo Brasil desde o ano de 1992. Contudo, as audiências de custódia só passaram a ser aplicadas na realidade nacional no ano de 2015, através do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 pelo Supremo Tribunal Federal, que definiu a imediata implementação do instituto em todo sistema justiça e definiu como uma de suas funções precípua a de combater a “cultura do encarceramento” provisório que havia se instalado perante o Judiciário Nacional (BRASIL, 2015). Em suma, a audiência de custódia tem por objetivo garantir que toda pessoa presa em flagrante delito seja conduzida, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, para que exerça o controle sobre a legalidade do ato privativo de liberdade, bem como avalie a necessidade de sua perpetuação. Esta nova sistemática veio a substituir o procedimento previsto no artigo 306, §1º do Código de Processo Penal que dispensava a presença física do acusado, podendo o magistrado decidir apenas com base no auto de prisão em flagrante remetido pela autoridade policial. Segundo Lopes Jr. e Paiva (2015, p. 16) esta medida foi essencial para romper a “fronteira do papel” no âmbito das prisões provisórias.

²⁰ O Estado do Maranhão foi pioneiro na implementação das audiências de custódia, haja vista que sua implementação ocorreu no ano de 2014, enquanto nos demais Estados sua aplicação apenas se iniciou no ano de 2015, após a supracitada decisão do Supremo Tribunal Federal.

A competência primordial da Central de Inquéritos consiste em avaliar a legalidade das prisões em flagrante realizadas no município e, caso necessário, decretar a prisão provisória do custodiado. Atualmente, quase a totalidade das audiências de custódia de São Luís - MA são realizadas neste órgão judicial²¹, o que torna a análise do referido bastante enriquecedora para discussão do panorama relacionado ao encarceramento provisório no âmbito da realidade local.

Desde o ano de 2014 até o mês de junho de 2019, a Central de Inquéritos realizou 7.254 audiências de custódia, sendo que destas, 4.394 se encerraram com a decretação da prisão provisória do acusado – aproximadamente 60,57% das situações (MARANHÃO, 2019a). Entretanto, uma análise do percentual de prisões realizadas ano após ano demonstra que tem havido um contínuo crescimento no uso deste instituto. Enquanto no ano de 2014 apenas 46,74% das audiências de custódia encerravam-se com a decretação da restrição de liberdade, no ano de 2019 (até o mês de junho), este número se eleva para 71,10% dos casos analisados. Veja-se:

Tabela 3

Prisões provisórias decretadas pela Central de Inquéritos de São Luís – MA entre 2014 e 2019.

Ano	Prisões decretadas (em %)
2014	46,74%
2015	48,96%
2016	53,88%
2017	62,34%
2018	68,48%
2019 (até o mês de junho)	71,10%

Fonte: Unidade de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (2019).

²¹ Algumas varas criminais especializadas ainda realizam audiências de custódia em crimes de sua respectiva competência.

Tais dados são sintomáticos ao demonstrar a tendência do sistema de justiça criminal ludovicense em atuar através da aplicação de prisões provisórias, movimento este que tem sido crescente com o decorrer dos anos. Diante de tais números, a presente pesquisa se direcionou para avaliar os principais fatores que legitimam a utilização em grande escala deste instituto. Para isto, foi realizada, entre os meses de junho e julho de 2019, a análise de 109 decisões judiciais exaradas pela Central de Inquéritos que decretaram a privação cautelar da liberdade dos investigados.

O critério utilizado para a classificação das decisões analisadas empregou como referência as hipóteses de decretação da prisão preventiva elencadas no artigo 312 do Código de Processo Penal²², quais sejam: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para garantir a aplicação da lei penal²³. Deste modo, verificou-se a qual(is) deste(s) termo(s) a decisão judicial fez referência para justificar a privação provisória de liberdade.

