



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A PRISÃO PROVISÓRIA COMO MECANISMO DE SUPERENCARCERAMENTO E  
CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

João Pedro Alves de Sousa

Rio de Janeiro  
2020

JOÃO PEDRO ALVES DE SOUSA

A PRISÃO PROVISÓRIA COMO MECANISMO DE SUPERENCARCERAMENTO E  
CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadora:

Prof<sup>a</sup>. Flávia Sanna Leal de Meirelles

Coorientadora:

Prof<sup>a</sup>. Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro  
2020

A PRISÃO PROVISÓRIA COMO MECANISMO DE SUPERENCARCERAMENTO E  
CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

Monografia apresentada como exigência de conclusão de  
Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovado em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2020. Grau atribuído: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA:**

Presidente: Desembargador Claudio Brandão de Oliveira - Escola da Magistratura do Estado  
do Rio de Janeiro – EMERJ.

\_\_\_\_\_

Convidado: Professor Rubens Roberto Rebello Casara - Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro – EMERJ.

\_\_\_\_\_

Orientadora: Professora Flávia Sanna Leal de Meirelles - Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro – EMERJ.

\_\_\_\_\_

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

A Dayse e a Higinio, por promoverem revoluções cotidianas.

## AGRADECIMENTOS

À professora e orientadora Flávia Sanna Leal de Meirelles, por incentivar a pesquisa, auxiliar na estruturação, responder com presteza e precisão a todas as perguntas durante a elaboração textual e pelos precisos insights que enriqueceram enormemente esta produção monográfica.

À professora e coorientadora Mônica Cavalieri Fetzner Areal que, sempre com muita alegria, confiou no presente trabalho desde o primeiro esboço e pelo empenho e carinho com que leu e releu cada detalhe dessas páginas.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por proporcionar um ambiente ideal de estudos, reflexões e amadurecimento profissional, bem como por me dar tantos amigos.

Aos meus pais, Dayse e Higino, pelo amor incondicional, carinho e dedicação, mas também por todo o pensamento crítico e inquietude política e acadêmica.

À Joice, pelo carinho, cuidado, paciência e muito amor desde o início da vida. Não poderia deixar de agradecer também por sempre abrir minha mente com o feminismo negro revelador da verdade.

À Camila, minha companheira, maior responsável pela minha felicidade neste momento. Obrigado pelo amor verdadeiro, capaz de me fazer completo. Sempre ao meu lado, cuidando de mim e me mostrando a face mais apaixonante da vida.

Ao Marcelos e à Lize, pelo acolhimento e carinho fraterno. Sempre muito alegres e perspicazes, em muito auxiliaram esta pesquisa.

Ao Nicolai, pela poesia, contraponto, reflexões e viagens filosóficas. Amizade sincera que parece de outras vidas.

Ao Mestre Aderaldo que desde minha infância – quando me presenteou com o quadro das Mulatas Lavadeiras em referência à música “Ensaboa Mulata” interpretada por Marisa Monte que eu tanto ouvia – sempre me lembrou da importância do combate irrestrito ao racismo. Suas lições foram fundamentais para a existência deste trabalho.

Ao Thales, Pedro Henrique, Ricardo Medeiros, Lucas e Matheus, pelas risadas infinitas e dias perfeitos de praia.

Aos amigos queridos da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense de Macaé, Victor Hugo, Pedro Rennó, Mariana Velloso, entre outros, que muito me inspiraram com a ternura, o companheirismo e a inteligência de vocês.

Ao David, companheiro de batalhas jurídicas e de trajetória inspiradora. O Direito ainda vai ser muito agraciado com o seu talento. Agradeço os bons momentos vividos no cotidiano da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Junto com a Marcela, o Lucas e a Sarah o trabalho parecia lazer.

A todos os outros amigos e companheiros que contribuíram de alguma forma, sou eternamente grato.

Ontem a Serra Leoa,  
A guerra, a caça ao leão,  
O sono dormido à toa  
Sob as tendas d'amplidão!  
Hoje... o porão negro, fundo,  
Infecto, apertado, imundo,  
Tendo a peste por jaguar...  
E o sono sempre cortado  
Pelo arranco de um finado,  
E o baque de um corpo ao mar...

Ontem plena liberdade,  
A vontade por poder...  
Hoje... cúm'lo de maldade,  
Nem são livres p'ra morrer...  
Prende-os a mesma corrente  
— Férrea, lúgubre serpente —  
Nas roscas da escravidão.  
E assim zombando da morte,  
Dança a lúgubre coorte  
Ao som do açoute... Irrisão!...

## SÍNTESE

A prisão provisória surge no ordenamento jurídico como medida cautelar que visa garantir a aplicação de uma pena, as quais eram corporais na antiguidade. Contudo, com o surgimento da pena privativa de liberdade, a prisão provisória se torna exceção à regra da liberdade de acusados durante o trâmite da ação penal, podendo ser aplicada por conveniência da instrução criminal, para garantir a aplicação da lei penal ou para preservar a ordem pública. Desta forma, sua aplicação deve ser sempre *ultima ratio*, haja vista que a presunção de inocência é constitucionalmente garantida a todos. O presente trabalho tem por objetivo demonstrar como a aplicação da prisão provisória sempre serviu de instrumento para a superlotação de um sistema em crise – reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal –, bem como serve de mecanismo para manutenção das assimetrias sociais causadas pela exploração da força de trabalho. Será demonstrado como a prisão provisória subverte a lógica principiológica do direito penal mínimo, abordando-se a função do referido instituto, a crença na efetividade do cárcere – criada por uma cultura encarceradora – e os efeitos sociais da sua aplicação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual Penal, Prisões provisórias, Criminologia, Superencarceramento.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A EXTENSÃO DO CONCEITO DE <i>ULTIMA RATIO</i> .....	12
1.1. A <i>ultima ratio</i> e a proteção da liberdade .....	13
1.2. O direito penal <i>ultima ratio</i> e os subprincípios da fragmentariedade e da subsidiariedade .....	17
1.3. O princípio da proporcionalidade à luz da <i>ultima ratio</i> .....	20
1.4. A <i>ultima ratio</i> e as prisões.....	22
1.5. A <i>ultima ratio</i> como proteção da dignidade humana .....	26
2. O PAPEL DA PRISÃO PROVISÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	30
2.1 A prisão provisória e a presunção de inocência .....	33
2.2 Espécies de prisões provisórias .....	35
2.2.1 A prisão em flagrante.....	36
2.2.2 A prisão temporária .....	40
2.2.3 A prisão preventiva .....	43
3. ELEMENTOS DA CULTURA DO ENCARCERAMENTO.....	49
3.1 O surgimento da prisão como pena e suas bases filosóficas: a sociedade disciplinar .....	50
3.2 Discursos legitimadores da aplicação de penas: a construção das finalidades preventiva e retributiva .....	56
3.2.1 A função retributiva da pena .....	57
3.2.2 A função preventiva geral da pena .....	58
3.2.3 A função preventiva especial da pena.....	60
3.3 As funções não declaradas das prisões.....	62
3.4 A espetacularização do processo penal.....	69
4. A REALIDADE EM NÚMEROS: CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA .....	74
4.1 A escravidão e a formação da população carcerária brasileira .....	75
4.2 Guerra às drogas e etiquetamento .....	82
4.3 As prisões provisórias e o encarceramento feminino .....	92
4.4 O atual sistema carcerário brasileiro.....	96
CONCLUSÃO.....	100
REFERÊNCIAS .....	103

## INTRODUÇÃO

A população carcerária brasileira cresce em velocidade superior que a população brasileira como um todo, aprisionando majoritariamente pessoas pretas e pardas oriundas das camadas sociais que possuem menor poder aquisitivo. Grande parte desses presos ainda não foi definitivamente julgado, o que revela o papel das prisões provisórias no processo de superencarceramento da parcela mais pobre da população. O que se pretende com este trabalho é demonstrar como a aplicação da prisão provisória contribuiu com a superlotação do sistema desde a formação da população carcerária brasileira, a qual possui raízes na escravidão da população africana no período colonial e que se opera pela aplicação de normas jurídicas que criminalizam a pobreza, ao passo que recaem principalmente sobre a parcela da população que se encontra em situação de vulnerabilidade financeira.

O estudo desenvolvido se inicia com a conceituação do direito penal, explicitando sucintamente a origem da necessidade de contenção do poder punitivo estatal para garantia da integridade do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, que possui como fundamento de existência a proteção da dignidade humana e da liberdade dos indivíduos. Assim surgem os princípios limitadores do exercício do poder punitivo estatal, entre eles, o da intervenção mínima – *ultima ratio* –, primeiro objeto de análise, que irradia sua incidência pelos diversos ramos da ciência criminal, tendo a prisão, principalmente a provisória, ante a ausência de cognição exauriente, como medida última em razão de sua gravidade. Tanto o Direito Penal quanto o Direito Processual Penal se norteiam pelo referido princípio, pois, com a evolução da pena, a prisão passa a ser a principal e mais gravosa resposta estatal ao cometimento de um delito, fazendo surgir a necessidade de que a *ultima ratio* oriente o legislador e o aplicador do direito.

Em seguida, é demonstrado como o referido princípio consubstancia a fragmentariedade e a subsidiariedade do Direito Penal, ao passo que se ocupa em regular somente uma parte das condutas que outros ramos do Direito consideram antijurídicas e funcionando quando se mostrarem ineficazes na tutela dos bens jurídicos necessários para a vida em sociedade. Além disso, a *ultima ratio* também decorre do princípio da proporcionalidade quando se leva em consideração que, na dúvida, é socialmente mais nocivo submeter um inocente à prisão do que deixar um culpado em liberdade, o que é a essência do estado de não culpabilidade. Ao final do primeiro capítulo são expostos os impactos psicológicos do encarceramento nos presos e como o referido princípio pode funcionar como

proteção da integridade física e psíquica ao evitar o encarceramento de quem sequer se sabe ser culpado da conduta que lhe é imputada.

No segundo capítulo é abordada a função da prisão provisória, a construção de uma teoria que permite, por conveniência da instrução criminal, para garantir a aplicação da lei penal ou para preservar a ordem pública, a prisão de um acusado de um delito antes mesmo da prolação de sentença penal condenatória, podendo ser em flagrante, temporária ou preventiva. Inicialmente é exposto como a prisão cautelar vai de encontro ao mandamento constitucional da presunção de inocência. É importante ressaltar que a prisão provisória parte de um juízo de cognição sumária e limita um dos direitos mais fundamentais da humanidade, que é a liberdade de locomoção. Em seguida, são abordadas todas as espécies de prisões provisórias, as hipóteses de cabimento e as incompatibilidades com o Estado Democrático de Direito.

No terceiro capítulo é demonstrado como surge a cultura do encarceramento, a começar por uma exposição da formação do modelo de punição que adota como principal medida o isolamento celular, os projetos embrionários do sistema carcerário sob o olhar crítico de Michel Foucault, que revelava a busca pela dominação e disciplina dos corpos aprisionados para a exploração da sua força produtiva. O materialismo histórico dialético, perspectiva aqui adotada, permite que os discursos oficiais referentes às funções declaradas da prisão sejam refutados, revelando as funções não declaradas de formação de reserva de mão de obra e controle de uma classe social que servirá à fábrica e, conseqüentemente, ao acúmulo de capital pelos que detém os meios de produção. Além disso, é abordado ainda como o aparato punitivo estatal é influenciado externamente pelo clamor público e pelo aparelho midiático, que explora o medo de ser vítima de um delito, bem como a comoção popular que ocorre no meio social quando se verifica a prática de determinados crimes. Os efeitos dessa cultura é a aplicação desenfreada das prisões provisórias e, conseqüentemente, a superlotação carcerária.

No quarto capítulo são explicitados dados que demonstram um aparelho punitivo estatal extremamente seletivo por conta de sua maior aplicação aos crimes que notadamente encarceram pessoas oriundas das camadas sociais mais vulneráveis e que transforma o estado de não culpabilidade positivado constitucionalmente em letra morta. A prisão provisória passou a ser aplicada indiscriminadamente, principalmente em determinados tipos penais que contribuem com a criminalização da pobreza, haja vista o perfil dos condenados pela prática de tais delitos. Sob a perspectiva da realidade brasileira, o fenômeno do superencarceramento é analisado desde o período colonial, quando é construída a primeira cadeia brasileira, a qual rapidamente registrou um número de detentos superior à sua capacidade. A pesquisa demonstra como o processo de formação da população carcerária brasileira é peculiar, ao passo que é

composta em grande de escravos oriundos da África, absorvidos por uma política institucional que explorava esta força de trabalho nas obras públicas da capital da colônia, Rio de Janeiro, o que tem consequências até os dias de hoje. É feita ainda uma reflexão dos caríssimos impactos sociais da forma como estão sendo aplicadas as prisões provisórias, que funcionam como mecanismo direto de superencarceramento da população brasileira economicamente mais vulnerável, agravando a desigualdade social que assola o país, demonstrando a necessidade de aplicação de medidas desencarceradoras.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, de forma interdisciplinar, qualitativa, comparativa e histórica de obras jurídicas, filosóficas e sociológicas, além de artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, enunciados de súmulas dos Tribunais Superiores e bancos de dados nacionais, de modo a apontar a necessidade de uma mudança na aplicação das prisões provisórias para evitar a violação de direitos fundamentais constitucionalmente positivados, em especial a liberdade de ir e vir.

## 1. A EXTENSÃO DO CONCEITO DE *ULTIMA RATIO*

A sociedade grega, por meio da filosofia aristotélica, entendia o ser humano como um ser social e, por conseguinte, um ser político, o que foi a base filosófica da organização das principais sociedades ocidentais, as quais buscaram criar normas que viabilizassem a vida em sociedade. Assim surge a ideia de proteção de bens jurídicos e de uma ciência que estuda a resposta estatal sancionatória em decorrência das suas eventuais violações. A existência de uma espécie de normas jurídicas que tem por escopo tutelar somente os bens jurídicos básicos e necessários para viabilizar a vida em sociedade pressupõe uma aplicação restritiva, ao passo que a gravidade da violação de tais bens jurídicos provoca a incidência das medidas mais gravosas previstas no ordenamento jurídico. Tais premissas fundamentam e legitimam os princípios limitadores do exercício do poder estatal punitivo, fontes formais ou imediatas do Direito Penal, dos quais serão analisados os que decorrem de um direito penal mínimo, subsidiário aos demais ramos do direito, que deve ser aplicado em último caso, de modo a fornecer o discurso oficial de uma ciência que se põe a fornecer as bases teóricas para as consequências jurídicas da prática de uma conduta tipificada como crime..

Com a formação das democracias modernas surge a ideia de proteção das liberdades individuais, um direito inerente à condição humana e que exige do Estado que se abstenha de interferir imotivadamente na vida privada e nas escolhas de um cidadão. Do princípio fundamental da liberdade decorre a *ultima ratio*, também tratado pelos doutrinadores como princípio da intervenção mínima, que se irradia por todo o sistema criminal, ao passo que norteia tanto a aplicação das normas de direito material, quanto as de direito processual, servindo como mecanismo de proteção da liberdade do indivíduo acusado da prática de um delito, fazendo parte de uma estrutura jurídica que busca trazer um fundamento racional para o encarceramento. Assim, a *ultima ratio* atende a diversos mandamentos constitucionais, tais como a proteção da dignidade humana, fundamento da República, a proporcionalidade e a própria racionalidade. O conceito do princípio é amplo, motivo pelo qual se adota no presente trabalho a divisão proposta pela doutrina, sendo a *ultima ratio* a proteção somente dos bens jurídicos necessários para viabilizar a vida em sociedade de forma subsidiária e fragmentária.

O processo de superencarceramento, que será analisado nos capítulos terceiro e quarto, tem função essencial para estabilização de um sistema econômico estruturado na exploração da força de trabalho, porém, os impactos sociais e psicológicos da prisão exigem dos operadores do direito atuação direta na limitação do poder punitivo e, neste contexto, o princípio abordado é um instrumento fundamental. Portanto, diante da extensão e da abrangência da *ultima ratio*,

constata-se que as prisões provisórias – que partem de uma de cognição precária, ao passo que se dá antes do julgamento em definitivo – só possuem validade dentro da lógica científica penal quando decretadas em último caso, ou seja, quando todas as demais medidas desencarceradoras se mostrarem ineficazes, o que será demonstrado neste capítulo.

### 1.1 A *ultima ratio* e a proteção da liberdade

A teoria filosófica desenvolvida por Aristóteles descreve o ser humano como um ser que não se basta, que precisa de outros seres, ou seja, um ser social. Segundo Cabral<sup>1</sup>:

Aristóteles observa que o homem é um ser que necessita de coisas e dos outros, sendo, por isso, um ser carente e imperfeito, buscando a comunidade para alcançar a completude. E a partir disso, ele deduz que o homem é naturalmente político. Além disso, para Aristóteles, quem vive fora da comunidade organizada (cidade ou *Pólis*) ou é um ser degradado ou um ser sobre-humano (divino).

Entretanto, para viabilizar a vida em sociedade, que, do ponto de vista aristotélico, é inerente à natureza do ser humano, os estados criaram os padrões de condutas que são aceitos, introduzindo-os na sociedade pelas formas de controle social, em especial o direito. Das lições de Kelsen<sup>2</sup> extrai-se que “as normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana”, e que:

uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas - particularmente contra condutas humanas indesejáveis - com um ato de coação, isto é, com um mal - como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros -, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física - coativamente, portanto.

O direito penal, por sua vez, é conceituado por Zaffaroni<sup>3</sup> como "um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes", no entendimento de Capez<sup>4</sup>, possui a missão de:

<sup>1</sup> CABRAL, João Francisco Pereira. *O conceito de animal político em Aristóteles*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/o-conceito-animal-politico-aristoteles.htm>>. Acesso em: 29 dez. 2018.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 22-23.

<sup>3</sup> ZAFFARONI apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32.

<sup>4</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, VI, parte geral: (arts. 1º a 120)*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, [e-book].

proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça.

Contudo, a história já demonstrou que o direito penal por muitos anos foi utilizado como método de controle de massas para sustentar monarquias, ditaduras, dentre outras práticas políticas antidemocráticas, que serviam para uma conformação social desigual, se estruturando através de medidas sancionatórias como forma de prevenção e retribuição do mal causado pelo agente que comete uma conduta contrária aos interesses dominantes. Como bem salienta Bitencourt<sup>5</sup>, durante a Roma monárquica “surge a distinção entre os crimes públicos e privados, punidos pelos *ius publicum* e *ius civile*, respectivamente. *Crimes públicos* eram a traição ou conspiração política contra o Estado (*pérduellio*) e o assassinato (*parricidium*) [...]”

Com a evolução das sociedades para a formação de sistemas políticos democráticos as penas mudaram, deixaram de atingir o corpo e passaram a limitar o direito de locomoção do apenado, buscando uma humanização no exercício do poder punitivo. Assim, a pena privativa de liberdade, que a partir do século XIX passou a ser resultado mais corriqueiro da atuação da pretensão punitiva estatal, se mostrou uma medida extremamente estigmatizante e traumática para quem a ela é submetido. Bitencourt<sup>6</sup> leciona que inicialmente imperava na dogmática penal um certo otimismo com relação ao objetivo ressocializador da prisão. Porém, no decorrer dos anos, o otimismo deu lugar ao pessimismo, pois a práxis demonstrou que esta modalidade de pena não estava cumprindo seu objetivo. Assim surge a crise da pena de prisão, que segundo Ferrajoli<sup>7</sup>, possui suas bases na "eficácia dissuasória e estigmatizante" da pena. Os impactos psicológicos provocados pela prisão foram objeto de estudos do psicólogo social Craig Haney, afirma Christian Jarrett<sup>8</sup> que:

em um relatório feito para o governo do Estados Unidos sobre o impacto psicológico da prisão, o psicólogo social Craig Haney foi direto "poucas pessoas saem inalteradas ou ilesas de uma experiência prisional". Levando em consideração entrevistas com centenas de presidiários, pesquisadores do Instituto de Criminologia da Universidade de Cambridge, no Reino Unido, foram ainda mais longe, afirmando que a prisão de longo prazo "muda a essência das pessoas". Ou, como resumem as palavras de um preso entrevistado para uma pesquisa publicada nos anos 1980, depois de alguns anos na prisão, "você não é o mesmo".

<sup>5</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 62.

<sup>6</sup> Ibid., p. 120.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 33.

<sup>8</sup> JARRETT, Christian. *Como a prisão muda a personalidade de detentos*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-44282247>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

Com o uso indiscriminado da prisão, o que obedecia a uma lógica de formação de reserva de mão de obra e dominação dos corpos da classe trabalhadora através da disciplina, foi surgindo a necessidade de impor limites ao sistema de aplicação de penas privativas de liberdade. Damásio de Jesus<sup>9</sup> leciona que:

procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguem prevenir a conduta ilícita.

Por conta disso, surgiram diversas teses de delimitação do poder punitivo estatal, pois, conforme explica Juarez Cirino<sup>10</sup> “a proteção de bens jurídicos realizada pelo Direito Penal é de natureza subsidiária e fragmentária - e, por isso, diz-se que o Direito Penal protege bens jurídicos apenas em *ultima ratio*”, atribuindo pena para o mínimo de condutas possíveis necessárias para a vida em sociedade e tão somente quando as demais vias jurídicas se mostraram ineficientes. Embora não expresso em lei, o princípio da *ultima ratio*, também chamado de intervenção mínima, segundo Bitencourt<sup>11</sup>:

orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civil ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penas. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Ensina Capez<sup>12</sup> que o princípio “assenta-se na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 8º determinou que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias”. O que se depreende do princípio da *ultima ratio* é que o sistema criminal e o aparelho punitivo estatal são norteados pela regra da liberdade, ou seja, a intervenção no âmbito do direito de ir e vir de um cidadão deve ser a última e mais gravosa consequência em virtude da prática de um delito. Nucci<sup>13</sup> assevera que “deve-se ressaltar constituir a liberdade a regra, no Brasil; a prisão

<sup>9</sup> JESUS, Damásio de. *Direito penal*, Volume 1: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

<sup>10</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 5.

<sup>11</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 51.

<sup>12</sup> CAPEZ, op. cit., [e-book].

<sup>13</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 39.



a exceção”. O princípio da liberdade, oriundo também da Revolução Francesa, ditos direitos de primeira geração, foi positivado na Carta Magna em diferentes dispositivos, inclusive no preâmbulo, o que demonstra a importância e sua íntima ligação com o Estado Democrático de Direito. Atualmente, o princípio se encontra insculpido na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>14</sup>, que prevê em seu art. 3º que “todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Entretanto, em que pese sua importância histórica como marco da proteção internacional dos direitos humanos, a Declaração Universal não é dotada de coercibilidade, ao passo que se trata de norma *soft law*, motivo pelo qual foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Político<sup>15</sup>, em 16 de dezembro de 1966. Segundo aponta Mazzuoli<sup>16</sup>:

esse Pacto é o instrumento que atribui obrigatoriedade jurídica à categoria dos direitos civis e políticos versada pela Declaração Universal de 1948 em sua primeira parte. Sua intenção é proteger e dar instrumentos para que se efetive a proteção dos assim chamados “direitos de primeira geração”, aqueles que foram historicamente os primeiros a nascer do contexto do constitucionalismo moderno, fruto da obra dos grandes filósofos do Iluminismo e das declarações de direitos que se seguiram, das quais merecem destaque a norte-americana de 1776 e a francesa de 1789.

O Pacto foi internalizado pelo Decreto nº 592/92<sup>17</sup> e prevê, em seu art. 9º, que “1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos”. O reconhecimento internacional da proteção do princípio da liberdade inspirou o constituinte nacional, que o positivou no *caput* do art. 5º da CRFB/88<sup>18</sup>, tendo extrema relevância para as ciências criminais e para o Direito Constitucional, na medida em que a necessidade de limitação do poder punitivo se justifica para preservar a liberdade dos indivíduos, principalmente a partir do momento em que foi constatado que a pena de prisão não consegue atingir seu objetivo ressocializador. Insta salientar que existem diversas concepções do valor jurídico liberdade. Sobre o tema, leciona Branco<sup>19</sup>:

<sup>14</sup> ONU. *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Político*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 103.

<sup>17</sup> BRASIL. *Decreto Nº 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2019.

<sup>18</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2019.

<sup>19</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo, 2010, p. 263.

o catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais.

Entretanto, neste trabalho o sentido que se adotada à liberdade é em relação ao direito de ir e vir, mais sensível ao Direito Penal, tendo em vista que é o principal direito limitado pela prisão. Assim, surgem os princípios limitadores da intervenção mínima, da ofensividade e da legalidade. Silva<sup>20</sup> explica que:

a liberdade é um dos princípios basilares do Estado de Direito Democrático e da sociedade brasileira (por força do preâmbulo e do artigo 3º da Constituição), (...) a pena, mormente a de prisão, mostra-se desproporcionalmente mais prejudicial que o delito cometido.

O princípio da *ultima ratio* dá um contorno democrático e legitimante necessário para a implementação de um modelo de controle social da massa trabalhadora. A superlotação do sistema carcerário, o grau de instrução e a origem étnica dos detentos revela que o princípio é esvaziado no cotidiano forense, sendo mero fundamento teórico e acadêmico de sustentação do aparelho punitivo estatal. Porém, isto não significa que a *ultima ratio* não deve ser objeto de estudos críticos da Criminologia, pois, se é possível apontar as incongruências do sistema de justiça criminal pelos seus próprios fundamentos legitimantes, assim deve ser feito. A *ultima ratio* tem aplicação em todo aparelho punitivo, ao passo que busca preservar o núcleo de direitos fundamentais dos indivíduos, em especial a liberdade de locomoção. Assim sendo, em todas as formas de funcionamento do sistema de justiça criminal sempre se busca a aplicação das medidas restritivas de liberdade somente quando forem violados os bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade, quando os demais ramos do Direito não são suficientes para sua proteção.

## **1.2 O direito penal *ultima ratio* e os subprincípios da fragmentariedade e da subsidiariedade**

A pena privativa de liberdade é a sanção jurídica mais invasiva prevista no ordenamento jurídico, ao passo que restringe um dos direitos fundamentais mais sensíveis ao ser humano, qual seja, a liberdade de ir e vir. É oportuno ressaltar que no passado o Direito Penal prescrevia, além das penas privativas de liberdade, a pena de morte, o que ainda persiste em ordenamentos jurídicos

---

<sup>20</sup> SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 124.

alienígenas, tornando ainda mais aconselhável a observância dos princípios limitadores do poder punitivo.

A fragmentariedade, segundo Bitencourt<sup>21</sup>, decorre dos princípios da intervenção mínima e da reserva legal – esta última remonta à Grécia antiga. Ensinam Aranha e Martins<sup>22</sup> que naquele período se formou uma estrutura social escravocrata. Conforme as terras eram divididas de forma desigual, os privilegiados formaram uma aristocracia que explorava o trabalho dos que perderam suas terras. Com essa divisão de trabalho a produção de artesanato começa a produzir excedentes, estimulando o comércio e dando origem às primeiras pólis – cidades-estados – momento em que se inicia uma nova organização política. O surgimento de atividades comerciais deu origem a uma nova classe social, composta por comerciantes e proprietários de oficinas, que, entretanto, não contavam com representação política. Segundo as autoras:

a luta contra a aristocracia exige a institucionalização da lei escrita, a fim de evitar abusos de poder, o que favorecerá a nova classe. Em Atenas, depois de Drácon, o arconte Sólon, em 594 a.C., promove reformas políticas importantes, possibilitando a todos os cidadãos atenienses a participação na assembleia do povo, na qual eram eleitos todos os funcionários do Estado. Mas é no governo de Clístenes, no final do século VI a.C., que o regime ateniense se democratiza, com a redução do poder da nobreza territorial provocada por uma nova distribuição das famílias em diversas tribos.

Constata-se que a necessidade de limitação do poder punitivo decorre de uma luta por representatividade e democracia, buscando o equilíbrio de poder entre as diversas classes sociais que compõem uma sociedade civil politicamente organizada em Estado soberano e republicano. Porém, posteriormente, mais especificamente durante o período da Idade Média, que foi marcado pela estreita ligação entre o Estado e a Igreja, o que se observa é um retrocesso que culmina no surgimento de um Estado absolutista, em que o poder político se concentrava na pessoa do monarca, o que dura até a formação do Estado Moderno, trazendo um recrudescimento das penas corporais e a vontade do rei soberano como lei. A ascensão da burguesia e a formação de cidades com atividade mercantil – momento parecido com o surgimento da democracia grega – faz surgir uma nova classe social desassociada da doutrina religiosa, que se põe contra o poder posto. Aranha e Martins<sup>23</sup> afirmam que:

a partir do século XII, a Igreja reage criando a Inquisição, com tribunais que julgam os ‘desvios da fé’. Recorre-se à delação anônima, ao julgamento sem advogados, à tortura. As penas variam da prisão perpétua à condenação à morte, geralmente na fogueira. Os

<sup>21</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 44.

<sup>22</sup> ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Introdução à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1993, p. 190.

<sup>23</sup> Ibid., p. 200.

primeiros teóricos dos novos tempos e que podem ser considerados pré-renascentistas são Dante, Marsílio e Guilherme de Okham. Embora as novas ideias não tenham provocado alterações políticas imediatas, inicia-se uma lenta e profunda transformação.

Posteriormente, influenciados pelo Racionalismo, os iluministas rompem com a dogmática religiosa, dando origem aos direitos fundamentais da igualdade e da liberdade que, de acordo com Bitencourt<sup>24</sup>, “deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que àquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais”. Damásio de Jesus<sup>25</sup> assevera que “o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos de violações: só os mais importantes. E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos”. Segundo Muñoz Conde<sup>26</sup> o caráter fragmentário do Direito Penal:

[...] apresenta-se sob três aspectos: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do Direito consideram antijurídicas e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações meramente imorais.

Dessa forma, constata-se que o caráter fragmentário do Direito Penal decorre também da extensão da *ultima ratio*, ao passo que se mostra como limitador do poder punitivo estatal ao prescrever que por ele só devem ser tutelados fragmentos dos interesses jurídicos relevantes para o Direito, ou seja, somente os bens jurídicos mais relevantes.

Por outro lado, diante da gravidade que representa a intervenção do Estado na liberdade de um indivíduo quando impõe o cumprimento de uma pena, os Estados pós-medievais se estruturaram reservando ao Direito Penal uma atuação subsidiária aos demais ramos do direito, tendo em vista que intervenções do Estado no patrimônio possui um impacto infinitamente menor na psiquê e no bem estar humano. Juárez Cirino<sup>27</sup> afirma que a proteção é “subsidiária porque supõe a atuação principal de meios de proteção mais efetivos do instrumental sociopolítico e jurídico do Estado”. Willian de Araujo Buy<sup>28</sup> afirma que:

o ordenamento jurídico deve utilizar, primeiramente, as formas menos gravosas de proteção aos bens jurídicos. Somente quando há comprovada ineficácia desses meios é que o Estado poderá lançar mão da intervenção criminal. A atividade punitiva é a última

<sup>24</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 40.

<sup>25</sup> JESUS, op. cit., p. 52.

<sup>26</sup> CONDE apud BITENCOURT, op. cit., p. 45.

<sup>27</sup> SANTOS, op. cit., p. 5.

<sup>28</sup> BUY, Willian de Araujo. *Descriminalização dos crimes contra a honra*. 2014. 10 f. Artigo Científico (Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público e Privado) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

razão de um Direito que respeita a dignidade humana, mas nunca a primeira. O Princípio da Intervenção Mínima busca a delimitação de desiderato legislativo e assenta-se no pressuposto de que o Direito Penal somente deve intervir na vida social em ocasiões estritamente necessárias. Sendo assim, deixa-se para outros ramos do Direito a solução dos problemas sociais e, somente quando esses outros ramos falham, é que entra em cena o Direito Penal, atuando como *ultima ratio*.

Sendo assim, à luz dos preceitos iluministas de respeito às liberdades individuais, se constata que do princípio da *ultima ratio* decorrem duas espécies de limites ao poder punitivo estatal, um no sentido de que o Direito Penal só deve tutelar fragmentos dos bens jurídicos protegidos pelo direito e outro no sentido de que o Direito Penal somente deve ser aplicado quando os demais ramos do direito não foram suficientes para a proteção dos bens jurídicos necessários para a vida em sociedade. Os referidos limites permitem o exercício do direito fundamental da liberdade de locomoção e promove a proteção da dignidade humana, haja vista os impactos à saúde mental e física de quem é submetido à prisão.

### **1.3 O princípio da proporcionalidade à luz da *ultima ratio***

Ainda sob o prisma da necessidade de limitação do poder punitivo, apresenta-se o princípio da proporcionalidade, do qual decorre a vedação de excessos e da proteção deficiente, devendo ser observado em todos os momentos processuais, em especial quando da decretação da prisão provisória. A proporcionalidade se revela extremamente importante para a dogmática jurídica, haja vista a dimensão material e instrumental. Pedro Lenza<sup>29</sup> explica que se trata de um princípio geral do direito, que “consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom-senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins, (...) serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.”

A proporcionalidade cumpre a função limitadora contra o que Gilmar Mendes<sup>30</sup> denomina de excesso de poder legislativo, que atrai a incidência do controle de constitucionalidade judicial quanto à compatibilidade da lei com a CRFB/88<sup>31</sup>, de modo a representar uma censura no âmbito da discricionariedade legislativa. O autor ensina ainda que o princípio foi utilizado pela primeira vez na Corte Constitucional da Alemanha, em 23 de outubro de 1951, numa de suas

---

<sup>29</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 159.

<sup>30</sup> MENDES, op. cit., p. 217.

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

primeiras decisões. O princípio muito se assemelha e se confunde com a razoabilidade, de origem anglo-saxônica, explicam Sarlet, Marinoni e Mitidiero<sup>32</sup> que a proporcionalidade é:

originário do direito administrativo prussiano, o princípio da proporcionalidade (assim como, na tradição anglo-americana, a noção de razoabilidade = *reasonableness*), na sua forma inicial e até hoje reconhecida (embora reconstruída ao longo do tempo), guarda íntima vinculação com a ideia de um controle dos atos do Poder Público, buscando precisamente coibir excessos de intervenção na esfera dos direitos dos cidadãos, evoluindo, todavia, para servir de critério de aferição também da legitimidade constitucional dos atos legislativos e mesmo de decisões judiciais.

Embora não positivado, afirma Bitencourt<sup>33</sup> que o princípio foi recepcionado pela CRFB/88<sup>34</sup> nos dispositivos que determinam a individualização da pena – art. 5º, XLVI –, a vedação de determinadas modalidades de pena – art. 5º, XLVII – e admissão de maior rigor para infrações mais graves – art. 5º, XLII, XLIII e XLIV –. Ensina Capez<sup>35</sup> que a criação de um tipo penal para uma determinada conduta tem que se mostrar vantajosa do ponto de vista dos custos e benefícios sociais que é possível ter com a tutela penal de determinado bem jurídico, isto porque:

quando a criação do tipo não se revelar proveitosa para a sociedade, estará ferido o princípio da proporcionalidade, devendo a descrição legal ser expurgada do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade. Além disso, a pena, isto é, a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Deve ser proporcional à extensão do dano, não se admitindo penas idênticas para crimes de lesividades distintas, ou para infrações dolosas e culposas.

Neste mesmo sentido foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal em voto proferido em ADI nº 2.290-3<sup>36</sup>, em que, ao suspender os efeitos da Medida Provisória nº 2.045/2000<sup>37</sup>, que proibia o registro de armas de fogo, considerou que não havia proporcionalidade entre os custos sociais como desemprego e perda de arrecadação tributária e os benefícios que compensassem o sacrifício. Portanto, não restam dúvidas acerca da força normativa que o princípio, ainda que não positivado, possui. Com relação ao princípio da *ultima ratio*, o princípio da proporcionalidade se aproxima na medida em que a resposta do poder punitivo do Estado tem que ser proporcional à

<sup>32</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 349.

<sup>33</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 54.

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>35</sup> CAPEZ, op. cit., [e-book].

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2290 Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+2290%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2290%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=htp://tinyurl.com/n7hxb5r>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

<sup>37</sup> BRASIL. *Medida Provisória nº 2.045-6*, de 23 de novembro de 2000 Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2000/medidaprovisoria-2045-6-23-novembro-2000-362003-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

lesão provocada pela conduta criminosa, ou seja, se o bem jurídico tutelado não impõe pena privativa de liberdade, não é possível a aplicação de prisão provisória. Nessa esteira, afirma Badaró<sup>38</sup> que é necessário:

proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena a ser aplicada. (...) o juiz deverá também verificar a probabilidade de que ao final se tenha que executar uma pena privativa de liberdade. (...) se a prisão preventiva, ou qualquer outra prisão cautelar, for mais gravosa que a pena que se espera ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e que ela deve preservar.

Aury Lopes Jr.<sup>39</sup>, por sua vez, entende que:

a proporcionalidade em sentido estrito significa o sopesamento dos bens em jogo, cabendo ao juiz utilizar a lógica da ponderação. De um lado, o imenso custo de submeter alguém que é presumidamente inocente a uma pena de prisão, sem processo e sem sentença, e, de outro lado, a necessidade da prisão e os elementos probatórios existentes. Deve-se considerar a imprescindível incidência do princípio da proporcionalidade – sempre conectado que está ao valor dignidade da pessoa humana – quando da aplicação da prisão cautelar.

Portanto, conclui-se que, à luz da *ultima ratio*, deve o julgador levar em consideração a gravidade da prisão provisória em relação ao crime que está sendo imputado ao acusado no trâmite de uma ação penal, pois em crimes de menor gravidade não seria possível a aplicação da medida privativa de liberdade. Ademais, deve ser observado também a necessidade e a adequação da medida, ao passo que sua aplicação somente se legitima em casos em que outras medidas menos gravosas não se mostrem suficientes e que seja idônea para se atingir o fim pretendido com a prisão.

#### 1.4 A *ultima ratio* e as prisões

A prisão atualmente é a principal e mais gravosa resposta estatal à violação de um bem juridicamente protegido, mas nem sempre foi assim. O exercício do poder punitivo estatal passou por transformações significativas ao longo da história, embora a prisão provisória sempre estivesse presente, ao passo que servia para acautelar o condenado até a execução da pena. Se inicialmente se punia com penas corporais, que importavam em violência física, modernamente a maior parte

<sup>38</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 150-152.

<sup>39</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, [e-book].

dos ordenamentos jurídicos abandonam a pena física para adotarem a privativa de liberdade. Ensina Bitencourt<sup>40</sup> que:

até fins do século XVIII a prisão serviu somente à contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes. (...) Durante todo o período da Idade Média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece. Há, nesse período, um claro predomínio do direito germânico. A privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial aplicável àqueles que foram submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas.

Prosseguindo, aponta que após este período começaram a surgir na Europa, especialmente na Inglaterra e na Holanda, casas de correção, que seriam uma espécie de embrião das casas de custódia, criadas inicialmente para punição de pequenos delitos. Nesse contexto, surge no iluminismo um discurso legitimador do encarceramento sob o fundamento de uma visão mais humana do direito de punir, principalmente com a obra de Beccaria “Dos Delitos e das Penas”<sup>41</sup>, que embasa o conceito de proporcionalidade entre o delito e a punição. Afirmo o autor<sup>42</sup> que:

com o Iluminismo e a grande repercussão das ideias dos reformadores (Beccaria, Howard e Bentham), a crise da sanção penal começou a ganhar destaque. A pena chamada a intimidar não intimidava. A delinquência era uma consequência natural do aprisionamento. A tradicional função de corrigir o criminoso retribuindo sua falta não se cumpria, ao contrário, provocava a reincidência. Enfim, a prisão fracassava em todos os seus objetivos declarados.

Saliente-se que, como visto, a proporcionalidade está intimamente ligada ao princípio da *ultima ratio*, ao passo que serve de vetor avaliativo do cabimento da prisão no caso concreto. No que concerne às prisões provisórias, o princípio da intervenção mínima possui aplicação direta, ao passo que não há sequer um juízo de certeza formado pelo julgador, o que possui reflexos diretos na legislação instrumental. Com o advento da Lei nº 12.403/11<sup>43</sup> e da Lei 13.964<sup>44</sup>, de dezembro de 2019, que alteraram profundamente a regulação das prisões provisórias, a redação do caput de art. 282 e o seu § 6º do CPP<sup>45</sup>, passaram a determinar que:

<sup>40</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 506.

<sup>41</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. Marchesidi. *Dos delitos e das penas*. tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. [e-book]

<sup>42</sup> Ibid., p. 514.

<sup>43</sup> BRASIL. *Lei nº 12.403*, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm)>. Acesso em: 16 out. 2019.

<sup>44</sup> BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 12 mai. 2020.

<sup>45</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.



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

[...]

§6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

O art. 310 do mesmo diploma legal também é nesse sentido:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: [...]

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Além disso, conforme bem destacado por Pacelli<sup>46</sup>, é vedada a sua aplicação quando não for cominado ao tipo legal da acusação pena privativa de liberdade, bem como nos crimes de menor potencial ofensivo, que seja cabível transação penal ou suspensão condicional do processo, segundo o autor, no que se refere aos crimes culposos:

a imposição de medida cautelar, em princípio, não será admitida, em face do postulado da proporcionalidade; contudo, quando - e somente quando - se puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa da liberdade ao final do processo, diante das condições pessoais do agente, serão cabíveis, excepcionalmente para os crimes culposos, as cautelares dos arts. 319 e 320, segundo a respectiva necessidade e fundamentação.

Da leitura dos dispositivos supramencionados é possível constatar que a atividade legislativa processual foi norteadada pelo princípio da *ultima ratio* ao determinar a aplicação da prisão preventiva excepcionalmente, devendo o julgador dar preferência às medidas cautelares desencarceradoras, o que se coaduna com a CRFB/88<sup>47</sup>, que prevê a liberdade como regra e a prisão como medida excepcionalíssima. Sobre o tema, leciona Pacelli<sup>48</sup> que a Lei nº 12.403/11<sup>49</sup> “trouxer relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, cuidando de inserir – felizmente – inúmeras alternativas ao cárcere (art. 319, CPP)”. Aury Lopes Jr.<sup>50</sup> afirma que:

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal I*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 495.

<sup>47</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>48</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 493.

<sup>49</sup> BRASIL, op. cit., nota 43.

<sup>50</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam.

A presunção de inocência, ou estado de não culpabilidade, demanda que o acusado da prática de um delito seja tratado como inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo positivada na CRFB/88<sup>51</sup>, mais especificamente em seu art. 5º, inciso LVII, consistindo na força normativa que impõe aplicação *ultima ratio* das prisões provisórias. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é possível vislumbrar que a aplicação da prisão provisória depende da verificação de sua imprescindibilidade, nesse sentido foi o voto do Ministro Dias Toffoli, Relator do HC nº 153057<sup>52</sup>, de São Paulo, no qual consignou que:

apura-se a inadequação das demais medidas cautelares prévias ao encarceramento, em vista da ineficiência para o devido resguardo da ordem pública, a se concluir pela necessidade da prisão, *ultima ratio*, vez que evidenciada a imprescindibilidade da constrição na hipótese.

Pacelli<sup>53</sup> afirma ainda que “toda e qualquer prisão deverá se pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade”. A *ultima ratio* se caracteriza como limitação do poder punitivo, ao passo que restringe a aplicação das normas penais somente quando estritamente necessário, tutelando somente os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade e, instrumentalmente, somente quando os demais ramos do Direito se mostrarem ineficazes para tal proteção. Diante disso, é possível vislumbrar facilmente como o referido princípio está intimamente ligado à legalidade e à legitimidade das prisões provisórias, que possuem aplicação restrita e subsidiária. A proporção atual de presos provisórios e a realidade de superlotação do sistema carcerário são elementos que não deixam dúvidas acerca de violação sistemática da *ultima ratio* no sistema de justiça criminal brasileiro, expondo uma estrutura seletivamente racista e discriminatória. Este é o paradoxo do direito penal, que deveria ser mínimo e subsidiário, mas faz a população carcerária crescer numa velocidade maior que a taxa de crescimento populacional do país.

---

<sup>51</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>52</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 153057*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562797604/habeas-corpus-hc-153057-sp-sao-paulo-0065798-8620181000000>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>53</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 498.

### 1.5 A *ultima ratio* como proteção da dignidade humana

A CRFB/88<sup>54</sup> promove uma verdadeira mudança de paradigma ao conferir à dignidade da pessoa humana o ponto nevrálgico da ordem jurídica democrática, revelando-se como verdadeiro super (ou supra) princípio. Das lições de Barroso<sup>55</sup> extrai-se que o princípio tem origem religiosa, ganhando contornos filosóficos no Iluminismo e jurídicos após a 2ª Guerra Mundial. Barroso afirma ainda que:

a dignidade da pessoa humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e fundamentais.

Alexandre de Moraes<sup>56</sup>, por seu turno, leciona que:

a dignidade da pessoa humana concede unidade a os direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de domínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Rizzato Nunes<sup>57</sup>, por sua vez, define a dignidade humana como o principal direito fundamental constitucionalmente garantido, segundo o autor, é “o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. (...) É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete”.

Paralelamente, o princípio da *ultima ratio* tem como escopo a preservação da liberdade, direito fundamental de primeira geração constitucionalmente protegido, na medida em que somente autoriza o funcionamento do Direito Penal e a restrição da liberdade de um indivíduo quando os demais ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos tutelados. A liberdade está intimamente ligada à dignidade humana, pois não é

<sup>54</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critério de aplicação*. Disponível em: <[https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 30 dez. 2018.

<sup>56</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 48.

<sup>57</sup> NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

possível conceber dignidade sem liberdade. Contudo, o referido princípio não se restringe à proteção do direito de locomoção, mas também da saúde física e mental do encarcerado e de seus familiares. Os efeitos psicológicos negativos da prisão conferem à *ultima ratio* a função de proteção à saúde, que também decorre da dignidade humana, afinal, conforme sinaliza Barroso<sup>58</sup> a dignidade humana comporta a proteção ao mínimo existencial, que inclui “renda mínima, saúde básica e educação fundamental”. As consequências nefastas do encarceramento fornecem uma infinidade de eventos desastrosos marcados na história do sistema de justiça criminal. Um destes, ocorrido nos Estados Unidos da América, é relatado por Nunes<sup>59</sup> nos seguintes termos:

Antony Carton rodava com seu veículo pelo *High Way 720* num Estado americano, na noite de 18 de março de 1993. Um dos faróis do carro estava queimado. Por este motivo ele foi parado pela Polícia Rodoviária. Abordado, dois policiais examinaram seus documentos e lavaram-no preso. Antony nada fizera, mas um homônimo cometera um crime e era procurado pela polícia. Ele disse isso aos guardas, mas não adiantou. Enjaulado, foi-lhe oferecido um advogado. Passaram dias e por uma falha processual o advogado não conseguiu peticionar no prazo ao Juiz, requerendo a soltura de seu cliente (que era absolutamente inocente). O Juiz não apreciou o pedido por excesso de prazo, mas percebeu que se tratava de homonímia. Disse, então, para o advogado recorrer. Dias depois, no exato momento em que o Tribunal finalmente concedera a liberdade a Antony, ele se suicidava. Amarrando uma corda feita de pedaços de tecido a uma grade no teto do refeitório, ele se enforcou. Um dia antes havia sido violentado em sua cela por outros dois prisioneiros.