A referida apuração acabou por revelar que todas as decisões judiciais se utilizaram da referida “garantia da ordem pública” como forma de justificar a manutenção da restrição de liberdade dos custodiados. Este é amplamente o fundamento mais utilizado pelos julgadores, sendo que o segundo com maior frequência de aparecimento – a prisão para “garantia da aplicação da lei penal” – foi notado em apenas 26,3% das decisões analisadas.

Tabela 4

Principais fundamentos utilizados para justificar a prisão preventiva

²² O artigo 312 do Código de Processo Penal estatui que: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado” (BRASIL, 1941).

²³ Todas as decisões judiciais analisadas referem-se a pelo menos um destes fundamentos para legitimar a aplicação do decreto privativo de liberdade. Contudo, algumas se utilizam de mais de um dos fundamentos para justificar a custódia cautelar.

Fundamento Utilizado	Número de aparições em decisões judiciais	Porcentagem
Garantia da Ordem Pública	109 vezes	100%
Garantia da Ordem Econômica ²⁴	0 vezes	0%
Conveniência da Instrução Criminal	6 vezes	5,45%
Garantia da Aplicação da Lei Penal	29 vezes	26,3%

Fonte: Dados organizados pela equipe da pesquisa, 2019.

A larga utilização da “garantia da ordem pública” como fundamento da decretação de prisões preventivas se deve ao fato de tratar-se de um conceito jurídico indeterminado, não havendo um entendimento unívoco sobre o significado desta expressão, nem mesmo sobre as situações fáticas que demandam a sua aplicação. Sendo assim, cada julgador visualiza a chamada “ordem pública” sob um prisma individual, se tornando este um conceito maleável, extensivamente interpretável, capaz de abarcar praticamente qualquer caso concreto que chegue ao Judiciário. Ao colocar como fundamento da custódia cautelar um conceito de tamanha amplitude, o legislador pátrio concedeu uma espécie de “carta branca” aos julgadores para que determinem a privação de liberdade de acordo com o seu próprio senso de justiça.

Segundo Maus (2000, p. 185), a proliferação de conceitos jurídicos indeterminados na legislação moderna é sintoma do novo papel do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas. Historicamente, ocorreu a substituição da figura do juiz “boca-da-lei”, que apenas realizava a mecânica aplicação do fato à

²⁴ A não utilização do fundamento da Garantia da Ordem Econômica explica-se, em parte, pelo fato das decisões analisadas advirem de órgão componente da Justiça Estadual de 1º grau que, em grande parte, atua no julgamento de crimes patrimoniais de pequena monta, tráfico de drogas e crimes contra a vida. Os delitos de maior lesividade econômica são, em regra, de competência da Justiça Federal.

norma, pelo protagonismo judicial, movimento este que é marcado pelo aumento do poder interpretativo e da autonomia dos tribunais em relação aos comandos legislativos, elevando o Judiciário a condição de censor de toda a sociedade e também dos demais poderes constituídos, sendo considerado o portador da decisão final em questões de relevância nacional.

Hirschl (2006) denomina esta alteração no papel do Judiciário nas sociedades modernas como “juristocracia”, sendo um movimento que se caracteriza pela progressiva transferência de poderes decisórios de instâncias representativas do Estado – Executivo e Legislativo – para o Poder Judiciário. Sendo assim, questões de natureza política, que seriam melhor discutidas por representantes eleitos pelo povo, passam a ser decididas pelos juízes e cortes nacionais, substituindo-se o voto pela sentença.

O conceito de “garantia da ordem pública” demonstra de forma clara esta nova faceta atribuída ao Judiciário. O alcance da citada expressão não é definido *a priori* pelo legislador sendo delegada aos julgadores sua determinação no caso concreto, encorajando-os a assumir uma posição criativa perante a legislação, ampliando e criando novas possibilidades de aplicação do texto legal²⁵.

No que tange a fundamentação da prisão preventiva “por conveniência da instrução criminal” ou para “garantir a aplicação da lei penal”, percebe-se que não são frequentemente utilizadas pelos julgadores, pois houve uma preocupação da legislação, da jurisprudência e da doutrina nacional, em definir os estritos contornos dessas terminologias, tornando inviável a flexibilização destes conceitos.

Távora e Alencar (2016) compreendem que a prisão “por conveniência da instrução criminal” é aquela que deve ser realizada quando o indivíduo, caso

²⁵ Maus (2000, p. 186), em seu estudo sobre a atuação do Tribunal Constitucional Alemão, pontua que a nova configuração do Poder Judiciário é marcada pela valorização da personalidade dos juízes. Prolifera-se a ideia de que uma decisão justa apenas pode ser tomada por um indivíduo portador de uma moralidade justa. Como consequência o juiz passa a ser visto como uma figura superior, capaz de centralizar a consciência social em seu julgamento. Todavia, a autora elenca que este movimento cria perigos, uma vez que caso se considere que existe uma ordem de pensamento apenas acessível aos julgadores cair-se-á no risco de não mais ser possível criticar suas decisões, uma vez que seriam fruto das reflexões de uma figura superior. Neste ponto, a autora critica a possibilidade de que o juiz seja um “educador” da sociedade.

mantido em liberdade, possa inviabilizar ou dificultar a produção de provas essenciais para o desenrolar da ação penal. Já a prisão para “garantia da aplicação da lei penal” é invocada quando existe o efetivo risco de que o investigado possa evadir-se durante o trâmite processual, evitando a posterior execução da pena privativa de liberdade. Todas as decisões judiciais, ao invocarem tais fundamentos, os empregam exatamente no sentido acima delineado, justamente por não haver grandes espaços de interpretação do alcance destes conceitos.

Contudo, no que tange ao fundamento da “garantia da ordem pública”, percebeu-se que inexiste um sentido unívoco invocado pelos julgadores. Em cada situação tal terminologia é empregada para abarcar uma situação fática distinta. Após o esforço analítico e interpretativo das decisões judiciais verificou-se que os juízes entendem que a ordem pública encontra-se ameaçada em três situações fáticas definidas, quais sejam:

1) Quando o indivíduo submetido a audiência de custódia possui um histórico criminal prévio (reiteração criminal), sendo sua prisão recomendável para evitar a continuidade na prática de atos delitivos;

2) Quando o crime é concretamente grave, sendo que os motivos, as circunstâncias e modo de execução exteriorizam a periculosidade do agente;

3) Quando a prisão é medida essencial para garantir a credibilidade das instituições de justiça, uma vez que a manutenção em liberdade levaria ao abalo da legitimidade estatal.

Feita esta predefinição verificou-se a periodicidade em que cada uma das justificativas se fez presente²⁶:

²⁶ Em algumas decisões se invocava a garantia da ordem pública com base em mais de um dos entendimentos acima destacados. Era o que ocorria quando o indivíduo, além de possuir um histórico criminal, havia praticado um crime considerado concretamente grave.

Tabela 5*Sentidos empregados para a expressão “garantia da ordem pública”*

Entendimento de Garantia da Ordem Pública Aplicado	Número de aparições em decisões judiciais	Porcentagem
Reiteração Criminal	76 vezes	69%
Gravidade em concreto do delito	31 vezes	28,1%
Garantia da credibilidade das instituições de justiça	1 vez	0,9%
Sem justificativa ²⁷	23 vezes	20,9%

Fonte: Dados organizados pela equipe da pesquisa, 2019.

Todavia, mesmo dentro desta tripartição inexistem padrões uniformemente seguidos pelos julgadores. Exemplificativamente, no que tange a reiteração criminal, cada julgador possui um entendimento distinto sobre o que seja uma reiteração criminal. Enquanto alguns seguem as estritas diretrizes da legislação vigente – considerando apenas condenações transitadas em julgado para fins de apuração de reincidência –, outros julgadores decretam a prisão preventiva com base em inquéritos instaurados, ações penais em curso e até mesmo em virtude do cometimento de atos infracionais, ainda que o custodiado não possua nenhuma condenação criminal transitada em julgado, apenas a acusação por um crime já é suficiente para justificar sua segregação.