Outro caso ainda mais cruel foi da adolescente de 15 anos que foi mantida presa provisoriamente em uma cela com 30 homens de uma Delegacia de Polícia no estado do Pará por 13 dias, período que foi torturada e estuprada. Bertolini<sup>60</sup> informa que a adolescente só foi transferida depois que um dos presos foi solto e relatou o caso ao Conselho Tutelar. Sobre os efeitos negativos à saúde mental dos presos vale mencionar o estudo realizado por Patricia Constantino, Simone Gonçalves de Assis e Liana Wernersbach Pinto<sup>61</sup> no sistema carcerário do Estado do Rio de Janeiro, que demonstram que:

investigações consideram que os prisioneiros possuem taxas mais elevadas de transtornos mentais, quando comparados com a comunidade em geral. São encontradas estimativas entre 10 e 15% para a doença mental grave entre os presos

<sup>58</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 260.

<sup>59</sup> NUNES, op. cit., p. 14.

<sup>60</sup> BERTOLINI, Jeferson. *Garota que ficou presa com 30 homens no Pará leva vida desprotegida*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/11/1828880-garota-que-ficou-presa-com-30-homens-no-para-leva-vida-desprotegida.shtml>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

<sup>61</sup> CONSTANTINO, Patricia; ASSIS, Simone Gonçalves de; PINTO, Liana Wernersbach. *O impacto da prisão na saúde mental dos presos do estado do Rio de Janeiro*, Brasil. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2089.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2020.

em comparação com o constatado na população geral, que é de 2%. (...) O estresse, aferido pelo Inventário de Sintomas de Estresse para Adultos de Lipp, foi observado em 35,8% dos homens e 57,9% das mulheres. Observa-se que 7,5% das mulheres apresentaram sintomas depressivos grave, contra 6,3% dos homens. Ainda com relação à depressão, chama a atenção o elevado percentual de detentos com sintomas depressivos moderados (24,8% entre os homens e 39,6% entre as mulheres).

Nas considerações finais, as pesquisadoras<sup>62</sup> concluíram que:

a atenção à saúde das pessoas privadas de liberdade é um direito a ser garantido. No entanto, para além do diagnóstico e atenção aos problemas de saúde mental e outras demandas de saúde da população carcerária, o próprio sistema penitenciário precisa ser repensado, pois são muitos os elementos desse universo que se configuram como fatores de risco ao adoecimento: superlotação, condições das celas, ociosidade, alimentação inadequada, entre outros fatores. Na forma como está constituído, o sistema prisional, frequentemente, contribui para o aprofundamento das múltiplas exclusões vivenciadas pelos reclusos antes do encarceramento.

As condições desumanas apontadas pelas pesquisadoras não são uma novidade no Judiciário. Na ADPF 347<sup>63</sup> o STF reconheceu a violação da integridade física e moral dos custodiados, conforme ementa abaixo:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. (...) Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

A atual situação do sistema carcerário viola uma série de dispositivos de proteção de direitos fundamentais. No âmbito interno, é possível mencionar o art. 5º, XLVII, “e”, da CRFB/88<sup>64</sup>, e o art. 10 da Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado pelo Decreto nº 592/92<sup>65</sup>, o qual prevê que:

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.
2. a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada.

<sup>62</sup> Ibid., p. 297.

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

<sup>64</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>65</sup> BRASIL, op. cit., nota 17.

b) As pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível.

3. O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

Além desses dispositivos, convém fazer menção ainda à Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 10 de dezembro de 1984, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 40, de 15/02/1991<sup>66</sup>. Há também o Protocolo Facultativo da Convenção, adotado em 18/12/2002, também denominado de Protocolo de Istambul, o qual foi promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 6.085/2007<sup>67</sup>.

Desta forma, a aplicação banalizada das prisões provisórias e o processo de superencarceramento que dela decorre estão em total descompasso com as normas internas e convencionais, ferindo diretamente o direito à liberdade e, por conseguinte, o núcleo de proteção do ordenamento jurídico pátrio que é a dignidade humana e demais direitos afins. Portanto, diante da reconhecida situação do sistema carcerário brasileiro, é possível constatar que a *ultima ratio* tem como escopo também a proteção da dignidade humana, servido como mecanismo que busca evitar a aplicação indiscriminada da prisão, principalmente da provisória. A observância do princípio poderia ter efeito direto nos fatores de risco aos detentos, ao passo que a superlotação possui elevado potencial de transmissão de doenças venéreas e consequências graves para a saúde mental dos presos.

---

<sup>66</sup> BRASIL. *Decreto nº 40*, de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2020.

<sup>67</sup> Id. *Decreto nº 6.085*, de 19 de abril de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2020.

## 2. O PAPEL DA PRISÃO PROVISÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O processo penal consiste essencialmente num conjunto de atos coordenados previamente previstos em lei e limitados pelas garantias pessoais do acusado, que se desenvolve em contraditório, com o fim de apurar a prática de uma conduta criminosa e a cominação da respectiva pena. Goldschmidt<sup>68</sup> reputa ao processo penal um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da CRFB/88<sup>69</sup>. A prática destes atos coordenados demanda tempo, pois, o pleno exercício do direito de defesa, com a observância do contraditório, do devido processo legal, oportunizando às partes a possibilidade de discussão ampla das questões deduzidas em juízo e toda produção probatória, aliados ao burocrático funcionamento da máquina estatal, são elementos que contribuem com a morosidade do processo. São inúmeras as consequências de uma tramitação lenta, podendo-se destacar a perda de eficácia das decisões, pois os fatos analisados eventualmente já não guardam mais conexão com a realidade, o perecimento de provas e até a prescrição. Além disso, situações como flagrante delito, esvaziamento de patrimônio, fuga do acusado, ameaças à produção das provas e risco de reiteração da prática de outras condutas tipificadas como crime provocaram a atividade legiferante no sentido da criação de medidas cautelares, que possuem a função declarada de garantir a eficácia do processo, ou das investigações, e a proteção de uma suposta ordem pública e econômica.

As prisões provisórias, que compreendem todas as prisões decretadas antes do trânsito em julgado de sentença penal, possuem funções não declaradas que integram um sistema de justiça criminal superencarcerador, motivo pelo qual serão analisadas individualmente quanto a sua origem, seus requisitos legais e hipóteses de cabimento. Embora uma corrente eloquente refletida nas lições de Aury<sup>70</sup> e fundamentadas pelos ensinamentos de Carnelutti<sup>71</sup>, sustente que a prisão em flagrante possui caráter pré-processual, grande parte dos autores entendem como Pacelli<sup>72</sup>, que argumenta que com o advento da Lei nº 12.403/11<sup>73</sup> todas as prisões provisórias passaram a ter natureza cautelar. Desta forma, sem desconsiderar o primeiro entendimento, mas tão somente para facilitar a compreensão do sistema das prisões provisórias, é que se aborda a prisão em flagrante no mesmo contexto das demais cautelares, as quais, aponta Aury<sup>74</sup>, servem

---

<sup>68</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

<sup>69</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>70</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 493.

<sup>73</sup> BRASIL, op. cit., nota 43.

<sup>74</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

para “garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo”, ao passo que possuem um caráter instrumental.

O autor defende a inaplicabilidade dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* pensados por Calamandrei<sup>75</sup> e adotados no âmbito do Direito Processual Civil, prevalecendo os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* como fundamentos da decretação da prisão provisória. O primeiro consiste na “probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, na sistemática do CPP<sup>76</sup>, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”, enquanto o segundo consiste na:

situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova). O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto. O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. (...) Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.

As prisões provisórias, na qualidade de medidas cautelares, são analisadas nos autos da ação que apura o cometimento de determinado delito; não há instauração de ação penal cautelar autônoma. Segundo Tucci<sup>77</sup> “o que se tem são ‘medidas cautelares penais’, a serem tomadas no curso da investigação preliminar, do processo de conhecimento e até mesmo no processo de execução”. Entretanto, as prisões provisórias obedecem a um sistema principiológico que possui arrimo constitucional, o que possibilita sua aplicação antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado sem que haja violação do texto da Carta, devendo ser sempre decretada em caráter excepcional, mediante decisão motivada e fundamentada, proferida por quem detém poder jurisdicional.

A excepcionalidade está prevista nos arts. 282, §6º e 310, II, ambos do CPP<sup>78</sup>, e decorre, como já exposto anteriormente, da *ultima ratio* da prisão cautelar, ou seja, somente quando se mostrar necessária e adequada. Na hipótese de cabimento de outra medida cautelar, a prisão não deverá ser decretada. Neste sentido, leciona Pacelli<sup>79</sup> que:

<sup>75</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Pádova: Cedam, 1936, p. 18.

<sup>76</sup> BRASIL, op. cit., nota 45.

<sup>77</sup> TUCCI apud LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

<sup>78</sup> BRASIL, op. cit., nota 45.

<sup>79</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 496.



as atuais regras das cautelares pessoais, que surgem precisamente para evitar o excesso de encarcerização provisória, não podem ser banalizadas, somente justificando a sua imposição, sobretudo quando não for o caso de anterior prisão em flagrante, se forem atendidos os requisitos gerais previstos no art. 282, I e II, CPP, fundada, portanto, em razões justificadas de receio quanto ao risco à efetividade do processo.

A provisoriedade, por sua vez, encontra-se positivada no art. 282, § 5º do CPP<sup>80</sup> e, conforme assevera Guilherme Madeira<sup>81</sup>:

significa que conforme houver alteração na situação fática é possível e até mesmo provável que haja modificação na situação jurídica do acusado. Pode haver assim, a depender da modificação da situação fática, revogação, imposição, ampliação ou redução de medidas cautelares ao imputado. (...) o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista.

Aury Lopes Jr.<sup>82</sup> é ainda mais enfático ao afirmar que se trata de um princípio básico, ao passo que as prisões cautelares são:

acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão. O desaparecimento de qualquer uma das “fumaças” impõe a imediata soltura do imputado, na medida em que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da prisão.

(...)

O desprezo pela provisionalidade conduz a uma prisão cautelar ilegal, não apenas pela falta de fundamento que a legitime, mas também por indevida apropriação do tempo do imputado.

Além disso, a decisão que decreta a prisão provisória somente poderá ser proferida pelo Poder Judiciário. Trata-se da jurisdicionalidade que, segundo Aury<sup>83</sup>, decorre do devido processo legal, e que, nas palavras de Guilherme Madeira<sup>84</sup>:

veda a que seja aplicada qualquer medida cautelar pessoal por órgão que não seja integrante do Poder Judiciário. Encontra-se positivado no art. 5.º, LXI, da CF/1988. (...) Trata-se de característica essencial das medidas cautelares pessoais e que se liga aos direitos de resistência. No entanto, esta característica sofre alguma atenuação nos casos envolvendo prisão em flagrante. Isto porque esta medida não precisa se ordem judicial. Disse que sofre alguma limitação na medida em que a prisão em flagrante precisará ser convalidada pelo Poder Judiciário nos termos do art. 310 do CPP, de forma que não se trata de exceção absoluta.

<sup>80</sup> BRASIL, op. cit., nota 45.

<sup>81</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 288.

<sup>82</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

<sup>83</sup> Ibid.

<sup>84</sup> DEZEM, op. cit., p. 289

Saliente-se ainda que tal decisão deve ser devidamente fundamentada e motivada. O art. 93, IX, da CRFB/88<sup>85</sup> determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”, enquanto que art. 315 do CPP<sup>86</sup> prevê que “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. Constata-se, portanto, que dentro do discurso oficial legitimante do sistema de justiça criminal as prisões provisórias foram concebidas para serem aplicadas em caráter excepcional, sob uma perspectiva de um processo penal supostamente célere e eficaz, ao passo que decretadas quando ainda não há cognição exauriente. Assim, a aplicação exige estrita observância de parâmetros legais e constitucionais, evitando-se sua banalização, bem como a violação de direitos e garantias fundamentais. Ocorre que todo o suporte teórico dogmático, legal e constitucional referente às prisões provisórias não produz o efeito concreto que oficialmente se propõe, o que fica evidente quando se constata que quase metade população carcerária está presa provisoriamente.

É importante ressaltar ainda que, embora haja um entendimento sobre a possibilidade de cumprimento provisório da pena privativa de liberdade, que chegou até ser majoritariamente adotado pela jurisprudência, prevalece atualmente no STF<sup>87</sup> o entendimento de que o cumprimento provisório é incompatível com a presunção de inocência prevista no art. 5º, LVII da CRFB. Portanto, todos os presos que não estão cumprindo pena definitiva, são presos provisórios. Ocorre que há diferentes espécies de prisões provisórias previstas no ordenamento jurídico, as quais se dividem em temporária, em flagrante e preventiva, o que demanda uma análise profunda para a compreensão do seu papel no processo penal brasileiro e na situação de superlotação do sistema carcerário.

## 2.1 A prisão provisória e a presunção de inocência

No âmbito do processo penal todo acusado da prática de um delito goza do direito fundamental de ser considerado inocente até que se prove o contrário, sendo-lhe permitido exercer plenamente seu direito de defesa, possibilitando que comprove que não deve ser punido. Sem estes pressupostos fundamentais o Estado careceria de legitimidade democrática para o exercício do poder punitivo. Segundo Aury<sup>88</sup>:

---

<sup>85</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>86</sup> BRASIL, op. cit., nota 45.

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>88</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

a presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve.

Com o advento do Iluminismo e a ideia de humanização das penas, bases teóricas que permitiram a concepção de uma pena privativa de liberdade, o princípio volta a ganhar aplicação no direito penal, tendo sido abordado por Beccaria<sup>89</sup>, o qual ponderou que:

um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de aplicar pena ao cidadão, enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência?

Posteriormente, a presunção de inocência foi reconhecida no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, (Decreto nº 592/92<sup>90</sup>), mais especificamente no art. 14, 2, o qual prevê que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. O princípio encontra também assento constitucional, como aponta Nestor Távora<sup>91</sup>:

trata-se de princípio que foi inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988. Antes, já se invocava sua aplicação, por decorrer do sistema, de forma implícita. A CF/1988 cuidou do estado de inocência de forma ampla, isto é, de modo mais abrangente que a Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil: Decreto nº 678/1992), na medida em que esta estabeleceu que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (art. 8º, 2), enquanto aquela dispôs como limite da presunção de não-culpabilidade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Com o passar do tempo a presunção de inocência deixa de ser uma norma meramente principiológica e passa a ter caráter de norma de tratamento, transmutando-se no estado de não culpabilidade, tão caro ao processo penal, que consiste numa regra de tratamento, e, no ponto de vista probatório, na garantia de que é da acusação o ônus da comprovação em juízo dos fatos narrados na denúncia. No que tange às prisões provisórias, afirma Pacelli<sup>92</sup> que “o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade” e que:

o princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência (e não a presunção)

<sup>89</sup> BECCARIA, op. cit., p. 61.

<sup>90</sup> BRASIL, op. cit., nota 52.

<sup>91</sup> TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 9. ed. rev. e atual., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 69.

<sup>92</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 48.

proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal.

Porém, há no sistema carcerário brasileiro uma verdadeira crise de eficácia do princípio da presunção de inocência. Aury Lopes Júnior<sup>93</sup> aponta uma “difícil coexistência” entre a presunção de inocência e as prisões cautelares. O processo de superencarceramento provocado pela aplicação indiscriminada das prisões provisórias escancara o esvaziamento normativo do estado de não culpabilidade, remontando à Idade Média. Cadeias superlotadas, que não possuem condições sanitárias mínimas se igualam, quiçá, superam as penas corporais impostas pelo direito penal medieval, escancarando que nem o discurso oficial que supostamente legitima democraticamente as prisões é praticado, confirmando o paradoxo do sistema que se pauta pela presunção de inocência e banaliza a prisão cautelar.

## 2.2 Espécies de prisões provisórias

A pesquisas acadêmicas em torno do superencarceramento, de um modo geral, possuem as atenções voltadas para a pena de prisão, em que são apontadas funções declaradas e funções ocultas de dominação dos corpos que fornecem mão de obra para um sistema econômico estabelecido sobre a relação de exploração da força de trabalho da maioria pobre, por uma minoria rica. Assim, tendo em vista que quase metade da população carcerária brasileira é de presos provisórios, se faz necessária uma análise da dicotomia entre as funções declaradas e as não declaradas das prisões provisórias.

O ordenamento jurídico brasileiro conta atualmente com prisões cautelares que permitem o acautelamento do acusado desde o momento pré-processual até a execução de eventual sentença penal condenatória. Embora sejam *ultima ratio* e haja previsão de diversas medidas alternativas, as prisões provisórias são aplicadas indistintamente e permitem a implementação de uma política superencarceradora, ao passo que sua decretação se dá, invariavelmente, por critérios sociais e econômicos, os quais revelam suas funções não declaradas. Registre-se que não se trata de funções ocultas, elas são expostas diariamente nas decisões judiciais e nas correntes teóricas, mas sim de não declaradas, eis que revestidas de tecnicismo jurídico. Nesse sentido, afirma Aury<sup>94</sup> que:

o grande problema é a massificação das cautelares, levando ao que Ferrajoli denomina ‘crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso’. No Brasil, as prisões cautelares

<sup>93</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

<sup>94</sup> Ibid.

estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida.

A análise do impacto das prisões provisórias na situação de superencarceramento do sistema prisional brasileiro e na criminalização da pobreza só é possível com a conceituação de cada uma das espécies, o que será feito adiante. A começar pela prisão em flagrante, são expostas as modalidades, passando pela análise da controvertida compatibilidade de suas modalidades com a CRFB/88<sup>95</sup>. Sobre a prisão temporária, aplicada na fase de inquérito, é demonstrado que tem em seu DNA uma modalidade de prisão muito utilizada num contexto histórico de ascendência do autoritarismo no quadro político do país, o qual suprimiu garantias fundamentais e fez uso constante do aparelho punitivo estatal, passando também pela inconstitucionalidade formal da lei que a institui. Em seguida é analisada a prisão preventiva, a modalidade de prisão provisória mais encarceradora, responsável por garantir que o detento fique preso até a execução da pena. A prisão preventiva tem requisitos extremamente vagos, que permitem a fixação de critérios extralegais, que variam de acordo com o entendimento íntimo do magistrado.

### 2.2.1 A prisão em flagrante

A maior parte dos presos provisórios ingressaram no sistema penitenciário pela prisão em flagrante, posteriormente convertida em prisão preventiva, o que denota a importância de sua análise crítica. A começar pela sua origem, ensina Capez<sup>96</sup> que “o termo flagrante provém do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. É o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo”. Segundo Aury<sup>97</sup> “o flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, e que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial”. Prevista no CPP<sup>98</sup>, está disciplinada a partir do art. 301, sendo obrigatória para as forças de segurança e facultativa para as demais pessoas. Conforme ensina Nestor Távora<sup>99</sup>:

alcança a atuação das forças de segurança, englobando as polícias civil, militar, rodoviária, ferroviária e o corpo de bombeiros militar (art. 144 da CF). Estas têm o dever de efetuar a prisão em flagrante, sempre que a hipótese se apresente (art. 301, *in fine*, CPP). Entendemos que esta obrigatoriedade perdura enquanto os integrantes estiverem em serviço. Durante as férias, licenças, folgas, os policiais atuam como qualquer cidadão,

---

<sup>95</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>96</sup> CAPEZ, op. cit., [e-book].

<sup>97</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

<sup>98</sup> BRASIL, op. cit., nota 45.

<sup>99</sup> TÁVORA, op. cit., p. 907.

e a obrigatoriedade cede espaço à mera faculdade. (...) Flagrante facultativo. É a faculdade legal que autoriza qualquer do povo a efetuar ou não a prisão em flagrante. Abrange também, como já visto, os policiais que não estejam em serviço (art. 301, CPP).

As situações que configuram a flagrância estão previstas taxativamente no art. 302 do CPP<sup>100</sup>, o qual prevê que:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:  
 I - está cometendo a infração penal;  
 II - acaba de cometê-la;  
 III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;  
 IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

A natureza jurídica da prisão em flagrante é assunto controvertido. Aury<sup>101</sup> sustenta com coerência que se trata de uma prisão pré-cautelares, ou seja, não tem a função de tutelar o processo, mas sim fazer cessar a prática de um delito. Portanto, não poderia ser considerada medida cautelar, pois tem um prazo exíguo de 24 horas, quando sequer há processo ainda. Neste sentido, determina o art. 306 do CPP<sup>102</sup> que:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e a família do preso ou à pessoa por ele indicada.  
 § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.  
 § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Existem três espécies de prisão em flagrante positivadas no CPP<sup>103</sup>, a primeira, denominada como flagrante próprio, está prevista nos incisos I e II, os quais preveem o mais comum dos flagrantes, quando a pessoa está cometendo o delito ou acabou de cometê-lo. Sobre o primeiro, ensina Aury<sup>104</sup> que:

o flagrante do inciso I ocorre quando o agente é surpreendido cometendo o delito, significa dizer, praticando o verbo nuclear do tipo. (...) A prisão em flagrante, nesse caso, é detentora de maior credibilidade. Ocorre quando o agente é surpreendido durante o iter criminis, praticando a conduta descrita no tipo penal sem, contudo, tê-lo percorrido integralmente. É o caso em que o agente é preso enquanto “subtrai” a coisa alheia móvel

<sup>100</sup> BRASIL, op. cit., nota 45.

<sup>101</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

<sup>102</sup> BRASIL, op. cit., nota 45.

<sup>103</sup> Ibid.

<sup>104</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

(155 do CP), ou ainda, no crime de homicídio, está agredindo a vítima com a intenção de matá-la (ou seja, está praticando o verbo nuclear do art. 121 do CP) etc.

No inciso II está presente a segunda modalidade de flagrante próprio, onde os atos que compõem a conduta criminosa já cessaram, mas o indivíduo é surpreendido em um curtíssimo espaço de tempo, explica Pacelli<sup>105</sup> que:

o mencionado art. 302 prevê também como situação de flagrante quando alguém acaba de cometer a infração penal (inciso II), em que, embora já desaparecida a ardência e crepitação, podem-se colher elementos ainda sensíveis da existência do fato criminoso, bem como de sua autoria.

O inciso III do art. 302 do CPP<sup>106</sup> traz uma espécie mais controvertida, o flagrante impróprio, que ocorre quando o agente é perseguido “logo após” a prática do delito, sendo muito criticado na doutrina, como se observa das lições de Pacelli<sup>107</sup>:

os demais casos de prisão em flagrante vêm arrolados nos incisos III e IV do mesmo art. 302, em redação que reputamos das mais infelizes, quando não desnecessária. A hipótese do art. 302, III, chamada pela doutrina de flagrante impróprio ou quase-flagrante (expressão quase incompreensível), (...) o que deve ser decisivo aqui é a imediatidade da perseguição (cuja definição ainda veremos, adiante), para o fim de caracterizar a situação de flagrante. A perseguição, como ocorre em qualquer flagrante, pode ser feita por qualquer pessoa do povo (art. 301, CPP) e deve ser iniciada logo após o cometimento do fato, ainda que o perseguidor não o tenha efetivamente presenciado.

Daí surge a dúvida do que seria “logo após”, aparecendo o entendimento de que se trata de 24 (vinte e quatro) horas, porém, conforme as lições de Távora<sup>108</sup>:

a crença popular de que é de 24 horas o prazo entre a prática do crime e a prisão em flagrante não tem o menor sentido, eis que, não existe um limite temporal para o encerramento da perseguição. Não havendo solução de continuidade, isto é, se a perseguição não for interrompida, mesmo que dure dias ou até mesmo semanas, havendo êxito na captura do perseguido, estaremos diante de flagrante delito.

Quanto à definição de perseguição, prevê o art. 290, § 1º, “a”, do CPP<sup>109</sup> que “§ 1º - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando: a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista”, ou seja, mesmo que tenha perdido de vista, continua a perseguição para fins de flagrante impróprio. No inciso IV do art. 302

<sup>105</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 533.

<sup>106</sup> BRASIL, op. cit., nota 45.

<sup>107</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 533.

<sup>108</sup> TÁVORA, op. cit., p. 907.

<sup>109</sup> BRASIL, op. cit., nota 45.

do CPP<sup>110</sup> encontra-se o flagrante presumido que, segundo Aury<sup>111</sup>, é a espécie mais frágil. Parecido com o impróprio, a diferença consiste na ausência de perseguição. Távora<sup>112</sup> o explica de seguinte forma:

no flagrante presumido, o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que presumam ser ele o autor do delito (art. 302, IV, CPP). Esta espécie não exige perseguição. Basta que a pessoa, em situação suspeita, seja encontrada logo depois da prática do ilícito, sendo que, o móvel que a vincula ao fato é a posse de objetos que façam crer ser a autora do crime. O lapso temporal consegue ainda ter maior elasticidade, pois a prisão decorre do encontro do agente com os objetos que façam a conexão com a prática do crime.

Estas são as modalidades de flagrantes prevista no CPP<sup>113</sup>, porém, a doutrina ainda aponta os flagrantes forjado; esperado; preparado ou provocado; prorrogado, diferido ou retardado. No flagrante forjado não há uma flagrância, mas a autoridade policial, em abuso, cria um cenário criminoso envolvendo o acusado, o exemplo mais tradicionalmente citado é da hipótese de o policial que colocar de forma clandestina drogas dentro do carro da pessoa e dar voz de prisão em seguida. Das lições de Távora<sup>114</sup> extrai-se que:

é aquele armado, fabricado, realizado para incriminar pessoa inocente. É a lídima expressão do arbítrio, onde a situação de flagrância é maquiada para ocasionar a prisão daquele que não tem conhecimento do ardil. (...) É uma modalidade ilícita de flagrante, onde o único infrator é o agente forjador, que pratica o crime de denúncia caluniosa (art. 339, CP), e sendo a agente público, também abuso de autoridade (Lei n° 4.898/65).

No flagrante esperado o delito ainda não está acontecendo e se espera passivamente a sua prática. É o que ocorre, por exemplo, quando se espera o criminoso roubar bicicleta que está acessível. O flagrante, nesta hipótese, segundo Pacelli<sup>115</sup> é válido. Quanto ao flagrante preparado ou provocado, que é semelhante ao esperado, a diferença consiste na existência de um agente provocador, que estimula uma situação para efetuar a prisão em flagrante. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já pacificou a controvérsia no sentido da licitude da conduta quando provocada, o que se constata do Enunciado de Súmula n° 145<sup>116</sup>, o qual prevê que “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Há ainda o

<sup>110</sup> Ibid.

<sup>111</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

<sup>112</sup> TÁVORA, op. cit., p. 907.

<sup>113</sup> BRASIL, op. cit., nota 45.

<sup>114</sup> TÁVORA, op. cit., p. 907.

<sup>115</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 534.

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n° 583937. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>>. Acesso em: 25 fev. 2019.



flagrante prorrogado, diferido ou retardado, que é denominado pela Lei nº 12.850/13<sup>117</sup> – Lei de organização criminosa – de ação controlada. Nesta modalidade a conduta criminosa já está sendo praticada, mas a autoridade policial retarda o flagrante por entender que em momento futuro será melhor para a acusação.

As espécies de prisão em flagrante, salvo a prevista no inciso I do art. 302 do CPP<sup>118</sup>, são consideravelmente paradoxais, pois, levando-se em conta que a existência de uma modalidade de prisão que dispensa a exigência de “ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, prevista no art. 5º, LXI, da CRFB, somente se justifica para fazer cessar a prática de uma conduta criminosa, a permissão de prisão em flagrante em momento posterior à cessação não guarda qualquer relação com a razoabilidade. A discussão acerca do papel da prisão em flagrante ganha ainda mais relevância quando se analisa as prisões por tráfico de drogas. Raquel Giovanini de Moura<sup>119</sup> assevera que:

na maioria dos casos, a condenação pelo tráfico é fundamentada em alegações unilaterais, notadamente de testemunhas policiais que efetivaram a prisão em flagrante do acusado. Desse modo, a condenação pelo crime de tráfico de drogas, sem a necessária comprovação de que o acusado exerce, de fato, o comércio de drogas, viola o princípio da presunção de inocência, fere o sistema acusatório e o regramento relacionado ao ônus da prova. Assim, a condenação, nestes casos, gera verdadeira concretização de um direito penal do inimigo e não um direito penal do fato, consentâneo com o Estado Democrático de Direito.

Aliás, é necessário que se ressalte ainda que o flagrante presumido é completamente incompatível com a presunção de inocência, permitindo que se prenda alguém que porta droga em flagrante por tráfico sem que a prática mercantil tenha sido testemunhada. Comunicado o flagrante ao Juízo competente, a prisão em flagrante é convertida em preventiva, de modo a garantir que o acusado fique recluso durante o trâmite do processo. Este mecanismo jurídico é fundamental para a concretização de um projeto superencarcerador que criminaliza a pobreza.

### 2.2.2 A prisão temporária

Os procedimentos inquisitoriais pré-processuais dispõem de uma modalidade de prisão provisória que possui o escopo de auxiliar nas investigações, a prisão temporária. Prevista na Lei

---

<sup>117</sup> BRASIL. *Lei nº 12.850/13*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)>. Acesso em: 23 out. 2019.

<sup>118</sup> BRASIL, op. cit., nota 45.

<sup>119</sup> MOURA, Raquel Giovanini de. *Crise no sistema prisional, superencarceramento e tráfico de drogas*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65015/crise-no-sistema-prisional-superencarceramento-e-trafico-de-drogas>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

nº 7.960/89<sup>120</sup>, ensina Pacelli<sup>121</sup> que “ao contrário da prisão preventiva, dirige-se exclusivamente à tutela das investigações policiais, daí por que não se pode pensar na sua aplicação quando já instaurada a ação penal”. Quanto à origem da Lei nº 7.960/89, que regulamenta a aplicação da prisão temporária, afirma Aury Lopes Jr<sup>122</sup> que:

a prisão temporária está e nasce logo após a promulgação da Constituição de 1988, atendendo à imensa pressão da polícia judiciária brasileira, que teria ficado “enfraquecida” no novo contexto constitucional diante da perda de alguns importantes poderes, entre eles o de prender para “averiguações” ou “identificação” dos suspeitos. Há que se considerar que a cultura policial vigente naquele momento, em que prisões policiais e até a busca e apreensão eram feitas sem a intervenção jurisdicional, não concebia uma investigação policial sem que o suspeito estivesse completamente à disposição da polícia. A pobreza dos meios de investigação (da época) fazia com que o suspeito fosse o principal “objeto de prova”.

É importante lembrar o contexto histórico anterior a 1988, quando o país passava pela redemocratização com fim da ditadura militar, que foi responsável por um protagonismo policial e militar. Antes da entrada em vigor da CRFB/88<sup>123</sup>, no contexto deste sistema de exceção, era possível realizar a chamada prisão para averiguação, na qual era permitido que a polícia prendesse um investigado sem ordem judicial. Fernanda Chelegati de Castro<sup>124</sup> assevera que se tratava de uma prática muito comum, porém odiosa, expondo que:

a Lei de Segurança Nacional, Lei nº 6.620/78, previa uma espécie de prisão similar à prisão temporária, em seu art. 53. Nesta espécie, que se diferenciava da temporária por ser decretada pela autoridade investigatória e não pelo juiz, o prazo era de 30 dias prorrogáveis e com comunicação reservada à autoridade judiciária. A Lei de Segurança Nacional foi revogada pela Lei de nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que manteve esta modalidade de prisão em seu art. 33 e parágrafos, diminuindo, porém, o prazo para 15 dias de prisão, renováveis por mais 15. A Constituição Federal de 1988 pôs fim a essa modalidade prisional, ao estabelecer que somente o juiz poderia decretar a prisão de um indivíduo, no art. 5º, LXI.

Com o advento da CRFB/88<sup>125</sup> foi editada a Medida Provisória n. 111<sup>126</sup>, de 24 de novembro de 1989, que cria a prisão temporária, prevendo sua decretação pelo Juiz diante de

<sup>120</sup> BRASIL. *Lei nº Lei nº 7.960/89*, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm)>. Acesso em: 16 out. 2020.

<sup>121</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 544.

<sup>122</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

<sup>123</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>124</sup> CASTRO, Fernanda Chelegati de. *Prisão Temporária*. 2005. 70 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

<sup>125</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>126</sup> Id. *Medida Provisória nº 111*, de 24 de novembro de 1989. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/1988-1989/111.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1988-1989/111.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2019.

requerimento feito pela autoridade policial ou pelo Ministério Público pelo prazo de cinco dias, prorrogável por mais cinco. Conforme bem lembrado por Pacelli<sup>127</sup>:

[...]porque se destina à proteção das investigações policiais, cujo destinatário é o Ministério Público, o legislador lembrou-se de que a nossa ordem constitucional de 1988 impõe um modelo processual de feições acusatórias, na qual não se reserva ao magistrado o papel de acusador e muito menos de investigador. Assim, corretamente, não contemplou a possibilidade de decretação *ex officio* da prisão temporária, somente permitindo-a "em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público" (art. 211).

O art. 1º previa que seria cabível em virtude da imprescindibilidade para a investigação, quando o investigado não tivesse residência fixa ou não fornecesse dados relativos à sua identidade, ou quando houvesse fundada suspeita de participação ou autoria nos crimes de homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro. Em 1989 é promulgada a Lei nº 7.960<sup>128</sup>, que converte a Medida Provisória nº 111/89 em lei. Ocorre que a CRFB/88<sup>129</sup> reserva ao Poder Legislativo a competência de regular a matéria, não podendo ser objeto de Medida Provisória, nesse sentido Aury Lopes Jr<sup>130</sup> leciona que:

o Poder Executivo, violando o disposto no art. 22, I, da Constituição, legislou sobre matéria processual penal e penal (pois criou um novo tipo penal na Lei n. 4.898), através de medida provisória, o que é manifestamente inconstitucional. A posterior conversão da medida em lei não sana o vício de origem. Mas, como os juízes e tribunais brasileiros fizeram vista grossa para essa grave inconstitucionalidade, a lei segue vigente.

Outro ponto de controvérsia é se os requisitos previstos nos incisos do art. 1º da Lei 7.960/89<sup>131</sup> são cumulativos, se basta a presença de um deles para que seja autorizada a decretação da prisão temporária, ou se é necessária a concorrência de uma das hipóteses dos incisos I e II com a existência de fundada suspeita de participação ou autoria dos crimes referidos no inciso III. Quando a controvérsia foi submetida a julgamento nos Tribunais Superiores, o entendimento que prevaleceu foi o último, conforme bem esclarecido por Norberto Avena<sup>132</sup>:

<sup>127</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 545.

<sup>128</sup> BRASIL, op. cit., nota 72.

<sup>129</sup> Id. op. cit., nota 18.

<sup>130</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

<sup>131</sup> BRASIL, op. cit., nota 152.

<sup>132</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, [e-book].

em termos de posição majoritária, não há dúvidas de que prevalece a última das correntes citadas, sendo comum vislumbrar, na fundamentação das decisões judiciais que determinam tal custódia e nos acórdãos dos Tribunais Superiores que examinam a legalidade de sua decretação, a referência concorrente a tratar-se dos crimes estipulados no art. 1.º, III da Lei 7.960/1989 e a análise conjunta de outro requisito dentre os previstos nos dois incisos remanescentes.

Posteriormente, em 25 de julho de 1990, diante de um grande clamor social provocado pela filha da escritora Gloria Perez, foi promulgada a Lei nº 8.072<sup>133</sup>, que dispõe sobre os crimes hediondos, alargando as hipóteses de aplicação da prisão temporária com prazos maiores, de até 30 dias prorrogáveis por até 30 dias, sendo acrescentado em 2016 pela Lei nº 13.260 o crime de terrorismo no rol do inciso III do art. 1.º.

A prisão temporária tem origem dissociada da democracia, em verdade se trata de uma mutação das prisões para averiguação, muito utilizada no regime militar, que ficou marcado por arbitrariedades. As raízes autoritárias da prisão temporária se refletem na forma como ingressou no ordenamento jurídico, sem o devido debate nas casas legislativas, bem como na forma como foi disciplinada, havendo hipótese de cabimento que não se coadunam com a ordem constitucional. Ademais, a ampliação do prazo na lei de crimes hediondos, que possui um caráter midiático, típico exemplo de direito penal simbólico, só reforça seu viés antidemocrático. Por fim, o cabimento de prisão temporária na hipótese de o indiciado não possuir residência fixa mostra sua faceta mais cruel ao contribuir com a seletividade do sistema penal, através do etiquetamento e da criminalização de quem sequer possui recursos para ter onde morar.

### 2.2.3 A Prisão Preventiva

A prisão preventiva é a modalidade de prisão cautelar mais aplicada e que pode ser decretada antes ou depois do processo, a qualquer momento, inclusive depois da sentença. O momento da preventiva é amplo, pois, como ensina Pacelli<sup>134</sup> “a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo”. O papel relevante da prisão preventiva no processo de superencarceramento é evidente nas lições de Távora<sup>135</sup>:

---

<sup>133</sup> BRASIL. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2020.

<sup>134</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 549.

<sup>135</sup> TÁVORA, op. cit., p. 931.

é a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia -se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente.

Até 2019 o art. 311 do CPP<sup>136</sup> permitia a decretação de ofício da prisão preventiva, em grave violação ao sistema acusatório adotado pelo constituinte. Contudo, com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19<sup>137</sup>, conhecida como Pacote Anticrime, foi excluída a expressão “de ofício”, passando o art. 311 do CPP<sup>138</sup> a ter a seguinte redação “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. O avanço em direção a um sistema de justiça criminal mais imparcial é relevante.

Para ser decretada é necessário que estejam presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* – plausibilidade de que o crime tenha ocorrido cumulado com indícios de autoria – e do *periculum libertatis* – perigo ao processo com a liberdade do réu – que estão expressamente previstos no art. 312 do CPP<sup>139</sup>, cuja redação também foi alterada pela Lei nº 13.964/19<sup>140</sup>, passando a constar o seguinte texto:

Art. 312. 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.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Em artigo assinado por diversos juristas como Aury Lopes Jr, Lenio Streck, Kenarik Boujikian,<sup>141</sup> entre outros, são expostas conquistas como:

alterações nas regras sobre prisão preventiva, com requisitos mais claros e objetivos, sinalizam para a correta delimitação dessa medida cautelar grave aos casos indiscutivelmente necessários.

<sup>136</sup> BRASIL, op. cit., nota 45.

<sup>137</sup> BRASIL, op. cit., nota 44.

<sup>138</sup> BRASIL, op. cit., nota 45.

<sup>139</sup> Ibid.

<sup>140</sup> BRASIL, op. cit., nota 44.

<sup>141</sup> LOPES JÚNIOR, Aury; STRECK, Lenio, BOUJIKIAN, Kenarik. *Desconstrução do pacote "anticrime" de Moro e o freio contra o retrocesso*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-08/desconstrucao-pacote-anticrime-moro-representa-vitoria>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

Buscou-se corrigir o uso manipulado desse instrumento como verdadeira antecipação disfarçada da pena, mediante a exigência da demonstração motivada da contemporaneidade da medida, pressuposto defendido por toda a doutrina e desprezado pela jurisprudência medieval.

Extrai-se do dispositivo que o *fumus comissi delicti* consiste na prova da existência do crime cumulado com os indícios suficientes da autoria, sobre os quais Távora<sup>142</sup> alerta que “não é necessário haver prova robusta, somente indícios”, reforçando sua incompatibilidade com a presunção de inocência. Por lado, o *periculum libertatis* consiste na garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. Estas duas últimas são hipóteses, segundo Aury<sup>143</sup>, são verdadeiramente cautelares, embora haja banalização e distorção destes conceitos. No que concerne à garantia da ordem econômica, explica o autor<sup>144</sup> que:

tal fundamento foi inserido no art. 312 do CPP por força da Lei n. 8.884/94, Lei Antitruste, para o fim de tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores. Tal situação teve e tem pouquíssima utilização forense.

Entretanto, tal situação não se observa quanto à invocação da garantia da ordem pública, conceito jurídico aberto que permitem uma verdadeira banalização da prisão preventiva, subvertendo seu caráter excepcional e instrumentalizando a prisão provisória como mecanismo de superencarceramento. Isto porque a manipulação destes requisitos vagos permite que as prisões preventivas recaiam majoritariamente sobre a população mais vulnerável, o que demonstra a incompatibilidade com a própria CRFB/88<sup>145</sup>, conforme se extrai das lições de Aury<sup>146</sup>:

evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais. Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de segurança pública.

O viés autoritário da garantia da ordem pública fica ainda mais evidente quando se analisa sua origem, que, segundo Aury<sup>147</sup>:

---

<sup>142</sup> TÁVORA, op. cit., p. 931.

<sup>143</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

<sup>144</sup> Ibid.

<sup>145</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>146</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

<sup>147</sup> Ibid.

remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do direito para fazer valer seus atos prepotentes.

A generalidade do dispositivo ainda gera violação do princípio da legalidade, conforme aponta Vasconcelos<sup>148</sup> que:

tendo em vista tamanha imprecisão, pode-se entender que o princípio da legalidade vem sendo violado, princípio esse que tem na sua principal faceta a exigência de precisão da lei. Nesse sentido, o referido princípio exige que seja proporcionado ao cidadão o conhecimento acerca do limite da intervenção punitiva estatal, para que ele esteja protegido do arbítrio do próprio Estado. Por conseguinte, não se estabelece qualquer critério que tome possível o controle do ato jurisdicional da decretação da prisão.

A imprecisão da expressão ordem pública permite a decretação da prisão preventiva sob qualquer tipo de fundamento, sendo possível encontrar decisões que se utilizam do clamor público, do restabelecimento da credibilidade das instituições para evitar o descrédito do judiciário e a sensação de impunidade na sociedade, do *modus operandi* do delito, ou até da gravidade do delito, fazendo da prisão preventiva uma verdadeira antecipação da pena antes do trânsito em julgado. Inúmeras decisões proferidas pelo STJ são neste sentido. A mais recente, proferida em outubro de 2019 no HC nº 519.009<sup>149</sup>, consigna o entendimento de que:

as decisões que decretaram/mantiveram a prisão preventiva do paciente demonstraram a necessidade da medida extrema, destacando o (i) *modus operandi* (teria desferido dois golpes de faca na região cervical da vítima, sua companheira, na presença do filho comum, de 4 anos; e alterado a cena do crime para induzir a erro o Estado-Juiz), o que seria revelador da sua periculosidade social. Ressaltou-se, ainda, a (ii) necessidade de garantia da ordem pública, tendo em vista o clamor público gerado pela prática do delito, com manifestação de multidão na frente da delegacia pedindo "Justiça". Há, portanto, adequação aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

No caso em tela a defesa pleiteava a revogação da preventiva sob o fundamento de que o acusado apresentava “condições favoráveis” – uma construção jurisprudencial extremamente discriminatória –, porém, restou decidido no voto vencedor que “eventuais condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstarão a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão

<sup>148</sup> VASCONCELLOS, Gabriela Resende de. *Lei 12.403/11: o impacto no regime jurídico da prisão preventiva e suas controvérsias*. 2016. 18 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2016.

<sup>149</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 118551*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4433119>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

preventiva”. As referidas condições favoráveis geralmente se resumem a residência fixa, trabalho lícito e bons antecedentes, ou seja, todos os indícios de inexistência da necessidade da prisão. Contudo, ainda assim, prevalece no sistema de justiça criminal a antecipação da pena pela preventiva.

A gravidade da conduta é um fundamento muito utilizado para sua decretação, porém, é quando ocorre a condenação em primeira instância que a antecipação da pena fica ainda mais evidente, como se constata de decisões que adotam o entendimento consignado no HC nº 118.551<sup>150</sup>, julgado pela 2ª Turma do STF, no qual se considerou que o fato de o réu ter permanecido “preso durante toda a instrução criminal, não se afigura plausível, ao contrário, revela-se um contrassenso jurídico, sobrevivendo sua condenação, colocá-lo em liberdade para aguardar o julgamento do apelo”.

Diferentemente da prisão temporária, o cabimento da prisão preventiva não se restringe a um rol de crimes, mas sim às hipóteses estabelecidas nos arts. 313 e 314 do CPP<sup>151</sup>, permitindo sua aplicação de forma ampla, o que, aliado à inexistência de prazo de duração, fornece um mecanismo extremamente eficiente de encarceramento em massa. Sobre a inexistência de prazo de duração, Aury<sup>152</sup> ensina que:

ao longo da tramitação do PL 4208/2001, tentou-se fixar um prazo máximo de duração da prisão cautelar, inclusive sendo redigido o art. 315-A, que determinava que “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora”. Infelizmente o dispositivo que pretendia fixar prazo máximo de duração da prisão preventiva acabou vetado na Lei n. 12.403, e um problema histórico não foi resolvido.

Não é preciso ter muita empatia com quem se encontra preso preventivamente para constatar a insegurança que a omissão do legislador em definir limites temporais gera. Os casos de abusos na aplicação da prisão preventiva se multiplicam na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, a qual, inclusive, deu origem a um falso parâmetro fundado na razoabilidade. Tentativas de se fixar um limite temporal para a prisão preventiva não faltaram. Aury<sup>153</sup> cita como exemplo:

a Lei n. 11.719/2008 estabeleceu que no rito comum ordinário a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada em, no máximo, 60 dias; sendo o rito sumário, esse prazo cai para 30 dias. No rito do Tribunal do Júri, a Lei n. 11.689/2008, alterando o art. 412,

<sup>150</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 118551*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4433119>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>151</sup> BRASIL, op. cit., nota 45.

<sup>152</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

<sup>153</sup> Ibid.



fixou o prazo de 90 dias para o encerramento da primeira fase. São marcos que podem ser utilizados como indicativos de excesso de prazo em caso de prisão preventiva.

Entretanto, não foi este o entendimento que prevaleceu na jurisprudência do STJ, mas sim de que é razoável mitigar os prazos de acordo com o caso concreto, conforme decidido no HC nº 220.218<sup>154</sup>, de modo a preservar a prisão preventiva. A inexistência de prazo acarreta situações esdrúxulas, como acusado preso há mais de quatro anos sem ter sido sequer realizado seu interrogatório<sup>155</sup>, ou de acusado pronunciado que aguarda Júri há 7 anos preso, sem culpa da defesa<sup>156</sup>. Com as discussões no âmbito da tramitação do Projeto de Lei nº 6.341, de 2019 – conhecido como Pacote Anticrime, que deu origem à Lei nº 13.964/19<sup>157</sup>, alterando diversos dispositivos que regulam a prisão preventiva – se esperava a criação deste limite temporal, entretanto, o avanço mais significativo foi a introdução do parágrafo único do art. 316 do CPP<sup>158</sup>, o qual prevê que “decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”.

Desta forma, é possível concluir que o poder punitivo está sempre criando critérios abertos de cabimento da prisão preventiva, se valendo de medidas paliativas, e dotadas de uma falsa substância constitucional, que servem a uma estrutura exploradora e segregadora. A vagueza das expressões adotadas pelo legislador e manipuladas pela jurisprudência, são voltadas para o implemento de um projeto de dominação dos corpos dos que compõem as classes sociais da base da pirâmide social, que fornecem sua força de trabalho para a geração de riqueza. As prisões provisórias são integradas, formam um sistema que facilita o aprisionamento, esvaziando toda a normativa de preservação da dignidade humana e igualdade material prevista na Carta Cidadã.