Além disso, também inexistente uniformidade sobre a quantidade de passagens criminais suficientes para legitimar o decreto privativo. Enquanto

²⁷ Algumas decisões judiciais, apesar de fundamentarem a prisão na chamada “garantia da ordem pública”, não justificavam a utilização deste conceito em nenhum fundamento fático, apenas se limitando a reproduzir os artigos do Código de Processo Penal. Já outras decisões, principalmente oriundas dos plantões judiciais, utilizavam a terminologia “garantia da ordem pública” se referindo a fundamentos de decisões anteriores às quais a equipe de pesquisa não teve acesso, o que acabou inviabilizando a avaliação do sentido empregado para tal expressão no caso concreto.

alguns indivíduos possuem um extenso histórico delitivo, outros possuem apenas um registro penal anterior. Tais dados descortinam a ideia perpassada de que a prisão preventiva para garantia da ordem pública apenas é aplicada perante indivíduos altamente perigosos, demonstrando que sua utilização ocorre para segregar pessoas com uma “ficha criminal” mínima que, geralmente, cometeram delitos de pequena monta.

A utilização de procedimentos de apuração penal ainda em curso de forma desfavorável ao réu demonstra uma incoerência na atuação do sistema de justiça pátrio, uma vez que, no momento de prolação da sentença definitiva - momento derradeiro do processo penal – o julgador apenas pode agravar a pena caso exista uma condenação criminal transitada em julgado²⁸. Veja-se que se trata de estágio avançado do processo penal, em que o direito à ampla defesa e ao contraditório já foi amplamente exercido e o arcabouço probatório encontra-se constituído. Contudo, ao decidir sobre a prisão provisória em audiência de custódia, procedimento que ocorre horas após o crime, não havendo arcabouço probatório, nem tampouco tendo sido oportunizada a possibilidade de defesa ao custodiado, admite-se a utilização em seu desfavor de qualquer registro criminal, seja uma condenação, um inquérito policial instaurado, uma ação penal em curso ou um ato infracional cometido antes da maioridade.

Já em relação a gravidade concreta do delito o que percebeu-se, verdadeiramente, é a substituição de um conceito indeterminado (“garantia da ordem pública”) por outro (“gravidade concreta do delito”), uma vez que não existem balizas ou contornos que definam o que seja ou não um crime grave. Sendo assim, esta aferição perpassa unicamente as próprias percepções individuais do julgador sobre o crime analisado.

Todavia, seja qual for o sentido empregado para justificar a necessidade de decretação da prisão preventiva para “garantia da ordem pública”, percebe-se que todas possuem um aspecto em comum, qual seja: a legitimação da custódia ocorre

²⁸Tal entendimento encontra-se consolidado na Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça ao aduzir que “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (BRASIL, 2010).

com base em justificativas extraprocessuais. Em nenhum dos casos avaliados percebe-se qualquer preocupação com o resguardo do processo penal, mas sim argumentos que visam proteger à sociedade de supostos infratores, muitas vezes baseados em prognósticos futuros de criminalidade.

Neste ponto, destaca-se que o instituto da prisão preventiva não é aplicado, na ampla maioria dos casos analisados, como uma medida cautelar, mas sim como uma verdadeira antecipação da pena privativa de liberdade. Ao analisar questões como a gravidade do suposto delito, a vida pregressa do condenado ou mesmo a repercussão social gerada pelo crime, o julgador antecipa o julgamento do mérito da ação penal, uma vez que será obrigado, ainda que sumariamente, a manifestar seu posicionamento sobre a (in)ocorrência, as circunstâncias do delito e também sobre a periculosidade do agente.