---

<sup>154</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 220218*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201102335860&dt\\_publicacao=10/09/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102335860&dt_publicacao=10/09/2012)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>155</sup> No *HC 141583*, Relator: Ministro Edson Fachin, julgado em 19/9/2017 pelo STF, o paciente já se encontrava preso preventivamente pela suposta prática de delitos previstos na Lei de Drogas há mais de 4 anos sem sequer ter sido interrogado. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149678>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>156</sup> No *HC 141583*, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 19/9/2017 pelo STF, o paciente já pronunciado perante o Tribunal do Júri se encontrava preso preventivamente há mais de 4 anos sem sequer ter sido interrogado. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160440>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>157</sup> BRASIL, op. cit., nota 44.

<sup>158</sup> BRASIL, op. cit., nota 45.

### 3. ELEMENTOS DA CULTURA DO ENCARCERAMENTO

O fenômeno do superencarceramento é uma consequência do surgimento de um sistema econômico baseado na exploração da força de trabalho de uma maioria pobre por uma minoria privilegiada, o que forma uma estrutura extremamente desigual sustentada pelo funcionamento de várias formas de controle social, das quais se destaca o sistema de justiça criminal. Para viabilizar o capitalismo, foi necessário que o direito fornecesse as bases teóricas para o exercício do poder político voltado a dominar quem detém a força de trabalho e proteger o funcionamento do sistema. Enquanto o Direito Privado fornece os institutos e teorias que permitem a exploração da força de trabalho – o contrato – e o acúmulo de capital no âmbito familiar – *saisine*<sup>159</sup> – o Direito Penal permite a repressão aos que não se submetem às condições de trabalho, o que se dá pela gestão dos corpos pelo cárcere, formando uma reserva de mão de obra que absorve os miseráveis e indesejáveis. Neste capítulo serão analisados o surgimento das prisões, como se tornou pena e os discursos legitimantes oficiais que deram origem ao que se denomina hoje como cultura do encarceramento. Em que pese o presente trabalho versar sobre a prisão provisória, é inegável que é a conceituação das funções da pena de prisão que fornece o arcabouço teórico necessário para a construção e legitimação da cultura encarceradora que norteia o sistema de justiça criminal, sem as quais se torna inviável a demonstração do papel da prisão provisória como o mecanismo de superencarceramento e, conseqüentemente, criminalização da pobreza.

A origem desta cultura é a base filosófica para a adoção da cadeia como método de punição e decorre do liberalismo do início da Idade Moderna, com a ascensão da burguesia. Com uma roupagem de humanização das penas, até então corporais, a pena privativa de liberdade viabiliza a implementação do sistema capitalista, eis que imprescindível para a dominação da classe trabalhadora. Desta forma, inicialmente se investigará o surgimento da prisão, como que se deu o abandono das penas corporais, as bases filosóficas de dominação dos corpos e a sociedade disciplinar, à luz do pensamento e das lições de Michel Foucault<sup>160</sup>. Com o surgimento desta modalidade de pena, a academia se esforçou para a construção de discursos legitimadores da sua aplicação através das finalidades retributivas e preventivas, em que se busca dar ao indivíduo que

---

<sup>159</sup> O princípio da *saisine* está previsto no art. 1.784, do CC/02 o qual prevê que: Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020. Sobre o princípio ensinam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald que: no Direito Romano, exigia-se a aceitação da herança pelos herdeiros para que fosse possível admitir, juridicamente, a morte como um elemento de transmissão da herança. Hodiernamente, não mais há tal exigência, operando-se automaticamente (*droit de saisine*) a transmissão das relações patrimoniais do falecido. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015, p.46.

<sup>160</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 31.

pratica um determinado delito, um mal supostamente proporcional ao mal causado pela violação do bem jurídico penalmente protegido e prevenir que não haja reiteração dessa prática, revelando a vingança e a intimidação no poder punitivo.

Contudo, são as *workhouses* que melhor revelam a função oculta da prisão, sob o fundamento de que o preso não deve ficar ocioso, mas sim aprender a produzir para a sociedade, o corpo do delinquente é dominado e disciplinado a trabalhar na forma organizada fabril. Diante disto, é imprescindível apontar as funções não declaradas da pena de formação de uma reserva de mão de obra e de um sistema intimidatório em face dos indivíduos que se insurgem contra os mecanismos de controle e conformação social.

Com a implementação de políticas neoliberais e a globalização financeira, o que se observa é a construção de uma sociedade do espetáculo, um movimento que reverberou no processo penal, em especial para a construção figura do inimigo. A sociedade pós-moderna que se desenha a partir da Revolução Tecnológica, das relações descartáveis e do sucateamento das políticas públicas, consome o produto do espetáculo do sistema de justiça criminal, que é revestido de um moralismo conservador corporificado num suposto combate à corrupção, compondo são as bases do Estado Penal que flexibiliza direitos fundamentais em prol do combate ao inimigo. A glamourização midiática permitiu a hipertrofia do sistema punitivo no século XXI, consolidando a cultura do encarceramento, a qual foi reconhecida na jurisprudência dos Tribunais Superiores. O surgimento de programas televisivos que transmitem ações muitas vezes violentas e racistas das Polícias Militares e a judicialização das relações sociais, fizeram do sistema de justiça criminal uma fonte inesgotável de audiência, contribuindo com a difusão da crença no cárcere como solução dos conflitos sociais.

### **3.1 O surgimento da prisão como pena e suas bases filosóficas: a sociedade disciplinar**

O estudo que envolve o papel da prisão precisa necessariamente passar pela sua origem, o que só é possível com a visita às correntes filosóficas que forneceram o arcabouço científico para sua implementação, o que começa ainda no século XIII, com um processo de publicização do direito de punir promovido pela instituição da Inquisição. Vera Malaguti<sup>161</sup> explica que

o modelo punitivo, inquisitorial, centralizado e burocratizado (...) produziu o fenômeno de expropriação do conflito em favor do Estado embrionário. A gestão comunitária é banida e a “vítima” passa a ser figurante de um poder que se alimenta do seu próprio

---

<sup>161</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução à criminologia crítica brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 23.

método: não se resolve o conflito, mas põe em funcionamento o mecanismo que vai unir simbolicamente a culpa com o castigo.

Com a transferência para o Estado da atribuição de punir as condutas tidas como socialmente não toleradas transferida, é possível a construção de um sistema de justiça criminal, que, à época, tinha no suplício a principal resposta punitiva estatal. Até o fim da Idade Média, o isolamento e a privação do direito de ir e vir somente eram utilizados na modalidade cautelar. Juarez Cirino<sup>162</sup> aponta que na Idade Média a prisão não consistia em privação da liberdade como sanção em si. O modelo penal feudal se valia das penas de morte ou corporais, e a prisão não tinha a função de punir. Nas palavras de Georg Rusche e Otto Kirchheimer<sup>163</sup>:

*carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet* (as prisões existem apenas para prender os homens e não para puni-los) (Justinian. Digest, 48.19.8). Este é o princípio dominante por toda a Idade Média e o início da Idade Moderna. Até o século XVIII, as grades foram simplesmente o lugar de detenção antes do julgamento, onde os réus quase sempre perdiam meses ou anos até que o caso chegasse ao fim.

Desta forma, o que se constata é que a prisão provisória é que deu origem à pena privativa de liberdade, permitindo, a partir de então, a formação de uma massa carcerária para exploração da sua força de trabalho. A esse respeito Taiguara<sup>164</sup> ensina que:

na passagem do século XVI para o XVII, no bojo da Reforma Protestante, ocorre o que o criminólogo italiano Dario Melossi descreve como um encontro entre a pena eclesiástica (embasada na penitência e isolamento em celas) e outra invenção: a manufatura. Segundo o autor, o desenvolvimento da forma originária dos cárceres (casa de trabalho e casas de correção) teria ocorrido simultaneamente ao início do desenvolvimento de formas protocapitalistas e do protestantismo.

Assim surgem as prisões de Estado e eclesiástica. A primeira servia essencialmente para prender os acusados da prática de um crime até a sentença, ou seja, para a prisão provisória. Explica Bitencourt<sup>165</sup> que:

apresentava-se sob duas modalidades: a prisão-custódia, onde ficavam os réus à espera da execução da verdadeira pena a ser aplicada, ou a detenção perpétua ou temporal (até receberem o perdão real). (...) Os exemplos mais conhecidos são a ‘Torre de Londres’, a ‘Bastilha de Paris’, ‘Los Plomos’, etc.

<sup>162</sup> SANTOS apud SOUZA, Taiguara Libano Soares. *A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 49.

<sup>163</sup> Ibid.

<sup>164</sup> Ibid.

<sup>165</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 508.

A prisão eclesiástica, por outro lado, carregava toda a carga moral e religiosa da prisão, pois sofria a incidência do Direito Canônico, o que acarretava isolamento do apenado sob o fundamento de que era necessário para a sua purificação e seu arrependimento diante de Deus.

O pensamento liberal que surge no fim da Idade Média transforma profundamente o sistema punitivo, trazendo contornos legais para a prisão, que deixa de ser usada somente como mecanismo cautelar e passa a ser também pena privativa de liberdade. Na Inglaterra Jeremy Bentham se destaca entre os principais teóricos positivistas, que, segundo Aranha e Martins<sup>166</sup>, “é o fundador de uma escola chamada utilitarismo. Sofrendo a influência empirista, a teoria utilitarista pretende ser um instrumento de renovação social, a partir de um método rigorosamente científico.” Segundo o jus-filósofo<sup>167</sup>:

a natureza colocou a humanidade sob o domínio de dois senhores soberanos, a dor e o prazer. Só a eles compete indicar o que devemos fazer, assim como determinar o que faremos. A seu trono estão atrelados, por um lado, o critério que diferencia o certo do errado, e, por outro, a cadeia das causas e dos efeitos.

É dentro deste espectro moral que o autor funda seu pensamento, criando um sistema binário de punições e recompensas, em que a disciplina social e a educação são as bases de sustentação de uma sociedade civil organizada. A difusão da ideia de que o apenado, isolado e privado da liberdade, se arrependeria diante da penitência e do trabalho, o que supostamente permitiria sua ressocialização, permitiu a implantação de um projeto econômico de gestão de corpos, capitaneado pelas nações europeias desenvolvidas. Vera Malaguti<sup>168</sup> explica que:

mais especificamente entre o século XIV e o XVIII, a acumulação de capital que impulsionará o mercantilismo, a manufatura e, logo, a Revolução Industrial forjará uma sociedade de classes através da luta para o disciplinamento de contingentes de mão de obra para o trabalho. O disciplinamento dos pobres para a extração da mais-valia, energia viva do capital, vai precisar da ideologia, da racionalidade utilitarista a legitimar as relações e as técnicas de domínio do homem e da natureza.

Neste sentido, Michel Foucault<sup>169</sup> trabalhava a ideia de economia política do corpo, que abandona o castigo corporal para a utilização da sua força de trabalho. Maurício Cirino<sup>170</sup> aponta que:

<sup>166</sup> ARANHA; MARTINS, op. cit., p. 231.

<sup>167</sup> YABIKU, Roger Moko. *Ética e Direito no utilitarismo de Jeremy Bentham*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20642/etica-e-direito-no-utilitarismo-de-jeremy-bentham>>. Acesso em: 16 fev. 2020.

<sup>168</sup> BATISTA, op. cit., p. 25.

<sup>169</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 31.

<sup>170</sup> SANTOS, Maurício Cirino. *Sistemas de Produção e Sistemas de punição: Estudo Crítico sobre a Pena no Capitalismo*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 54.

a primeira ideia de uma instituição detentiva com estes propósitos surgiu em Londres, na Inglaterra, quando, após gestões de representantes do clero inglês junto ao governo real, houve disponibilização de utilização do Castelo de Bridewell, que inicialmente captou mendigos e vagabundos não incapacitados, desempregados em geral, ladrões e condenados por pequenos delitos. Uma tal prática objetivava a limpeza social, com a “*reforma dos desajustados*”, através do trabalho forçado, normalmente relacionado à indústria têxtil, e da aprendizagem compulsória da disciplina ao trabalho, sendo que, com o relativo êxito nos primeiros resultados, estimulou-se normativamente novas experiências, e em pouco tempo alastraram-se por todo o território inglês instituições com rigidez similar, originariamente batizadas como *casas de correção* ou *bridewells*.

O autor prossegue explicando que nos anos seguintes houve um aumento do uso dos internatos industriais, que ampliaram o contingente de detentos passando a encarcerar os rebeldes da pobreza capacitados ao trabalho, bem como as prostitutas, crianças pobres e vadios, que trabalhavam recebendo baixos salários tabelados pelo Estado. Além disso, explica também que, embora as primeiras experiências tenham se dado na Inglaterra, foi a Holanda do Século XVII que melhor se beneficiou economicamente desse modelo, dando origem às *workhouses*. Sobre o assunto, Pinheiro e Gama<sup>171</sup> ensinam que:

no ano de 1596, na Holanda, a prisão de Rasp-huis foi criada e teve como destinação os delinquentes do sexo masculino. Em 1597 foi criada a Spinhis, para mulheres. Segundo o autor, essas prisões foram destinadas a abrigar vadios, mendigos e prostitutas, oriundos das dificuldades sociais europeias. Ainda no século XVI, na França, em Flandres e na Alemanha, a queda dos salários resultante da “revolução dos preços” acompanhou uma considerável quantidade de força de trabalho. Melossi (2006) relata que nesta época multiplicaram-se as casas de correção devido ao aumento das punições por associação, greve e abandono do posto de trabalho. Em Paris os “vagabundos” chegaram a representar um terço do total da população, o que gerou como reação imediata a substituição do sistema de caridade privada e religiosa por uma assistência pública que seria coordenada pelo Estado.

Assim foram se solidificando as bases filosóficas, permitindo a criação de instituições como as casas de correção, que permitiam o aprisionamento dos indivíduos para a exploração econômica de seus corpos, o que, com passar dos anos, se mostrava um negócio muito rentável. Malaguti<sup>172</sup> ensina que

o poder punitivo em formação não é etéreo, nem ontológico. Ele se relaciona intimamente com o processo de acumulação de capital em curso: a crise do sistema feudal, a expulsão dos camponeses, o crescimento das cidades e mercados, novas e crescentes necessidades de renda, de produtos especiais, de armamento e mercadorias para a empresa guerreira, burocracias nascentes, manufaturas, comércio. A ideia de controle dos indesejáveis vai

<sup>171</sup> PINHEIRO, Luci Faria; GAMA, Taíza da Silva. *As origens do sistema penitenciário brasileiro: uma análise sociológica da história das prisões do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/38890575/As\\_Origens\\_do\\_Sistema\\_Penitenci%C3%A1rio\\_Brasileiro\\_uma\\_an%C3%A1lise\\_sociol%C3%B3gica\\_da\\_hist%C3%B3ria\\_das\\_pris%C3%B5es\\_do\\_Estado\\_do\\_Rio\\_de\\_Janeiro](https://www.academia.edu/38890575/As_Origens_do_Sistema_Penitenci%C3%A1rio_Brasileiro_uma_an%C3%A1lise_sociol%C3%B3gica_da_hist%C3%B3ria_das_pris%C3%B5es_do_Estado_do_Rio_de_Janeiro)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>172</sup> BATISTA, op. cit., p. 32.

oscilar entre os dois modelos, descritos por Foucault: o do leprosário, segregativo e excludente; e o da peste, disciplinar e inclusivo

Mesmo com o processo de publicização da punição, o que se observou foi que as diretrizes religiosas nunca deixaram de repercutir na aplicação da pena; o que houve foi uma adaptação da fundamentação para continuar legitimando o exercício do poder punitivo. Na obra do filantropo inglês John Howard, xerife do condado de Bedfordshire, é perceptível como estas diretrizes cristãs se repercutem. Howard, preocupado com as péssimas condições das prisões na Inglaterra, foi o autor do livro *The state of prisons in England and Wales* escrito em 1777. Segundo Taiguara<sup>173</sup>, a obra foi um relato impactante da realidade das prisões da época, fazendo com que muitos criminólogos o considerem o pai da Ciência Penitenciária, se tornando um expoente no processo de humanização e racionalização das penas. Taiguara<sup>174</sup> esclarece ainda que Howard:

acreditava que o trabalho obrigatório, inclusive penoso, serviria de meio adequado para a regeneração moral do delinquente. Defendia que a religião seria o meio mais eficiente para obter a transformação do preso, servindo o isolamento como suposto instrumento para propiciar reflexão e arrependimento, e, ainda, como forma de combate à promiscuidade. Deve-se observar que Howard acabou, inclusive, estimulando algumas reformas legislativas, lutando pela eliminação do direito de carceragem, que era, justamente, uma importância que os encarcerados deviam pagar a título de aluguel aos donos dos locais de encarceramento. Na verdade, foi justamente com Howard que nasceu o penitenciarismo, marcando sua obra o início da luta interminável para alcançar a suposta “humanização” das prisões.

Para melhor entendimento do que buscava o autor é necessário voltar às origens etimológicas da palavra trabalho, a qual sempre remeteu ao sofrimento, conforme sinaliza Vólia Bomfim<sup>175</sup>:

do ponto de vista histórico e etimológico a palavra trabalho decorre de algo desagradável: dor, castigo, sofrimento, tortura. O termo trabalho tem origem no latim – *tripalium*. Espécie de instrumento de tortura ou canga que pesava sobre os animais. Por isso, os nobres, senhores feudais ou os vencedores não trabalhavam, pois consideravam uma espécie de castigo. A partir daí, decorreram variações como *tripaliarte* (trabalhar) e *trepalium* (cavalete de três paus usado para aplicar a ferradura aos cavalos).

Desta forma, se constata que Howard, ao mesmo tempo que propõe uma humanização da prisão, voltando seus olhos para a integridade física do preso, também advoga pela exploração da força de trabalho do apenado, sob a justificativa religiosa de penitência e de que o preso terá tempo para exercício do arrependimento. É importante destacar que este é o arcabouço teórico e

<sup>173</sup> SOUZA, op. cit., p. 54.

<sup>174</sup> Ibid.

<sup>175</sup> CASSAR, Vólia Bomfim, *Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 3.

religioso que fixa as diretrizes para a transformação do exercício do poder punitivo que, com a justificativa humanizatória, abandona as penas corporais e adota um modelo de vigilância, permitindo a exploração da força de trabalho do preso. Para viabilizar o exercício da disciplina social pelo sistema de punições era necessária uma estrutura que permitisse a vigilância dos corpos, assim, no final do século XVIII Bentham editou o *Panóptico*, que foi objeto de muito estudo por Michel Foucault<sup>176</sup>, que o descreve da seguinte forma:

o princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar.

A arquitetura proposta por Bentham tinha como intuito atingir a disciplina, permitindo o controle do corpo, criando um padrão aplicável a hospitais, penitenciárias e fábricas. A conexão da função desses estabelecimentos não é um acaso, Maurício Cirino dos Santos<sup>177</sup> também faz uma associação do surgimento do cárcere com o nascimento do sistema de produção capitalista, em que o primeiro é indispensável ao segundo, ou seja, as formas de controle social são essencialmente moldadas pelos interesses econômicos. Confirmando a íntima ligação entre o sistema penitenciário e as fábricas, as *workhouses* forneceram o modelo embrionário das prisões na contemporaneidade, que com o passar do tempo se aproximou ainda mais da fábrica, permitindo que o trabalhador se submetesse à lógica de controle e adestramento de seu corpo, absorvendo a disciplina necessária para sua exploração. Maurício Cirino<sup>178</sup> aponta que essa engrenagem, combinada com cercamento das terras produtivas na Inglaterra, empurrou os camponeses para a cidade, formando uma classe trabalhadora disciplinada pela vigilância e o medo, bem como uma farta oferta de mão de obra de baixo custo. Esses elementos foram determinantes para viabilizar um acúmulo de capital suficiente para introduzir a máquina a vapor na linha de produção, dando ensejo à revolução industrial.

Portanto, constata-se que, embora a prisão já existisse na Idade Média para garantir o cumprimento da pena, somente na virada para a Idade Moderna é que o sistema carcerário ganha os contornos atuais, servindo de instrumento punitivo e intimidatório, voltado para o controle e a disciplina dos corpos produtivos.

---

<sup>176</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 194.

<sup>177</sup> SANTOS, op. cit., p. 31.

<sup>178</sup> Ibid., p.72.



### 3.2 Discursos legitimadores da aplicação de penas: a construção das finalidades preventiva e retributiva

Com a consolidação do modelo de punição baseado no isolamento celular e na restrição do direito de ir e vir por determinado intervalo de tempo, a academia científica jurídica forneceu métodos para a construção de uma base teórica para conferir legitimidade à prisão no âmbito do estado moderno, em que o cidadão abre mão da autotutela em favor deste ente soberano. Ensinam Zaffaroni e Nilo Batista<sup>179</sup> que a vítima é retirada do poder punitivo, o bem jurídico tutelado penalmente pelo estado, quando violado, dá origem ao direito público de punir, como se pertencessem a toda sociedade, dentro de um modelo contratualista. Neste contexto, a pena assume as finalidades retributivas e preventivas. As primeiras têm seu embrião na vingança, retribuindo com um mal quem um crime comete, enquanto as segundas, evidentemente, têm o objetivo de criar um poder intimidatório psicológico, de modo que, sopesando a possibilidade de perder a liberdade por um determinado período de tempo e o benefício que se terá com a prática de um delito, as pessoas se absteriam de praticar uma conduta tipificada. Arturo Rocco<sup>180</sup> explica que:

a representação do mal e, portanto, da dor traduzida pela pena, gera um sentimento de temor que induz à abstenção da ação delituosa. De tal maneira, a ameaça da pena contrapõe, na vontade de quem quer cometer um delito, aos motivos de delinquir, o motivo derivado do temor da pena, é dizer, cria, como disse Romagnosi, mediante o temor da pena, um contra-impulso psicológico ao impulso psicológico que deriva das inclinações delituosas ou, o que é o mesmo, exerce, segundo a expressão de Feuerbach, uma coação psicológica (força psíquica) sobre a vontade dos que estão predispostos à delinquir. [...] A pena, no estágio da ameaça, é dizer, da sanção legislativa, exerce, assim, frente a quem está psicologicamente predisposto a delinquir, uma função preventiva (prevenção geral), e, a gravidade do mal com que ela ameaça deve ser, naturalmente, proporcional à intensidade do impulso psicológico dos motivos para delinquir.

A origem da pena de prisão, como aponta Taiguara<sup>181</sup>, remonta ao início do Estado Liberal, fim do Estado Absoluto, emergindo do iluminismo. O viés intimidatório da pena está presente até nos escritos de Maquiavel<sup>182</sup>. Em sua obra mais conhecida “O Príncipe” o autor afirma que:

os homens têm menos escrúpulos em ofender quem se faz amar do que quem se faz temer, pois o amor é mantido por uma corrente de obrigações que se rompe quando deixa de ser

<sup>179</sup> ZAFFARONI e BATISTA apud SOUZA, op. cit., p. 101.

<sup>180</sup> ROCCO Apud GUIMARÃES Claudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista: do que se oculta(va) ao que se declara*. 2006. 40 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

<sup>181</sup> SOUZA, op. cit., p. 60.

<sup>182</sup> MAQUIAVEL apud GUIMARÃES, op. cit., p. 34.

necessária, já que os homens são egoístas; mas o temor é mantido pelo medo da punição, que nunca falha.

O que se observa é que estas funções são apenas o discurso oficial declarado, servindo de fundamento teórico para a pena de prisão; fundamental para a construção de uma cultura encarceradora que esconde as funções ocultas da prisão. Portanto, para que se compreenda o processo de criação e consolidação desta cultura, é necessário abordar criticamente cada uma destas funções declaradas da pena privativa de liberdade, eis que se trata da principal expressão do poder punitivo.

### 3.2.1 A função retributiva da pena

Para legitimar este exercício do poder punitivo pelo Estado, surge a ideia da função retributiva da pena, no sentido de submeter o criminoso um mal decorrente da violação do bem jurídico tutelado. De acordo com Juarez Cirino<sup>183</sup> “a pena como retribuição do crime representa a imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime, necessário para realizar justiça ou restabelecer o direito”. Segundo o autor trata-se da função mais antiga da pena, em que é associada à vingança. O arcabouço filosófico é vasto, conforme sinaliza Bitencourt<sup>184</sup>:

entre os defensores das teses absolutistas ou retribucionistas da pena destacaram-se dois dos mais expressivos pensadores do idealismo alemão: Kant, cujas ideias a respeito do tema que examinamos foram expressadas em sua obra *A metafísica dos costumes*, e Hegel, cujo ideário jurídico-penal se extraí de seus *Princípios da Filosofia do Direito*.

Segundo o autor, Kant fornece a fundamentação no âmbito da ética, no sentido de que compete ao estado o castigo impiedoso daquele que viola as normas, o qual deixa de ser digno de cidadania, daí surgindo a ideia do imperativo categórico, o “dever-ser”. Juarez Cirino<sup>185</sup> aponta que “Kant define a justiça retributiva como *lei inviolável*, um *imperativo categórico* pelo qual *todo aquele que mata deve morrer*, para que cada um *receba o valor de seu fato* e a *culpa do sangue* não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados”. A seu turno, Hegel<sup>186</sup> fornece a fundamentação jurídica da pena ao definir “o crime como *negação do direito* e pena como *negação do crime* - portanto, como *reafirmação* do direito. Na legislação penal é possível identificar os reflexos da função retributiva da pena no art. 59 do CP<sup>187</sup>, o qual prevê que o juiz estabelecerá a

<sup>183</sup> SANTOS, op. cit., p. 425.

<sup>184</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 101.

<sup>185</sup> SANTOS, op. cit., p. 426.

<sup>186</sup> HEGEL apud SANTOS, op. cit., p. 426.

<sup>187</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado)>.

pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação do crime”. A função retributiva é a face mais cruel da pena, revela a mesquinhez do ser humano, pois se trata da materialização da vingança, retribuir um mal com outro mal; o estado devolve a violação de um direito com violência, com violação de outro direito, o de liberdade. A tentativa de racionalizar e justificar a pena não prospera diante da impossibilidade fática de equalizar quanto vale em termos de tempo de privação de liberdade cada bem jurídico violado. A esse respeito Juarez Cirino<sup>188</sup> leciona que:

a crítica jurídica da função retributiva tem por objeto a natureza expiatória ou compensatória da pena criminal: retribuir, como método de expiar ou de compensar um mal (o crime) com outro mal (a pena), pode corresponder a uma crença - e, nessa medida, constituir um ato de fé -, mas não é democrático, nem científico. Não é democrático porque no Estado Democrático de Direito (a) o poder é exercido em nome do povo - e não em nome de Deus -, e (b) o Direito Penal tem por objetivo proteger bens jurídicos - e não realizar vinganças.

Ainda há uma outra crítica no sentido de que a função retributiva da pena viola subsidiariedade do Direito Penal, Queiroz<sup>189</sup> afirma que há uma fragilização do caráter *ultima ratio* da pena, ao passo que atribui à pena todo o controle social, incompatibilizando com as medidas que relativizam o sistema penal, citando como exemplos despenalização, transação, medidas alternativas à prisão, etc. Constata-se que há uma gama de críticas contundentes que questionam o fundamento da necessidade de uma retribuição maléfica a quem pratica um delito, que põem luz nas controvérsias advindas da sistematização racional do poder punitivo partindo de um sentimento irracional, a vingança.

### 3.2.2 A função preventiva geral da pena

A função preventiva, ou relativa, também está prevista no art. 59 do CP<sup>190</sup>, o qual determina que o juiz deverá estabelecer a pena conforme seja necessário para prevenção do crime. Esta função decorre do medo e do temor que a prisão causa no indivíduo, o objetivo é que a conduta tipificada como crime não seja praticada ou reiterada. O que se busca com a teoria preventiva é dar uma função política e roupagem de utilidade prática à pena. Aprimorando a teoria preventiva, Feuerbach<sup>191</sup> trabalha com uma divisão de prevenção geral e prevenção especial. Grandes autores defendem a teoria da prevenção geral, entre eles é possível citar Bentham, Beccaria, Filangieri e

---

htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

<sup>188</sup> SOUZA, op. cit., p. 427.

<sup>189</sup> QUEIROZ apud SOUZA, op. cit. p. 60.

<sup>190</sup> BRASIL. Op. cit., nota 187.

<sup>191</sup> FEUERBACH apud BITENCOURT, op. cit., p. 106.

Schopenhauer, porém é Feuerbach que mais contribuiu para sua construção quando, segundo Bitencourt<sup>192</sup>, formulou a "teoria da coação psicológica", segundo a qual compete ao Direito Penal solucionar o problema da criminalidade por meio da ameaça da aplicação de pena, ou seja, com a cominação penal, de modo a evidenciar que o estado reagirá contra as ações injustas praticadas pelos membros de uma determinada comunidade. Além disso, segundo o autor, para que se atinja a eficiência pretendida com a ameaça, é necessária sua realização, ou seja, que a pena seja realmente aplicada no caso concreto. A esse respeito leciona Angel Torio Lopez<sup>193</sup> que:

o homem racional e calculista encontra-se sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas psiquicamente, levando-o a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada.

A prevenção geral se subdivide ainda em positiva e negativa. Basicamente, o que se busca com a negativa é criar uma coação psicológica para que, sob o temor da crueldade da pena, os indivíduos se abstenham da prática das condutas típicas. Nas palavras de Juarez Cirino<sup>194</sup> “a função de prevenção geral atribuída à pena criminal igualmente tem por objetivo evitar crimes futuros mediante uma forma negativa antiga e uma forma positiva pós-moderna”. A negativa, segundo o autor, “aparece na forma tradicional de intimidação penal, expressa na célebre teoria da coação psicológica de Feuerbach: o Estado espera que a ameaça da pena desestimule pessoas de praticarem crimes”.

A prevenção geral positiva, a seu turno, busca a submissão dos cidadãos às normas ou, como ensina Taiguara<sup>195</sup>, “almeja inculcar na comunidade a noção de obediência ao ordenamento jurídico, preservando-o das condutas nocivas”. O momento que a teoria surgiu é ponto controvertido na doutrina. Enquanto Taiguara<sup>196</sup> afirma que surgiu no século XIX, Juarez Cirino<sup>197</sup> sustenta que surgiu no final do século XX. O autor atribui a Luhman o arcabouço sociológico que fundamenta a função de prevenção geral positiva, o qual “atribui ao Direito as funções (a) de estabilização do sistema social, (b) de orientação da ação e (c) de institucionalização de expectativas normativas”.

---

<sup>192</sup> Ibid., p.106.

<sup>193</sup> Ibid., p. 107.

<sup>194</sup> SANTOS, op. cit., p. 430.

<sup>195</sup> SOUZA, op. cit., p. 74.

<sup>196</sup> Ibid., p. 62.

<sup>197</sup> SANTOS, op. cit., p. 430.

Neste sentido, existem duas linhas de pensamento que se destacam acerca da prevenção geral positiva, a de Jakobs e a de Roxin. A primeira, conforme ensina Taiguara<sup>198</sup>, “compreende a norma penal como necessidade funcional e sistêmica de estabilização das expectativas normativas da sociedade através da aplicação da pena. Assim, a pena teria a finalidade de integração da norma penal na sociedade”. Segundo Jakobs<sup>199</sup> trata-se de “uma demonstração da vigência da norma à custa de um responsável”, concebendo a prevenção geral positiva de modo absoluto, sem levar em consideração o viés intimidatório, retributivo e corretivo da pena, a qual, segundo o autor<sup>200</sup>, consistiria na “*afirmação da validade da norma penal violada—definida como bem jurídico-penal, (...) aplicada com o objetivo de estabilizar as expectativas normativas e de restabelecer a confiança no Direito, frustradas pelo crime*”.

Por outro lado, Roxin<sup>201</sup>, à luz da teoria da prevenção geral, concebe os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade de forma a legitimar a proteção dos bens jurídicos pelo Direito Penal. Assim, é possível concluir que a prevenção geral negativa possui como escopo a criação do temor da pena, com o objetivo de desestimular os indivíduos a praticarem delitos, enquanto a prevenção geral positiva busca coesão do sistema penal, para incutir nos cidadãos a confiança no sistema penal. As críticas à prevenção geral são no sentido de que esta teoria, segundo Bitencourt<sup>202</sup>, não leva em conta a confiança do delinquente de que não será descoberto e que o temor da pena não possui a eficácia que se pretende produzir. Sauer<sup>203</sup> critica ainda no sentido de que a prevenção geral dá origem a uma exigência de que legisladores e magistrados devem estabelecer e aplicar penas muito elevadas, o que violaria a medida da culpabilidade.

### 3.2.3 A função preventiva especial da pena

A prevenção geral é direcionada à coletividade, ou seja, a todos os integrantes de uma determinada sociedade que se submetem a um sistema penal, no intuito de evitar o cometimento de delitos. Por outro lado, a prevenção especial se diferencia ao passo que busca evitar a reiteração de uma conduta delituosa já praticada. Portanto, a prevenção especial é direcionada a um indivíduo, para que este não venha a reincidir. Em suas lições Taiguara<sup>204</sup> atribui sua origem aos pensadores da antiguidade, citando como precursores Sêneca, Platão e Protágoras. Porém, é na

---

<sup>198</sup> SOUZA, op. cit., p. 76.

<sup>199</sup> Ibid.

<sup>200</sup> ROXIN apud CIRINO, op. cit., p. 431.

<sup>201</sup> Ibid., p. 430.

<sup>202</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 108.

<sup>203</sup> Ibid.

<sup>204</sup> SOUZA, op. cit., p. 64.

modernidade que a teoria ganha os contornos atuais como o que o autor se refere como “ideologias ‘re’”, buscando a ressocialização, reeducação, reinserção ou reintegração social, ideais defendidos pelos pensadores iluministas, os quais são classificados por Foucault<sup>205</sup> de “ortopedistas da moral”. A prevenção especial está materializada no art. 1º da LEP<sup>206</sup>, o qual prevê que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, tendo como origem a escola criminológica positivista.

A esse respeito, tanto Bitencourt<sup>207</sup> quanto Taiguara<sup>208</sup> apontam que na França destacou-se a Nova Defesa Social, de Marc Ancel, também seguido por Filippo Gramatica; na Itália, com os criminológicos Lombroso, Ferri e Garófalo; na Espanha, com a Escola Correccionalista. Contudo, ambos apontam que a contribuição principal vem das lições de Franz von Liszt, da Escola Positivista Sociológica Alemã, no final do século XIX, em seu Programa de Marburgo. O surgimento da teoria de prevenção especial nas lições de Von Liszt decorre da crise do Estado liberal. O desenvolvimento do sistema capitalista, que impulsionou êxodo rural e deu origem a uma classe trabalhadora com a exploração desenfreada de homens, mulheres e até de crianças, que viviam em situação de extrema pobreza, fez surgir organizações de trabalhadores, que representavam o maior risco à implementação da nova ordem mundial. Conforme ensina Bitencourt<sup>209</sup>, diante desta realidade:

o interesse jurídico-penal já não será o de restaurar a ordem jurídica ou a intimidação geral dos membros do corpo social. A pena, segundo esta nova concepção, deveria concretizar-se em outro sentido: o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade. O delito não é apenas a violação à ordem jurídica, mas, antes de tudo, um dano social, e o delinquente é um perigo social (um anormal) que põe em risco a nova ordem. Essa defesa social referia-se a alguns dos setores sociais: o econômico e o laboral. Trata-se da passagem de um Estado guardião a um Estado intervencionista, suscitada por uma série de conflitos caracterizados pelas graves diferenças entre possuidores e não possuidores dos meios de produção, pelas novas margens de liberdade, igualdade e disciplina estabelecidas.

Portanto, a pena deixa de ser um meio de prevenção da prática de outros delitos e passa a ser um mecanismo de proteção a uma configuração social, uma ordem econômica, escondida

---

<sup>205</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 15.

<sup>206</sup> BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 23 out. 2019.

<sup>207</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 110.

<sup>208</sup> SOUZA, op. cit., p. 64.

<sup>209</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 111.

sob o argumento de defesa da própria sociedade. A esse respeito esclarece Alessandro Baratta<sup>210</sup> que:

o conceito de defesa social parece ser, assim, na ciência penal, a condensação dos maiores progressos realizados pelo direito penal moderno. [...] De fato, por ser muito raramente objeto de análise, ou mesmo em virtude desta sua aceitação acrítica, o seu uso é acompanhado de uma irrefletida sensação de militar do lado justo, contra mitos e concepções mistificantes e superados, a favor de uma ciência e de uma práxis penal racional.

Assim como ocorre com a prevenção geral, a prevenção especial também se subdivide em positiva e negativa. Nas palavras de Taiguara<sup>211</sup> “a função preventivo-especial positiva constitui a chamada pena-tratamento, que busca ao fim e ao cabo, a ‘correção’ do condenado”, ou seja, conforme explica Juarez Cirino<sup>212</sup> “busca a ressocialização do delinquente realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da ortopedia moral do estabelecimento penitenciário – segundo outra fórmula antiga: *punitur, ne peccetu*”. Das lições do autor<sup>213</sup> se extrai ainda o conceito da prevenção especial negativa que parte da neutralização (ou inocuidade) de indivíduos considerados perigosos que, condenados, ficam incapacitados de praticar novos crimes durante a execução da pena. Embora não seja pena, a prisão em flagrante se coaduna com a função preventiva especial negativa, ao passo que tem como objetivo fazer cessar a prática de um ato criminoso que está sendo praticado, ambas possuem a mesma justificativa, o que revela as origens das penas privativas de liberdade nas prisões provisórias.

### 3.3 As funções não declaradas da prisão

Ao analisar o discurso oficial legitimador da prisão e das funções retributivas e preventivas da pena se observa um distanciamento da real finalidade da privação do direito de ir e vir de um indivíduo, dos objetivos ocultos de criação de uma reserva de mão de obra e seu barateamento, bem como de um aparato jurídico penal que permite a defesa das assimetrias sociais produzidas por uma sociedade que se estrutura sobre a exploração da força de trabalho por uma minoria que detém os meios de produção. Juarez Cirino<sup>214</sup> ensina que as correntes críticas às teorias das funções da pena, ainda que com mesmo propósito, são basicamente duas:

---

<sup>210</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 43-44.

<sup>211</sup> SOUZA, op. cit., p. 64.

<sup>212</sup> SANTOS, op. cit., p. 428.

<sup>213</sup> Ibid.

<sup>214</sup> Ibid.

a) a teoria negativa/agnóstica da pena, fundada na dicotomia estado de direito/estado de polícia, elaborada pelo trabalho coletivo de Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (com a contribuição atual de A. Alagia e A. Slokar); b) a teoria materialista/dialética da pena, fundada na distinção entre funções reais e funções ilusórias da ideologia penal nas sociedades capitalistas, desenvolvida pela tradição marxista em criminologia, formada por Pasukanis, Rusche/Kirchheimer, Melossi/Pavarini e Baratta – para citar os mais conhecidos –, com a contribuição relevante do estruturalista Foucault.

Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, partem da premissa de que há um exercício de poder autoritário, vertical, que, segundo Juarez Cirino<sup>215</sup>, se caracteriza pela:

distribuição de justiça substancialista de grupos ou classes sociais, expressiva de direitos meta-humanos paternalistas, que suprime os conflitos humanos mediante as funções manifestas positivas de retribuição e de prevenção da pena criminal, conforme a vontade hegemônica do grupo ou classe social no poder.

A teoria materialista dialética, de origem genuinamente marxista, busca revelar as reais funções da pena. Neste sentido as teorias criminológicas críticas fornecem o antídoto a essa ilusão produzida pelo discurso oficial. A esse respeito explica Guimarães<sup>216</sup>:

é fácil perceber que as teorias criminológicas oficiais – como no caso das teorias econômicas dos delitos e das penas – em suas elaborações, partem necessariamente de um modelo de sociedade consensual, em que todos vivem em perfeita harmonia, a qual somente é quebrada com a prática de condutas criminosas por aqueles que não se sujeitam às regras estabelecidas para proteger os interesses gerais de tal sociedade. Assim os que cometem delitos são os componentes maus da sociedade, enquanto que aqueles que não violam o direito penal são os seus componentes bons. Na sequência de tal raciocínio, o Direito Penal seria o ramo do direito que protege bens jurídicos universais, caros a todos aqueles que fazem parte da sociedade por ele protegida, sendo aplicado de forma rigidamente igualitária e se pautando inexoravelmente no princípio da legalidade. Tem-se assim, configurada, a ideologia da defesa social.

A pena serve como mecanismo de defesa social, o que se dá por meio das suas funções declaradas de prevenção e retribuição. Entretanto, o materialismo histórico dialético nos fornece as bases para a compreensão de que essa harmonia social defendida pelo discurso legitimante das penas é falaciosa, pois a sociedade se desenvolve pela luta de classes. Em verdade, o sistema penal serve para proteger as camadas mais altas do tecido social em detrimento dos mais baixos extratos pela via de tal sistema de controle social. Neste contexto, das lições de Pasukanis<sup>217</sup> é possível extrair que o direito é necessário para o capitalismo, em que o primeiro cria a ideia de igualdade

<sup>215</sup> Ibid.

<sup>216</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 50.

<sup>217</sup> PACHUKANIS, Eugene B. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, 173, p. 3.



jurídica expressada na liberdade de contratar para escamotear a desigualdade econômica inerente ao segundo, que se estrutura sobre a exploração da força de trabalho da classe trabalhadora, ou seja, o direito penal é o mais eficiente meio de dominação de uma classe sobre a outra. Desta forma, a pena vai assumindo uma função específica em cada fase de desenvolvimento do sistema capitalista. Guimarães<sup>218</sup> explica que:

sabe-se que durante o século XV até meados do século XVI o Direito Penal foi utilizado como fator de prevenção contra o crescimento populacional, haja vista que com a desintegração do sistema feudal de produção, verdadeiros contingentes de seres humanos vagavam sem destino, reproduzindo-se desordenadamente, evidenciando-se em um perigo real para as classes mais abastadas – a burguesia ascendente –, vez que se constituía em uma classe sem ocupação que, para sobreviver, lançava mão da prática de uma variada gama de delitos, mormente contra a propriedade.

Neste primeiro momento de formação do sistema capitalista o que se observou foi o deslocamento da classe trabalhadora camponesa para os centros urbanos, formando bolsões de pobreza de pessoas sem trabalho formal, as quais acabavam por atacar a propriedade das classes mais abastadas. Diante desta realidade os estados burgueses se organizaram através de penas cruéis, por vezes capitais, que tinham como destinatário final essas classes subalternas. A abundância de mão de obra desvalorizava a vida dessas pessoas em situação de vulnerabilidade. Este modelo punitivo foi sendo abandonado de acordo com os interesses econômicos. Enquanto o discurso oficial de humanização das penas se propagava, eram ocultados os verdadeiros motivos da guinada na forma do exercício do poder. Guimarães<sup>219</sup> aponta que:

o abandono dos cruéis métodos na massiva eliminação do contingente populacional, tido por excessivo, ocioso e daninho, obedeceu a duas causas principais: o rechaço a tais métodos pelo pensamento ilustrado e, principalmente, a crescente necessidade de mão de obra da indústria manufatureira em franca expansão. Estava-se em pleno período de desenvolvimento do capitalismo mercantilista e a sensível diminuição na reserva de mão-de-obra representou um duro golpe nas pretensões daqueles a quem cabia a acumulação do capital, tão necessária para a expansão das oficinas manufatureiras e, conseqüentemente, do comércio.

Assim surgem novos métodos de punição com vistas a reprimir os desocupados, obrigando-os a trabalhar nas condições impostas pelos que detinham os meios de produção, necessários para a acumulação de capital, quando se multiplicam as casas de correção. Nas palavras de Rusche e Kirchheimer<sup>220</sup>:

---

<sup>218</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 123.

<sup>219</sup> Ibid., p.125.

<sup>220</sup> RUSCHE e KIRCHHEIMER apud GUIMARÃES, op. cit., p. 127.

a essência da casa de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (*poorhouses*), oficinas de trabalho (*workhouses*) e instituição penal. Seu objetivo principal era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil. Através do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros formariam hábitos industriais e, ao mesmo tempo, receberiam um treinamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente.

O período é marcado pelo sucesso das casas de correções na consolidação do novo sistema econômico, o capitalismo, logrando êxito na transformação dos camponeses em proletários, viabilizando a mais-valia. Este modelo se mostrou eficiente com seus objetivos de disciplinar e tornar os corpos dóceis para explorá-los, acarretando numa conformação da nova estrutura, em que os vulneráveis supostamente livres aceitariam essa configuração social.

Na virada do século XVII para o século XVIII se observa uma mudança drástica na formatação do poder promovida pelas revoluções industriais, com reflexos significativos na forma de punir. Melossi e Pavarini<sup>221</sup> asseveram que:

os séculos XVII e XVIII foram criando pouco a pouco a instituição que primeiro o Iluminismo e depois os reformadores do século XIX transformaram na forma atual de cárcere. Assim, a primeira forma da prisão moderna está intimamente ligada à casa de correção manufatureira.

Nesta época o sistema capitalista estava consolidado, o que mudou o público alvo do poder punitivo, o qual não estava mais direcionado aos ex-camponeses que se deslocaram para a cidade. Cumprida a função inicial de formação da classe trabalhadora urbana, o sistema penal se voltaria para o proletariado. Segundo Guimarães<sup>222</sup>:

é a ocasião histórica que Foucault (1993, p.78-79) denomina de transição da ilegalidade de direitos – cuja principal vítima era o Estado arrecadador de impostos – para a ilegalidade de bens – cuja origem está ligada à ascensão da burguesia e, conseqüentemente, ao acúmulo de bens dessa classe social, constituindo-se esta, portanto, em principal vítima desse novo tipo de ilegalidade. Não é mais a vadiagem, a vagabundagem, a prostituição, a sonegação fiscal, o contrabando ou crimes violentos contra os agentes do fisco que estão na alça de mira do Direito Penal – já não estamos mais nos albores mercantilistas – e sim os crimes contra a propriedade particular, principalmente contra as fábricas, assim como aqueles perpetrados contra a grande massa de matéria-prima, de ferramentas, de objetos fabricados que pertencem, agora, ao empresário-burguês na nova era da Revolução Industrial

O autor aponta que o surgimento da teoria da prevenção especial negativa se dá justamente neste momento histórico de guinada do mercantilismo para a industrialização, em que

---

<sup>221</sup> Ibid., p. 131.