Por isto, contrariamente àquilo que é disseminado pela doutrina clássica, pode-se postular que a prisão preventiva não é apenas instituto processual de caráter cautelar, mas sim que se trata de mecanismo de direito penal, cuja aplicação interfere diretamente no estado de liberdade do sujeito. Zaffaroni (2007, p. 110) aduz que estas racionalizações não são processuais, mas sim regulam um sistema penal que opera antes da condenação²⁹. Ressalta-se ainda que os critérios para determinar ou não o encarceramento de uma pessoa é totalmente alheio à seara processual. Conclui o autor que o amplo índice de encarceramento latino-americano se deve, principalmente, à frágil regulamentação do confinamento cautelar, que admite a ampla utilização do instituto, e não tanto ao sistema penal condenatório, que possui papel secundário.

A defesa da natureza não penal do instituto contribui diretamente para uma banalização de sua aplicação, haja vista que, por considerar-se um instituto processual, admite-se a existência de conceitos jurídicos indeterminados dentre suas hipóteses de aplicação. Caso reconheça-se sua natureza penal seria imperiosa

²⁹ O autor segmenta o sistema penal latino-americano em duas espécies: um sistema penal pré-condenatório, no bojo do qual encontram-se as prisões provisórias, e outro sistema penal definitivo, que opera após a condenação. Neste ponto, destaca-se que o primeiro é muito mais importante na América Latina do que o segundo, pois a reação penal praticamente esgota-se em sua aplicação.

uma revisão – ainda que apenas doutrinária e jurisprudencial - de seus fundamentos, de modo que conceitos como a suposta “garantia da ordem pública” passassem a possuir clara definição de seus contornos e situações fáticas de aplicação, impedindo a interpretação extensiva deste fundamento, uma vez que os conceitos penais devem ser sempre lidos e aplicados de forma restritiva.

É oportuno ressaltar que a presente pesquisa não pretende resumir a complexa questão do uso abusivo das prisões preventivas apenas a fragilidade jurídica e legislativa que estão no âmago da regulamentação deste instituto. São vastos os estudos que apontam para influência de variáveis extrajurídicas no processo de amplo encarceramento provisório. Dentre eles, se pode apontar a avaliação desenvolvida por Lages e Ribeiro (2019) acerca das determinantes do encarceramento provisório, tendo sua pesquisa evidenciado o redirecionamento do aparato repressivo em face das classes consideradas potencialmente perigosas. Sendo assim, fatores como o tipo delitivo, a idade, o sexo, o grau de escolaridade, a raça (cor) foram elencados como determinantes no direcionamento das decisões judiciais tomadas em audiência de custódia. Ao fim, constataram que a maioria das pessoas presas eram homens (89,9%), negros ou pardos (77,9%) e possuíam ensino fundamental incompleto (45,8%)³⁰. Além disto, crimes relacionados ao tráfico de droga ou a posse ou porte de arma de fogo eram mais severamente apreciados e julgados pelos magistrados.

No que tange ao cenário maranhense é de suma importância realçar a pesquisa realizada pela Sociedade Maranhense de Direitos Humanos (2019) acerca das audiências de custódia referentes ao município de São Luís. Neste importante trabalho ficou constatado que a maioria das pessoas presas em audiência de custódia no ano de 2019 eram homens negros ou pardos (87,8%), com menos de 35

³⁰ Sobre o redirecionamento da justiça criminal para o controle e repressão da pobreza consultar o amplo arcabouço teórico produzido por Wacquant (1997), (2000a), (2000b), (2001a), (2001b), (2001c), (2002a), (2002b), (2003a), (2003b) e Zaffaroni (2001), (2007). Além disso, vários Estados da federação têm produzido relatórios que apontam de forma cristalina que o público preferencial das audiências de custódia é constituído por aqueles indivíduos que corporificam a exclusão social. Neste contexto, podemos citar o relatório produzido por Ribeiro et al (2020), acerca da realidade mineira, como também aquele produzido pela Defensoria Pública do Estado da Bahia (2019) e pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (2016) sobre a realidade paulistana.

anos de idade (85,1%), com baixa escolaridade (65,2% não possuíam sequer o ensino fundamental completo) e presos em virtude do cometimento de crimes contra o patrimônio (58%) ou relacionados ao tráfico de drogas (22,4%).