<sup>222</sup> Ibid., p. 147.

a pena privativa de liberdade ganha os atuais contornos. A necessidade de proteção da propriedade privada é vital para o sucesso da revolução industrial e neste contexto não mais se admitia a punição corporal, ou seja, há uma mudança do objeto da punição para a alma do delinquente. Gelson Almeida<sup>223</sup> explica que:

na sociedade de produção de mercadorias, a reprodução ampliada do capital pela expropriação de mais-valia da força de trabalho — a energia produtiva capaz de produzir valor superior ao seu valor de troca (salário), como ensina Marx —, pressupõe o controle da classe trabalhadora: na fábrica, instituição fundamental da estrutura social, a coação das necessidades econômicas submete a força de trabalho à autoridade do capitalista; fora da fábrica, os trabalhadores marginalizados do mercado de trabalho e do processo de consumo — a chamada superpopulação relativa, sem utilidade direta na reprodução do capital, mas necessária para manter os salários em níveis adequados para a valorização do capital —, são controlados pelo cárcere, que realiza o papel de instituição auxiliar da fábrica.

Até o final do século XIX esse modelo impera, havendo uma ruptura somente a partir do período de crise do modelo liberal, que dá lugar ao modelo intervencionista consubstanciado no Estado de bem-estar social. Outro fator relevante neste período é a difusão dos ideais marxistas, que culminou com a eclosão de revoluções proletárias, quando o Direito Penal é novamente instado a proteger os interesses da classe dominante. Nas palavras de Hobsbawm<sup>224</sup>:

ao declinarem os lucros colossais dos pioneiros industriais, comprimidos entre as tenazes da concorrência, que fazia baixar os preços, e da fábrica cada vez mais dispendiosa e mecanizada, com seus custos cada vez mais altos e inelásticos, os empresários começaram a procurar ansiosamente uma saída. E enquanto a procuravam, as crescentes massas das classes operárias nas economias industriais juntaram-se à população agrícola em agitações em prol de melhorias e reforma, tal como haviam feito na era correspondente da industrialização britânica. A era da Grande Depressão foi também a era do surgimento dos partidos proletários socialistas (isto é, principalmente marxistas) por toda a Europa, organizados numa internacional marxista

As assimetrias sociais produzidas pelo liberalismo clássico culminaram numa desigualdade social tamanha que as classes trabalhadoras começaram a ser organizar para reivindicar direitos, momento em que o Estado teve que dar novas respostas para salvar o sistema em colapso, surgindo a ideia de intervenção estatal na economia e o *Welfare State*. Streck e Morais<sup>225</sup> explicam que:

<sup>223</sup> ALMEIDA, Gelson Rozentino de. *A Crise do Sistema Penitenciário: Capitalismo, Classes Sociais e a Oficina do Diabo*. Disponível em: <<http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/anpuhnacional/S.25/ANPUH.S25.1416.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>224</sup> HOBBSAWM apud GUIMARÃES, op. cit., p. 193.

<sup>225</sup> STRECK e MORAIS apud GUIMARÃES, op. cit., p. 197.

resumidamente, pode-se dizer que o Welfare State, como já demonstrado anteriormente, emerge definitivamente como consequência geral das políticas definidas a partir das grandes guerras, das crises da década de 1930, embora sua formulação constitucional tenha se dado originalmente na segunda década do século XX (México, 1917, e Weimar, 1919). O *New Deal* americano de Roosevelt, o Keynesianismo e a política social do pós-segunda guerra na Inglaterra estão entre os fatores relevantes que demonstram a estrutura que está se montando. Com a I Guerra Mundial, tem-se a inserção definitiva do Estado na produção (indústria bélica) e distribuição (alimentos, etc.); com a crise de 1929 há um aumento das despesas públicas para a sustentação do emprego e das condições de vida dos trabalhadores; nos anos de 1940 há a confirmação desta atitude interventiva, instaurando-se a base de que todos os cidadãos como tais têm direito a ser protegidos contra dependências de curta ou longa duração.

Nesse contexto é que se remonta à teoria da função ressocializadora da pena, pois o estado, na busca pelo bem-estar social, fundamenta o uso da prisão como forma de tratamento daquele indivíduo encarcerado. Guimarães<sup>226</sup> explica que:

o grande objetivo é a substituição da concepção retributiva pela de tratamento, não se negando, em nenhum momento, o Direito Penal. Avança-se da repressão para a prevenção, unindo-se o Direito Penal à defesa social, eliminando-se o caráter de sofrimento infamante imanente à pena retributiva, substituindo-o por um programa sadio de política criminal.

O aparelho punitivo continuou direcionado para absorver a mão de obra improdutiva, mas com o fundamento de reeducação social. Garcia-Pablos de Molina<sup>227</sup> expõe que:

as teses ressocializadoras, por outro lado, são perfeitamente congruentes com a realidade política do modelo de Estado de nossos dias: o Estado socialintervencionista. O Estado clássico-liberal não podia admitir, como é lógico, nem a idéia da ressocialização, nem a de tratamento. Contudo o Estado social, ativo gestor – e não mero observador – dos processos sociais, atento e preocupado com as causas do delito e por evitar a reincidência, assumiu a bandeira da ressocialização. Nada mais eficaz, inclusive, desde o ponto de vista da luta contra a criminalidade que incidir nas causas da mesma e procurar a readaptação do indivíduo às normas e pautas do grupo. O fracasso da pena retributiva, especialmente a propósito de determinados tipos de delinquência, avalizam a necessidade do tratamento ressocializador.

Entretanto, o estado de bem estar-social se colapsou, foi superado pelo neoliberalismo, marcado pela diminuição do estado e pela não intervenção na economia, dando origem ao estado penal. Esta mudança de paradigma, segundo aponta Guimarães<sup>228</sup>, acarretou também no declínio da ideologia ressocializadora e o desenvolvimento dos postulados da prevenção geral positiva, viabilizando a transformação em estado penal. Bauman<sup>229</sup> ensina que a ideia de que as garantias

---

<sup>226</sup> Ibid.

<sup>227</sup> Ibid., p. 198.

<sup>228</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 254.

<sup>229</sup> SOUZA, op. cit., p. 119.

do cidadão não poderiam mais ser custeadas foi amplamente difundida, haja vista que o processo de mecanização da produção acarretou num contingente considerável de pessoas desempregadas, excluídas da sociedade de consumo e, portanto, descartáveis. Com a formação deste exército ocioso de mão de obra houve um barateamento da força de trabalho que desequilibrou a luta por direitos pela classe trabalhadora, permitindo a terceirização das atividades econômicas, a exclusão em larga escala de trabalhadores da formalidade e a supressão de direitos trabalhistas. Vera Malaguti<sup>230</sup> afirmou que:

o pós-industrialismo, que já não tem mais as ilusões de pleno emprego, ele faz, como estratégia de contenção da potência política popular, a criminalização das suas estratégias de sobrevivência. A grande mídia trata de lançar um olhar sobre os pobres, e um olhar sobre as áreas pobres, que vai transformando em *locus* do crime, *locus* do mal, o lugar da criminalidade, do perigo, do risco... [informação verbal].

As transformações nas linhas de produção provocadas pela substituição da mão de obra assalariada pela automação, permitiram que as fábricas pudessem enxugar seus quadros de funcionários, provocando o desemprego de uma massa de trabalhadores. Uma das regras mais antigas da economia é a lei da oferta e da procura; se tem muita gente procurando emprego, o salário, conseqüentemente, será mais baixo e caso alguém ouse desafiar esta sistemática de concentração de riqueza e exploração da força de trabalho, será absorvido e anulado pelo cárcere. O sistema de justiça criminal protege a propriedade privada e o sistema econômico, de modo a viabilizar a relação de mercadoria com a força de trabalho. A Revolução Tecnológica ocorrida no século XXI deu origem a um exército de desempregados, o que permitiu a flexibilização de direitos trabalhistas, acarretando a precarização das condições de vida dessa parcela da população. Segundo Oliveira<sup>231</sup>:

trata-se do fenômeno da Uberização das relações de trabalho, através da qual há uma exploração da mão de obra por parte de poucas e grandes empresas que concentram o mercado mundial dos aplicativos e plataformas digitais, que tem como principal característica a ausência de qualquer tipo de responsabilidade ou obrigação em relação aos “parceiros cadastrados”, como são chamados os prestadores de serviços. Isto porque deixam claro que têm como objeto a prestação de serviços de tecnologia contratados pelos “parceiros”.

<sup>230</sup> YOUTUBE. Palestra “Encarceramento em massa: símbolo do Estado Penal” proferida no Seminário do Tribunal Popular, realizada entre 7 e 9 de dezembro de 2010 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da USP. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FRgAs5sR7Gw&list=PL9z4WeuZpi63xiJ9n4Xkq3bg9YRHZNodG&index=6>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>231</sup> OLIVEIRA, Tatiana Moreira Rossini de. *A uberização das relações de trabalho*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/justica/a-uberizacao-das-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

Neste contexto, a prisão assume a função de contenção destes excluídos, que são obrigados a se submeterem às novas das relações de trabalho ou serão absorvidas pelo sistema carcerário.

### 3.4 A espetacularização do processo penal

O espetáculo sempre esteve presente na história do processo penal, Michel Foucault<sup>232</sup>, por exemplo, inaugura sua obra mais conhecida, *Vigiar e Punir*, narrando uma sessão pública de aplicação do suplício ocorrida em 2 de março de 1757, diante da porta principal da Igreja de Paris para diversos espectadores, quando Robert-François Damiens foi esquartejado em virtude de uma condenação. Segundo Guy Debord<sup>233</sup> “o espetáculo em geral, como inversão concreta da vida, é o movimento autônomo do não-vivo (...), é o foco do olhar iludido e da falsa consciência”.

O aparelho punitivo sempre fez uso do espetáculo para atingir os fins preventivos da pena, de modo a incutir na população um temor pela prática das condutas que são consideradas socialmente reprováveis. Assim como ocorreu no período feudal, nas aplicações do suplício como o caso narrado por Foucault, com a transformação do exercício do poder de punir promovida pelo surgimento do sistema capitalista, o espetáculo sempre esteve presente no processo de aprisionamento em massa. Ensina Rubens Casara<sup>234</sup> que:

a dimensão de garantia, inerente ao processo penal no Estado Democrático de Direito (marcado por limites ao exercício do poder), desaparece para ceder lugar à dimensão de entretenimento. No processo espetacular desaparece o diálogo, a construção dialética da solução do caso penal a partir da atividade das partes, substituído pelo discurso dirigido pelo juiz: um discurso construído para agradar às majorias de ocasião, forjadas pelos meios de comunicação de massa, em detrimento da função contramajoritária de concretizar os direitos fundamentais (o Poder Judiciário, para concretizar direitos fundamentais, deveria julgar contra a vontade da maioria).

O autor menciona ainda que no processo penal do espetáculo a lei é substituída pelo desejo de audiência, assim sendo, os agentes estatais são autorizados a violar a lei, sob o fundamento de combate à impunidade, ou seja, para manter íntegra a credibilidade do sistema perante à sociedade, cumprindo sua função preventiva geral positiva. O espetáculo consolida a figura do inimigo, ser que é tido como incapaz de respeitar as normas necessárias para a vida em

---

<sup>232</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 9.

<sup>233</sup> DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 14.

<sup>234</sup> CASARA, Rubens R. R. *Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 12.

sociedade, ao qual são negadas as garantias fundamentais, vistas como obstáculos que devem ser afastados em nome do desejo de punição e da eficiência.

Atualmente a mídia exerce um papel fundamental na espetacularização da prisão e na implementação de uma cultura encarceradora. Os programas policiais, séries, filmes e peças que constroem a figura do herói combatente da criminalidade e do bandido sem escrúpulos, vilão a ser combatido. Segundo Batista<sup>235</sup>:

o compromisso da imprensa – cujos órgãos informativos se inscrevem, de regra, em grupos econômicos que exploram os bons negócios das telecomunicações – com o empreendimento neoliberal é a chave de compreensão dessa especial vinculação mídia-sistema penal, incondicionalmente legitimante. Tal legitimação implica a constante a lavagem de algumas crenças, e um silêncio sorridente sobre informações que as desmintam. O novo credo criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria idéia de pena: antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução dos conflitos.

É todo este espetáculo que permite a construção de lugares periféricos como presumidamente perigosos, de traficantes e miseráveis como inimigos, de decisões que fundamentam a prisões com base no clamor e uma consolidação da uma cultura encarceradora. Zaccone<sup>236</sup> demonstra os reflexos desta construção espetacularosa ao relatar um parecer da Assessoria Criminal do Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos seguintes termos:

é fato notório, inclusive constantemente divulgado pela mídia televisiva, que a comunidade denominada “Vila Cruzeiro” é o local onde a atividade do tráfico de drogas encontra-se enraizada. Não menos sabido é o fato de que a polícia, quando efetua incursões em locais tais, é recebida por disparos de armas de fogo deflagrados por traficantes, necessitando, por conseguinte, de empreender atos de defesa consistente no revide a estes disparos. A hipótese em análise não foge a essa realidade, e fica evidenciada quando o próprio pai do falecido informa que este era um traficante da localidade. (...) A constatação de que o falecido foi alvejado duas vezes pelas costas não é indicativo, por si só, de ter havido excesso na legítima defesa, pois nos tiroteios deflagrados em locais caracterizados pela arquitetura de ruas estreitas e vielas, com intensa movimentação de evacuação dos envolvidos, não é difícil que um dos contentores a cabe por ser atingido, quando de seus movimentos de ataque e defesa nas costas ou em outra parte que não seja a região da frente do corpo. (PROC. 2009.001.156184-8, da 1ª Vara Criminal, Parecer da Assessoria Criminal do PGJ).

Constata-se que a construção do traficante como inimigo da sociedade permite até que tiros pelas costas sejam considerados atos de legítima defesa, ainda mais quando isso ocorre nestes

<sup>235</sup> BATISTA apud GUIMARÃES, op. cit., p. 280.

<sup>236</sup> D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, [e-book].

lugares marginalizados cuja periculosidade é presumida. Ressalte-se que a seletividade do sistema de justiça criminal ficava mais evidente com a cobertura midiática do processo penal do espetáculo, como o discurso da impunidade é falacioso e escamoteia um sistema que criminaliza a pobreza. Assim, durante a primeira década dos anos 2000 se observou no Brasil o recrudescimento na punição aos crimes conhecidos como de colarinho branco, inaugurando uma nova fonte de audiência. Perine<sup>237</sup> cita como exemplos:

a Ação Penal 1470 (Mensalão) o Min. Ricardo Lewandowski transformou-se em inimigo da sociedade ao discordar das decisões tomadas pelo relator, Min. Joaquim Barbosa, quando tentava oferecer aos investigados plenitude no direito de defesa (...). Outro grande exemplo, e até mais atual, é a operação Lava-Jato, pois representa fielmente o conceito do espetáculo penal por meio do Juiz Federal e dos procuradores da República de Curitiba. Neste espetáculo, ladeados como se atuassem em conjunto na obtenção de provas, o Ministério Público e o Julgador formam a dupla imbatível do atropelo da Constituição Federal, por meio da divulgação seletiva de informações, conduções coercitivas e exposições midiáticas de culpabilidade dos atores envolvidos a operação vem ganhando cada vez mais aplausos pelos seus espectadores. Como cereja do bolo, a fim de ampliar o alcance das informações, a mídia divulga como se novela do horário nobre fosse.

Este processo de criminalização corporativa foi também viabilizado por um arcabouço normativo que entrou em vigor na segunda década do Século XXI, conforme se constata da notícia oficial veiculada pelo Ministério da Justiça intitulada como “Novas ações de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro são anunciadas”:

o ministro da Justiça e Segurança Pública, Torquato Jardim, defendeu o uso da tecnologia e da integração no combate ao crime organizado durante a 15ª Reunião Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla). Foram anunciadas 11 novas ações de combate a esses crimes para 2018 na noite desta quinta-feira (23/11), em Campina Grande/PB. (...) Ao longo desses anos, os trabalhos desenvolvidos pela Enccla trouxeram diversos resultados positivos no combate ao crime de lavagem de dinheiro e às práticas de corrupção como, por exemplo, a lei que define organização criminosa e disciplina diversas técnicas especiais de investigação, entre elas a colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013), alterações das leis sobre lavagem de dinheiro (Lei nº 12.683/2012), e a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas (Lei nº 12.846).

O que se observa é uma expansão do Direito Penal patrocinado por um aparelho midiático alienador, que difunde uma sensação de medo e de impunidade na sociedade, fazendo aumentar a crença no cárcere como solução dos problemas ocasionados pelas assimetrias social de uma sociedade tecnocrata extremamente consumista. Foi no âmbito do combate à corrupção e da impunidade que o aparelho midiático pressionou o sistema de justiça criminal para que fosse

<sup>237</sup> PERINE, Eduardo Antonio. *O espetáculo do processo penal*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminiais.jusbrasil.com.br/artigos/347896899/o-espetaculo-do-processo-penal>>. Acesso em: 15 mai. 2020.



permitido o cumprimento de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, conforme restou decidido no HC nº 126.292<sup>238</sup>, julgado pelo STF. No acórdão a palavra corrupção aparece 16 vezes, conferindo à presunção de inocência medida de impunidade contra os crimes de colarinho branco. Este entendimento, que permitiu a antecipação da pena privativa de liberdade quando da condenação em grau de apelação, prevaleceu na jurisprudência dos Tribunais Superiores até o julgamento do ADC nº 43<sup>239</sup> pelo STF em 07 de novembro de 2019.

Ocorre que esta nova narrativa que se constrói a fim de expandir a incidência do Direito Penal sob o fundamento de defesa dos valores republicanos através do combate aos crimes de lesa pátria é um verdadeiro cavalo de Tróia, que esconde uma oxigenação do processo de superencarceramento, pois, conforme sustentou o Defensor Público Pedro Paulo Lourival Carriello<sup>240</sup> no referido julgamento, a possibilidade de antecipação da pena privativa de liberdade com a confirmação da condenação em fase de apelação “acaba tendo dimensão letal na atual política de Segurança Pública do Rio de Janeiro, pois, em becos de favela, a presunção da culpa se dá pela condição racial de negro”. Flávia Faria e Guilherme Garcia<sup>241</sup> noticiaram

em sessões anteriores, ministros que defendem o início antecipado da pena, como Luís Roberto Barroso, afirmaram que a prisão após o trânsito em julgado beneficia majoritariamente os réus ricos, que têm condições de arcar com bons advogados e recorrer aos tribunais superiores. A Defensoria Pública contesta essa visão e afirma que os mais prejudicados com a prisão após segunda instância são os mais pobres, que compõem a maior parte da população carcerária, hoje em cerca de 800 mil pessoas. (...) Atualmente, há cerca de 6.000 defensores públicos no país, e estima-se que seriam necessários outros 5.000 para garantir o acesso à Justiça a toda a população carente.

A espetacularização do processo penal permite que o sistema de justiça criminal forneça um produto a ser explorado no mercado do entretenimento, contribuindo com a alienação das classes sociais mais vulneráveis ao poder punitivo, que, com a chamada falsa consciência, defende um sistema que os prejudica. Como explica Joseph Gabel<sup>242</sup>:

falsa consciência é um estado de espírito difuso; (...) a ilusão da totalidade. Pode-se alargar e falar de ilusão de encontro, ilusão de desreificação, ilusão de temporalização (ilusão de História), e de modo geral de ilusão de dialética. (...) as relações entre a falsa

<sup>238</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 220218*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>239</sup> BRASIL, op. cit., nota 87.

<sup>240</sup> CARRIELLO apud CUNHA, Bruno. *DPRJ defende a presunção de inocência no STF*. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/9580-DPRJ-defende-a-presuncao-de-inocencia-no-STF>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>241</sup> FARIA, Flávia; GARCIA, Guilherme. *Defensoria Pública supera advogados particulares em casos revistos por STJ e STF*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/defensoria-publica-supera-advogados-particulares-em-casos-revistos-por-stj-e-stf.shtml>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>242</sup> GABEL, Joseph. *A falsa consciência*: ensaio sobre reificação. Lisboa: Guimarães & C.<sup>a</sup> Editores, 1979, p. 88.

consciência e a ideologia: se a primeira é sempre uma degradação dialética, a segunda cristaliza frequentemente uma ilusão de dialética (ilusão de totalidade) que aparece às vezes – sobretudo em psicopatologia – como uma ilusão de valor.

Desta forma, introduzindo o medo para justificar a sofisticação das formas de controle social e dominação dos corpos, alimentando e consolidando a cultura do encarceramento, o aparelho midiático atualmente é fundamental para a perpetuação da falsa consciência, fazendo com a mesma classe trabalhadora pobre sobre qual se volta o poder punitivo seja implacável na defesa da proteção da propriedade privada que não possui e do sistema que lhe explora.

#### 4. A REALIDADE EM NÚMEROS: CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

A formação da população carcerária brasileira está intimamente ligada à escravidão, neste capítulo será abordado como o sistema de justiça criminal sempre serviu de dominação dos corpos dos trabalhadores e no Brasil, em virtude da escravidão e da consolidação do sistema capitalista, a os negros e pardos que foram encarcerados, formando atualmente uma das maiores populações carcerárias do mundo. A começar pelo período colonial, quando as prisões serviam, em sua maioria, para aprisionar e punir os escravos urbanos, o sistema carcerário contava com três prisões, a Cadeia Velha, o Calabouço e o Aljube, momento que já havia relatos de superlotação.

Após o período colonial a cadeia vai assumindo as feições atuais, ganhando mais uma função não declarada de controle político, além da contenção da pobreza. O surgimento da criminologia positivista permite a criação de teorias racistas e eugenistas vinculando algumas raças a tendência de delinquir justamente no período pós abolição, de modo a sustentar um sistema de justiça criminal que aprisiona os negros tornados livres que não se submeterem às condições impostas pela elite branca. Desta forma, são criminalizadas condutas relacionadas à cultura africana e à pobreza, encarcerando os indesejáveis e os despossuídos.

No século XX surge a política criminal internacional de guerra às drogas que permitiu o encarceramento em massa e o assassinato de milhares de jovens negros e pardos oriundos de bairros pobres, sem acesso à educação e os serviços essenciais. A teoria do etiquetamento possibilita a desconstrução dos fundamentos que legitimam as políticas de combate às drogas, descortinando a construção do inimigo e demonstrando as origens religiosas do processo de criminalização das algumas substâncias psicoativas. O sistema de justiça criminal forneceu toda a estrutura jurídica para viabilizar a construção e implantação de um projeto histórico de encarceramento em massa, de modo a disciplinar os corpos da grande massa de excluídos dos privilégios da sociedade de consumo, consolidando uma nova etapa do capitalismo. Para demonstrar como que as prisões provisórias servem de mecanismo de supercarceramento da população mais vulnerável economicamente é preciso olhar para os dados do sistema carcerário, desde sua síntese até os dias atuais, os quais revelam uma realidade racista e perversa da aplicação excessiva das prisões provisórias.

Uma análise profunda do atual sistema carcerário brasileiro só reforça uma realidade que já está escancarada na sociedade de exclusão das classes sociais populares formadas pelos descendentes de escravos, índios e imigrantes, ou seja, da massa que detém somente a força de trabalho e que é submetida a condições de vida indignas em virtude de uma extrema concentração de capital. A quantidade de pessoas presas atualmente sem julgamento revela a subversão de toda

a estrutura de proteção constitucional dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando como o sistema de justiça criminal seleciona e facilmente encarcera os vulneráveis, servindo de mecanismo de contenção da pobreza.

#### 4.1 A escravidão e a formação da população carcerária brasileira

Os primórdios da ocupação do território brasileiro pelos portugueses foram marcados pela sua utilização como local para o cumprimento das penas dos condenados em Portugal, mas sem a existência de um estabelecimento penitenciário, pois o apenado era degradado para a colônia. No Livro V das Ordenações Filipinas<sup>243</sup>, que vigorava à época, havia previsão de penas corporais, confisco de bens e degradação. As primeiras experiências encarceradoras no Brasil aparecem na literatura datadas de meados do século XVI. Eram basicamente prisões provisórias, que serviam como mecanismo cautelar para garantir o cumprimento de uma pena corporal, mas não como pena em si. Os estabelecimentos utilizados para reclusão eram, em geral, os fortes militares, não existia a penitenciária como instituição. Salienta Zaffaroni<sup>244</sup> que

inicialmente, a colônia foi dividida em capitanias hereditárias, sendo responsáveis por elas os donatários, pessoas que recebiam a concessão de uma capitania. Eles possuíam poderes semelhantes aos dos senhores feudais, eram eles que atuavam como legisladores e juízes, o que gerava, em face das várias capitanias existentes, uma descentralização total de poderes, já que cada donatário tinha a autonomia nas suas decisões, o que caracterizava um poder punitivo doméstico.