Sendo assim, ao lado da discussão que paira sobre a exploração da fragilidade da regulamentação da prisão preventiva por parte do Poder Judiciário é essencial ressaltar que a rigidez do aparato penal volta-se de forma mais rigorosa a específicos segmentos sociais, reforçando o viés seletivo da justiça penal ludovicense.

Dito isto, percebe-se que o amplo cenário de encarceramento provisório presente na realidade ludovicense deve-se, em parte, a fragilidade legislativa de regulamentação do instituto e a condescendência da doutrina e da jurisprudência locais e nacionais, que admitem e aplicam a interpretação extensiva do instituto ao reconhecer sua natureza processual. Por isto, o enfrentamento do crescente aumento de presos sem condenação apenas pode ser efetivado através de uma rediscussão da natureza jurídica do instituto e da definição clara e precisa do alcance dos fundamentos que legitimam sua aplicação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o funcionamento do sistema penal apenas pode ser compreendido em profundidade a partir de uma análise macrossociológica do fenômeno delitivo. Isto implica, necessariamente, que a atuação das instâncias encarregadas da realização do controle social deve ser colocada em destaque, sendo assumida como objeto de estudo. Neste trabalho buscou-se avaliar como as prisões provisórias são utilizadas pelo Poder Judiciário como forma de reação ao cometimento de ilícitos penais.

Para isto, buscou-se contextualizar a presente análise, compreendendo que a investigação não pode ser realizada desprezando as matizes sociais, econômicas e históricas que explicam a atual conformação do direito penal.

A utilização maciça da custódia cautelar converte-se numa das principais facetas do poder punitivo local e, como foi demonstrado, tem sido amplamente

utilizada e reproduzida dentro da realidade ludovicense, contribuindo para a criação de um verdadeiro sistema penal que opera antes do veredito condenatório.

Tal cenário decorre, sobretudo, em virtude da disciplina legislativa destinada as prisões preventivas em âmbito nacional, que, ao trazer em sua base conceitos jurídicos indeterminados, passíveis de serem extensivamente interpretados através da atividade judicante, acaba por criar condições propícias para aplicação deste instituto em praticamente qualquer situação fática subjacente.

Soma-se a isto a existência de um complexo emaranhado de argumentos jurídicos perpassados através do discurso penal oficial que se destinam a escamotear a real natureza jurídica desses institutos. Ao propor que a prisão provisória nada mais é que uma medida cautelar, retirando-a do âmbito das prisões-penas, atua-se no sentido de invisibilizar a primordial atuação do sistema penal brasileiro a partir de prisões sem condenação. Percebe-se que, em um momento de profundo debate nacional sobre a possibilidade de execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, nada é falado sobre o imenso contingente de pessoas presas sem nem mesmo ter tido direito à instauração do processo penal.

Sendo assim, o presente trabalho buscou demonstrar que a ampla maioria das prisões provisórias decretadas nada possuem de medida cautelar, mas constituem-se em antecipação da pena privativa de liberdade. Ao julgar o juiz realiza um verdadeiro um pré-julgamento do mérito da ação penal, valorando fatos, aferindo periculosidade e avaliando antecedentes criminais, nada disto relacionado ao suposto resguardo do processo penal.

É essencial que se reconheça a natureza penal da prisão provisória para que, assim, conceitos como “garantia da ordem pública” sejam restritivamente interpretados, implicando uma utilização mais justa e ponderada deste instituto, evitando sua banalização.

Um sistema penal que opera maciçamente através de prisões sem condenação não parece ser o mais condizente com as diretrizes de um Estado Democrático de Direito. É necessário que caros princípios, como a presunção de inocência, a ampla defesa e o devido processo legal, sejam plenamente respeitados

para todas as parcelas da sociedade, independentemente de classe social ou da natureza do delito cometido. Apenas assim será possível contribuir para criação de um sistema penal mais justo e equânime.

REFERÊNCIAS

Andrade, Vera Regina Pereira de. (1996). Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, 4 (14), p. 276-287.

Andrade, Vera Regina Pereira de. (1997). *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Aragão, Antônio Moniz Sodré de. (1977). *As Três Escolas Penais: Clássica, Antropológica e Crítica*. 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

Baratta, Alessandro. (2011). *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan.

Barletta, Junya Rodrigues. (2014). *A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos*. [Tese de Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro].

Brasil. (1941). *Código de Processo Penal*. Brasília/DF.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

Brasil. Ministério da Justiça. (2013). Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – junho de 2013*. Brasília/DF.

Brasil. Ministério da Justiça. (2014). Departamento Penitenciário Nacional.
Levantamento nacional de informações penitenciárias – junho de 2014.
Brasília/DF.

Brasil. Ministério da Justiça. (2015). Departamento Penitenciário Nacional.
Levantamento nacional de informações penitenciárias – junho de 2015.
Brasília/DF.

Brasil. Ministério da Justiça. (2016). Departamento Penitenciário Nacional.
Levantamento nacional de informações penitenciárias – junho de 2016.
Brasília/DF.

Brasil. Ministério da Justiça. (2017). Departamento Penitenciário Nacional.
Levantamento nacional de informações penitenciárias – junho de 2017.
Brasília/DF.

Brasil. Ministério da Justiça. (2018). Departamento Penitenciário Nacional.
Levantamento nacional de informações penitenciárias – junho de 2018.
Brasília/DF.

Brasil. Ministério da Justiça (2019). Departamento Penitenciário Nacional.
Levantamento nacional de informações penitenciárias – dezembro de 2019.
Brasília/DF.

Brasil. Ministério da Justiça. (2020). Departamento Penitenciário Nacional.
Levantamento nacional de informações penitenciárias – junho de 2020.
Brasília/DF.

Defensoria Pública do Estado da Bahia. (2019). Relatório das audiências de
custódia na comarca de Salvador/BA: anos de 2015-2018. 1. ed. Salvador.

ESDEP. <https://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2019/09/relatorio-audiencia-de-custodia.pdf>.

Fernandes, Antonio Scarance. (2010). Processo penal constitucional. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT.

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

Garcia – Pablos De Molina. (1999). Antonio. Tratado de Criminología. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Gozaíne, Alfredo Osvaldo. (2002). El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional. Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional. 4(7), p. 53-86. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5647>

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

Guimarães, Cláudio Alberto Gabriel. (2013). Reflexões acerca do controle social formal: discutindo os fundamentos do direito de punir. Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD, 1(23).
<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4894>

Guimarães, Cláudio Alberto Gabriel. (2019). Gestão de Segurança Pública e cidades: O papel dos municípios no combate à violência. Lisboa. [Dissertação de Mestrado em Ciências Policiais, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna].

- Gustin, Miracy Barbosa de Sousa & DIAS, Maria Tereza Fonseca. (2015). (Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey.
- Hirschl, Ran. (2009). O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*. 251, p. 139-178.
<https://doi.org/10.12660/rda.v251.2009.7533>
- Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD. (2016). Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa. São Paulo.
- Lages, Livia Bastos & RIBEIRO, Ludmila. (2019). Os determinantes da prisão preventiva na Audiência de Custódia: reforço de estereótipos sociais? *Revista Direito GV*. 15 (3), p. 1-35.
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80711>
- Lopes JR., Aury & Paiva, Caio. (2015). *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva.
- Maranhão. (2019a). Unidade de Monitoramento Carcerário. Relatório Audiências de custódia – junho de 2019. São Luís.
http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/415083/29__relatorio_umf_-_aud_de_custodia_mai_2019_25062019_0829.pdf.
- Maranhão. (2019b). Unidade de Monitoramento Carcerário. Relatório Unidades Prisionais e Delegacias – junho de 2019. São Luís.
http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/415088/30_-_relatorio_umf_-_dados_dos_presos_jun_2019_30072019_1523.pdf.
- Maranhão. Unidade de Monitoramento Carcerário. (2019c). Relatório Unidades Prisionais e Delegacias – dezembro de 2019. São Luís.

http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/415088/36_-_relatorio_umf_-_dados_dos_presos_dez_2019-3_21012020_1051.pdf.

- Marconi, Marina de Andrade & Lakatos, Eva Maria. (2019). Fundamentos da Metodologia Científica. 8ª Ed. São Paulo: Atlas.
- Marques Neto, Agostinho Ramalho. (2001). A ciência do Direito: Conceito, objeto, método. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- Maus, Indeborg. (2000). Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, 58, p. 183-202.
- Nucci, Guilherme de Souza. (2015). Manual de Processo Penal e Execução Penal. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Palma, Maria Fernanda. (2006). Direito Constitucional Penal. Lisboa: Almedina.
- Ribeiro, Ludmila Mendonça Lopes et al. (2020). Nem preso nem livre: a audiência de custódia em Belo Horizonte como resposta ao encarceramento provisório em massa. Belo Horizonte. Casa do Direito.
- Sociedade Maranhense de Direitos Humanos – SMDH. (2019). Relatório Final da Pesquisa Audiências de Custódia – Projeto Seletivismo Penal. São Luís.
<http://smdh.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Relat%C3%B3rio-Final-da-Pesquisa-Audi%C3%Aancias-de-Cust%C3%B3dia.pdf>.
- Távora, Nestor & ALENCAR, Rosmar Rodrigues. (2017). Curso de direito processual penal. 12 ed. Salvador. Juspodivm.

Wacquant, Loïc. (1997). Da América como utopia às avessas. In: BOURDIEU, Pierre. (Org.). A miséria do mundo. 4. ed. Petrópolis: Vozes, p. 167-175.

Wacquant, Loïc. (2002a). A ascensão do Estado Penal nos EUA. Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade, 7(11), p. 13-40.

Wacquant, Loïc. (2000a). A globalização da tolerância zero. Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade, 5 (9 e 10), p. 111-120.

Wacquant, Loïc. (2001a). As prisões da miséria. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

Wacquant, Loïc. (2002b). A tentação penal na Europa. Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade, 7(11), p. 7-12.

Wacquant, Loïc. (2003a). De la esclavitud al encarcelamiento masivo.
<http://www.newleftreview.Net/pdfarticles/spanish/nlr24703.pdf>.

Wacquant, Loïc. (2000b). “Inimigos cômodos”: estrangeiros e imigrantes nas prisões da Europa. Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade, 5 (9 e 10) p. 121-127.

Wacquant, Loïc. (2001c). Os condenados da cidade: estudo sobre marginalidade avançada. Tradução de José Roberto Martins Filho. Rio de Janeiro: Revan.

Wacquant, Loïc. (2003b). Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal. Archipiélago. Cuadernos de critica de la cultura. 55, mar./abr.

Wacquant, Loïc. (2001b). Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos.

Zaffaroni, Eugenio Raul. (2001). La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: COPETTI, André. Criminalidade Moderna e Reformas Penais. Estudos em homenagem ao Prof. Luis Luisi. Porto Alegre: Livraria do Advogado (p. 139-165).

Zaffaroni, Eugenio Raul. (2007). O inimigo no direito penal. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan.

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães: Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão. Especialista em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Docência Superior pela Universidade CEUMA – UNICEUMA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com área de concentração em Criminologia. Pós-Doutorando pela Universidade de Lisboa com área de estudos em Teoria da Pena. Professor Pesquisador do CNPq e UNICEUMA. Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Violência e Cidadania – NEVIC da Universidade CEUMA. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça. E-mail: calguimaraes@yahoo.com.br

Cristian de Oliveira Gamba: Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA). E-mail: cristianjr34@hotmail.com

Data de submissão: 10/11/2020

Data de aprovação: 30/05/2021