A origem da prisão provisória se confunde com a do próprio sistema criminal punitivo estatal que, desde seus primórdios, sempre se valeu do acautelamento prisional para garantir a aplicação da pena corporal. O processo de construção do sistema carcerário brasileiro não foi diferente. Inicialmente, a prisão era utilizada somente para garantir que o apenado não fugisse, permitindo a aplicação da pena corporal, o que explica a pequena quantidade de cadeias no período colonial. Das lições de Roig<sup>245</sup> é possível extrair que:

no Rio de Janeiro Colonial, gozavam de especial destaque a Cadeia Velha, edificada em 1672 para o recolhimento de sentenciados e desativada em 1808 para servir de hospedaria para os membros da Corte de Dom João VI, recém foragidos de Portugal, e a prisão do Aljube, construída nas imediações da Ladeira da Conceição, entre 1735 e 1740.

<sup>243</sup> PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Disponível em: < <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p1.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

<sup>244</sup> ZAFFARONI apud SILVA, Dinis Carla Borghi. *A história da pena de prisão*. Disponível em: <[https://m.monografias.brasilecola.uol.com.br/amp/direito/a-historia-pena-prisao.htm#indice\\_21](https://m.monografias.brasilecola.uol.com.br/amp/direito/a-historia-pena-prisao.htm#indice_21)>. Acesso em: 12 mai. 2020.

<sup>245</sup>Ibid.

Desde a origem do sistema carcerário já se observava uma super lotação das cadeias em virtude das prisões provisórias. A instituição da pena privativa de liberdade só vem a contribuir com este processo, edificando a cultura do encarceramento em massa. Em correspondência enviada em 1764 ao Rei de Portugal, D. José I, o Vice-Rei de Portugal, Conde da Cunha<sup>246</sup>, já constatava a super lotação:

a cadeia desta cidade é tão pequena, que com grande aperto e incômodo dos presos só poderá recolher cento e cinquenta; e porque presentes duzentos e cinquenta e três, se faz preciso que ou se acrescente a casa da prisão (o que custará mais de trinta mil cruzados) ou se não prendam os que delinquirem daqui em diante por não haver onde se recolham.

Com a intensificação da colonização do território brasileiro começa um processo exploração da força de trabalho dos africanos escravizados pelos portugueses entre o século XVI e o XIX. Juremir Machado<sup>247</sup> relata que “a riqueza do Brasil foi construída pelo braço escravo. Para sempre, os brancos serão devedores dos negros trazidos da África como mercadorias, raptados e violentados. A acumulação primitiva do capital das classes dominantes brasileiras foi produto da barbárie legalizada”. Entretanto, esta exploração somente é possível com o emprego de métodos coercitivos, ou seja, com a aplicação de uma punição a quem não atender o comando de ordem. Das lições de Araújo<sup>248</sup> é possível extrair que:

a prática de castigar escravos sempre foi uma atribuição senhorial. Nas unidades agrícolas havia tronco e chicote. Os feitores eram os responsáveis pela administração do trabalho e dos castigos. No espaço urbano existiam outras formas de se consumir uma punição. Sem troncos ou feitores para controlar o trabalho dos cativos nas ruas, os senhores urbanos contavam com o apoio da polícia, dos regimentos militares e das prisões para conter os escravos.

Para viabilizar este controle é editado um Alvará Régio proibindo castigos aos escravos com a utilização de instrumentos de ferro, transferindo ao estado a atribuição de exercer a punição e determinando a construção da Prisão do Calabouço que, segundo Santos<sup>249</sup>:

fica va junto ao Arsenal do Exército. Em cumprimento do alvará régio de 16 de novembro de 1693 mandou-se preparar nesse local um calabouço ou casa pública para castigo dos

<sup>246</sup> SOUSA, op. cit., p. 176.

<sup>247</sup> SILVA, Juremir Machado da. *Raízes do conservadorismo brasileiro: a abolição na imprensa e no imaginário social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 11.

<sup>248</sup> ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. *O duplo cativo: escravidão urbana e o sistema prisional no Rio de Janeiro 1790 – 1821*. 2004. 6 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

<sup>249</sup> SANTOS. Luís Gonçalves dos. *Memórias para servir à história do Reino do Brasil: divididas em três épocas da felicidade, honra e glória*. Brasília: Senado Federal, 2013, p. 121.

escravos que se fazia no morro do Castelo. Aquele alvará proibiu que os senhores de escravos usassem de instrumentos de ferro nos castigos e outrossim os impediu de condenar seus escravos a cárceres privados. Debret, dando-nos notícia da aplicação de tais castigos no tempo de D. João VI, informa-nos que todos os dias, pela manhã, numerosas filas de negros escravizados eram conduzidas ao Calabouço. Por cem chicotadas, o carasco recebia o direito de pataca.

A criação da Prisão do Calabouço é emblemática para o início do processo de formação da população carcerária brasileira, que se dá através do encarceramento do escravo. Paloma Siqueira Fonseca<sup>250</sup> assevera que no Rio de Janeiro a maioria dos detidos pela polícia era de escravos africanos e que a fuga era o principal motivo de prisão, portanto, a maioria dos fugitivos era composta de africanos do sexo masculino. A autora explica que a capoeira era um outro motivo muito utilizado para a prisão de escravos, que, embora não tipificado criminalmente, era alvo de vigilância da polícia, estando associada à desordem social e a alguns crimes violentos. São diversos os relatos de tortura, superlotação e insalubridade na prisão do Calabouço, o que é muito significativa para o entendimento do que ocorre atualmente no sistema carcerário.

A política de superencarceramento e de sucateamento do sistema é uma constante na história do país. Para evitar a superlotação desta prisão considerada ‘tirânica e intolerável’, o ministro determinou que os cativos só poderiam permanecer detidos ali por um mês”. Conforme apontam Pinheiro e Gama<sup>251</sup> no ano de 1799 foi realizada uma contagem pouco confiável da população carcerária, “entretanto demonstrava que o número de mulatos e negros era superior ao número de brancos – enquanto 23.798 eram pardos e negros livres, e escravos; apenas 19.578 eram brancos”. Araújo<sup>252</sup> explica que “no ano de 1832 encontramos na prisão do Calabouço um grande número de escravos abandonados pelos seus senhores. Segundo o autor<sup>253</sup>, o país se difere por utilizar os escravos de origem africana na execução de obras públicas e que:

[...] o aumento nos índices de prisão e criminalidade de escrava na cidade refletem também a intensificação das obras públicas nesse período.

(...)

Além de escravos e senhores, havia outros agentes na sociedade escravista: libertos e os homens livres pobres. Estes sofreram com o rígido controle social estabelecido pela Intendência Geral de Polícia. Em alguns momentos eram considerados mais perigosos que os próprios cativos. Os libertos e homens livres pobres não recebiam a pena de açoites, porém, eram condenados à prisão e aos trabalhos forçados. Junto aos escravos, fizeram parte da estratégia de Paulo Fernandes Viana em ampliar ao máximo o volume

<sup>250</sup> FONSECA, Paloma Siqueira. *Penalidades aos escravizados: 1808 – 1821*. Disponível em: <[http://historiacolonial.arquivonacional.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5126&Itemid=375](http://historiacolonial.arquivonacional.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5126&Itemid=375)>. Acesso em: 15 mai. 2020.

<sup>251</sup> PINHEIRO; GAMA, op. cit., p. 20.

<sup>252</sup> ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. *Cárceres imperiais: a Casa de Correção do Rio de Janeiro. Seus detentos e o sistema prisional no Império, 1830-1861*. 2009. 37 f. Tese (Doutorado em História) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2009.

<sup>253</sup> ARAÚJO, op. cit., 2004, p. 11.

de mão – de – obra utilizada nas intervenções urbanísticas na cidade do Rio de Janeiro no início do século XIX.

O autor relata ainda que na cidade do Rio de Janeiro havia uma disputa entre o poder público e o privado pela utilização da mão de obra escrava e as prisões eram o instrumento que viabilizava sua exploração pelo Estado. Araújo<sup>254</sup> aponta que:

havia basicamente duas formas de punição para os escravos urbanos: as punições públicas exercidas pelo Estado e as punições privadas, exercidas pelos senhores. Três instrumentos eram utilizados para subordinar os cativos: o chicote, as correntes e a prisão. Essas ameaças sempre estiveram presentes na vida de qualquer escravo urbano. Ao contrário do mundo rural, onde as punições eram exercidas somente pelo poder privado, os escravos na cidade do Rio de Janeiro eram controlados e punidos pelos poderes público e privado. Seja nas ruas, no Calabouço ou nas diversas prisões.

O que se constata é que a prisão surge no sistema de justiça criminal no mesmo contexto do aparato de controle dos escravos urbanos do Brasil colonial que conta também com o açoite e com a vigilância policial, sempre voltado para a disciplina da mão de obra. Araújo demonstra que o alvo da repressão da polícia eram os escravos, pois, os anos de “1812-1815 e 1819-1821 foram os momentos em que os cativos estiveram a maior parte do tempo em poder da Intendência de Polícia da Corte. Comparando com as entradas de navios negreiros no porto do Rio de Janeiro no período de 1796 – 1821, temos a explicação para esses números”, momento em que o tráfico negreiro registrava seus maiores índices. Portanto, é impossível abordar o superencarceramento no Brasil sem passar pelo processo de formação da população carcerária e, conseqüentemente, da absorção dos escravos e libertos pelo sistema de justiça criminal. Ensinam Werner Engbruch e Bruno Moraes di Santis<sup>255</sup> que mais à frente:

em 1824, com a nova Constituição, o Brasil começa a reformar seu sistema punitivo: bane-se as penas de açoite, a tortura, o ferro quente e outras penas cruéis; determina-se que as cadeias devem ser “seguras, limpas e bem arejadas havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme a circunstâncias, e natureza dos seus crimes”. A abolição das penas cruéis não foi plena, já que os escravos ainda estavam sujeitos a elas.

No século XIX a influência liberal iluminista permite a discussão de uma reestruturação na forma do exercício do poder punitivo estatal e o país importa da Europa ocidental, um século depois, o modelo de *workhouses*, conforme se extrai da lição de Engbruch e Santis<sup>256</sup>:

<sup>254</sup> Ibid., p. 9.

<sup>255</sup> ENGBRUCH, Werner; SANTIS, Bruno Moraes di. *A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo*. Disponível em: <[http://www.revista.liberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=145](http://www.revista.liberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=145)> . Acesso em: 15 mai. 2020.

<sup>256</sup> Ibid.

em 1830, com o Código Criminal do Império, a pena de prisão é introduzida no Brasil em duas formas: a prisão simples e a prisão com trabalho (que podia ser perpétua); com o novo Código Criminal a pena de prisão passa a ter um papel predominante no rol das penas, mas ainda se mantinham as penas de morte e de galés (trabalhos forçados e também poderia ser perpétua).

O Código Criminal de 1830<sup>257</sup> se mostra como instrumento de criminalização da pobreza e dos negros ao prever a proibição da vadiagem, da mendicância e de outros cultos religiosos que não sejam do Estado. O momento histórico para esta reforma não podia ser mais oportuno, pois começavam a se propagar no Brasil as correntes abolicionistas que começaram a ecoar na Europa no final do século XVIII, o que exigia uma nova ferramenta jurídica para a dominação dos corpos dos trabalhadores. De acordo com Albuquerque e Filho<sup>258</sup>:

aqueles movimentos modificaram o posicionamento dos governos das grandes potências em relação à escravidão em seus domínios coloniais. Por exemplo, foi sob pressão dos abolicionistas que, em 1808, foi abolido o tráfico transatlântico para as colônias inglesas do Caribe e, em 1834, foi abolida a escravidão nessas mesmas colônias.

Além disso, os autores apontam ainda outro fato crucial para o fortalecimento do abolicionismo no Brasil, a revolta escrava do Haiti:

as elites brasileiras temiam que seus escravos fizessem o mesmo. Durante todo o século XIX, o fantasma do “haitianismo” atormentou as cabeças de quem defendia e inspirou quem atacava a ordem escravocrata. Muitos críticos da escravidão na primeira metade do século advertiam que se o tráfico e em seguida a escravidão não desaparecessem o Haiti poderia repetir-se no Brasil. De fato, para os escravos brasileiros os acontecimentos do Haiti tiveram outro significado, mostraram que era possível sonhar com o fim da escravidão.

As elites brasileiras somente começaram a discutir o fim da escravidão quando perceberam o risco de uma ruptura revolucionária, embora propagasse a ideia de que havia um movimento humanista, pois, conforme ensina Juremir Machado<sup>259</sup>:

a partir do século XVIII começou uma virada no mundo marcada especialmente pelo Ato de Abolição Gradual da Pensilvânia, de 1780, e pela proibição dinamarquesa do tráfico, de 1792, seguida pela Inglaterra no começo do século XIX. Um rastilho emancipador espalhou-se aos poucos, passando por legislações gradualistas e por insurreições de escravos como as do Haiti, de 1791 a 1804, e em províncias brasileiras no período da regência, a Revolta dos Malês, de 1835, na Bahia, e a Balaiada, de 1838 a 1841, no Maranhão.

<sup>257</sup> BRASIL. *Código Criminal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2020.

<sup>258</sup> ALBUQUERQUE, Wlamyra R. de; FILHO Walter Fraga. *Uma história do negro no Brasil*. Salvador: Centro de Estudos Afro-Orientais, 2006, p. 174.

<sup>259</sup> SILVA, op. cit., p. 164.



Neste momento, a reorganização do aparelho punitivo era fundamental como forma de adaptar a dominação dos corpos, de modo a viabilizar a modernização capitalista do maior país latino americano sem que houvesse uma revolta que pudesse representar a tomada de poder pelos negros, como ocorreu no Haiti. Segundo André Barros<sup>260</sup> “em 1835, a Revolta dos Malês, em Salvador, Bahia, aterrorizou os brancos, ao descobrirem planos, escritos em árabe, que previam a morte de todos os brancos imediatamente após a conquista do poder pelos escravos”. Diante disto, em 1888 a Princesa Isabel assina a Lei Áurea e torna libertos os escravos, esvaziando a função da cadeia como mecanismo pública de aplicação de castigo ao escravo. Em virtude deste vácuo teórico necessário para justificar o encarceramento dos recém libertos, ganha força no final do século XIX as correntes criminológicas eugenistas. Com a influência dos ensinamentos da escola positivista de criminologia, em especial pelas lições de Lombroso<sup>261</sup> e Ferri<sup>262</sup>, Raimundo Nina Rodrigues funda a antropologia criminal brasileira, conforme apontam Cláudio Antônio De Freitas Bandeira<sup>263</sup> e João Pedro Coelho Silva<sup>264</sup>. Nina Rodrigues, como ficou mais conhecido, defendia que:

o negro crioulo libertou-se dos labores em brutecedores e das misérias degradantes do seu congênere africano, adquiriu algum verniz pelo atrito com elementos étnicos superiores; melhorou, mas não deixou de pertencer à sua raça, não é adaptável às mesmas condições sociais do ariano. Se quiser uma prova, lancem-se as vistas sobre a república do Haiti. Houve um Toussaint Louverture, e em torno dele, após ele, um pequeno número de negros (*rari nantes*), que mostram qualidades eminentes: quem folhear a história dos povos selvagens mais aviltados, também encontrará nela tipos verdadeiramente superiores. Mas exceções numa raça não poderiam estabelecer a capacidade real da massa a se elevar sequer ao nível médio das sociedades melhor organizadas... A independência de S. Domingos serve ao menos para mostrar o que vale o negro abandonado às suas próprias forças, e a lição é cheia de ensinamentos para todos aqueles a quem não cega o espírito de partido.

O positivismo, conforme explica Anitua<sup>265</sup>, surge justamente do medo das revoluções populares, sendo marcado pela construção de teorias sobre o sujeito ativo do delito, ou seja, sobre

<sup>260</sup> BARROS, André; PERES, Marta. *Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/download/3953/2742>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

<sup>261</sup> RODRIGUES, Raimundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011, p. 29.

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>263</sup> BANDEIRA, Cláudio Antônio de Freitas. *Cientificismo e ficção de Nina Rodrigues*. Disponível em: <<http://www.cienciaecultura.ufba.br/agenciadenoticias/noticias/cientificismo-e-ficcao-de-nina-rodrigues/>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

<sup>264</sup> COELHO, João. *As ideias de Raimundo Nina Rodrigues e sua influência na sociedade atual*. Disponível em: <<https://pedrosilva1996.jusbrasil.com.br/artigos/309668537/as-ideias-de-raimundo-nina-rodrigues-e-sua-influencia-na-sociedade-atual>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

<sup>265</sup> ANITUA apud BATISTA, op. cit., p. 41,

o corpo do delinquente, de modo a desqualificar a ideia de igualdade. Porém, somente com o advento da criminologia crítica, a academia passa a aceitar que o crime é uma escolha política do legislador e que o sistema de justiça criminal é seletivo. Portanto, ao analisar o delinquente o positivista não consegue achar uma causa biológica para o fator criminal, mas sim demonstrar qual parcela da população é selecionada para ser encarcerada. Por isso os negros é que foram estudados por Nina Rodrigues, sugerindo uma falsa tendência do negro a cometer crimes. O que o autor positivista dos trópicos revela ao propor um suposto olhar antropológico para o sistema carcerário é exatamente como a formação da população carcerária brasileira se deu com a absorção em larga escala dos escravos e ex-escravos negros, ainda que não fosse esse o seu objetivo. No século XVI, o fundamento do encarceramento dos escravos era a proibição de castigos cruéis por parte dos proprietários. No século XIX, o fundamento passa a ser, por influência de um suposto cientificismo positivista, a genética dos negros e mestiços. Esta limitação do positivismo fica ainda mais evidente na obra *Os Sertões*, de Euclides Cunha<sup>266</sup>, quando relata o massacre de Canudos e o estudo do crânio do Antônio Conselheiro:

Canudos não se rendeu. Exemplo único em toda a história, resistiu até ao esgotamento completo. Expugnado palmo a palmo, na precisão integral do termo, caiu no dia 5, ao entardecer, quando caíram os seus últimos defensores, que todos morreram. Eram quatro apenas: um velho, dois homens feitos e uma criança, na frente dos quais rugiam raivosamente 5 mil soldados. Trouxeram depois para o litoral, onde deliravam multidões em festa, aquele crânio. Que a ciência dissesse a última palavra. Ali estavam, no relevo de circunvoluções expressivas, as linhas essenciais do crime e da loucura.

No Brasil, o processo de transformação do sistema penal tem em comum com a Europa ocidental o uso da prisão como forma de reunião de massa de mão de obra para exploração da força de trabalho da população carcerária. Enquanto lá Lombroso<sup>267</sup> atribuía a causalidade do comportamento criminal aos que tinham características físicas dos pobres e indesejáveis selecionados pelo sistema de justiça, aqui Nina Rodrigues<sup>268</sup> atribuía aos negros. A diferença da experiência brasileira em relação aos outros países que experimentam o superencarceramento é que o Brasil foi o último da América a abolir a escravidão. Ademais, quando da abolição da escravatura, não houve a implementação de uma política pública de condições para uma vida digna dos escravos recém libertos, pelo contrário, a maioria continuava em situação análoga à escravidão. Somente após mais de 140 anos da abolição que o país começou a experimentar

---

<sup>266</sup> CUNHA, Euclides da. *Os Sertões*. São Paulo: Três, 1984, [e-book].

<sup>267</sup> BATISTA, op. cit., p. 45.

<sup>268</sup> Ibid., p. 49.

políticas inclusivas para negros através de cotas raciais para ingresso no ensino superior e no serviço público. Segundo Djamila Ribeiro<sup>269</sup>:

autores como James Watson e Nina Rodrigues se utilizaram desse racismo biológico em suas pesquisas, e hoje ele é considerado algo totalmente deslegitimado e arcaico. (...) Após os quase quatro séculos de escravidão no Brasil, em que a população negra trabalhou para enriquecer a branca, incentivou-se a vinda de imigrantes europeus para cá. Tiveram acesso a trabalho remunerado, e muitos deles inclusive receberam terras do Estado brasileiro — o que não deixa de ser uma ação afirmativa. Se hoje a maioria de seus descendentes desfruta de uma realidade confortável, é graças a essa ajuda inicial. Em contrapartida, para a população negra não se criou mecanismos de inclusão. Das senzalas fomos para as favelas. Se hoje a maioria da população negra é pobre é por conta dessa herança escravocrata. É necessário conhecer a história deste país para entender por que certas medidas, como ações afirmativas, são justas e necessárias. Elas devem existir justamente porque a sociedade é excludente e injusta com a população negra.

É inegável que o cárcere absorve essa massa de trabalhadores no processo de superencarceramento da população negra vulnerável, tendo início com a construção da Prisão do Calabouço e persistindo até os dias de hoje com a criminalização da juventude negra e parda, encarcerada por crimes patrimoniais ou de drogas e, em grande parte, presa provisoriamente.

#### 4.2 Guerra às drogas e etiquetamento

O costume de usar substâncias presentes na natureza para mudança psicoativa de humor e sensibilidade motora se inicia num momento histórico muito anterior ao que supõe o senso comum, Fernanda G. Moreira e Marcelo Ribeiro<sup>270</sup> fazem referência à mitologia suméria:

a primeira mitologia escrita (sumérios - 2800a.C.) fala de Enki, o Senhor da Terra e habitante do Paraíso (Dilmun). Em um determinado momento, Enki resolveu provar todas as plantas da Terra para “conhecer coração destas e determinar seu destino”. Tal atitude despertou a ira de Ninhursag, a Deusa-Mãe, que decidiu não mais lhe dirigir o “olho da vida”. Apacada sua ira, Ninhursag fez nascer Ninkasi, a Deusa das Poções, que curou Enki.

Foi o poder de cura das plantas que fez com que o ser humano passasse a usá-las para suportar a fome, momento em que se inicia o uso psicoativo das plantas, conforme explicam os autores:

a fome perseguia constantemente o homem pré-histórico. Os povos primitivos viviam da coleta e da caça. A dependência extrema das forças da natureza os deixava sempre às

<sup>269</sup> RIBEIRO, Djamila. *Quem tem medo do feminismo negro?* São Paulo: Companhia das Letras, 2018, [e-book].

<sup>270</sup> MOREIRA, Fernanda G.; RIBEIRO, Marcelo. *Histórias das Drogas*. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/283161503\\_Historia\\_das\\_drogas](https://www.researchgate.net/publication/283161503_Historia_das_drogas)>. Acesso em: 15 mai. 2020.

voltas com a carestia. Isso comprometia a provisão de aminoácidos essenciais à síntese de neurotransmissores, como a serotonina, dopamina, noradrenalina e acetilcolina. Nesse contexto, a busca por plantas psicoativas significava aliviar processos cerebrais prejudicados pela depleção de neurotransmissores. Além disso, o consumo de plantas psicoativas auxiliava o homem a tolerar as adversidades do ambiente em que vivia. (...) Os egípcios conheciam o processo de fermentação das frutas pelo menos desde 3000a.C. O ópio, extraído dos frutos da papoula, ao lado do vinho e da cerveja eram as substâncias mais consumidas. (...) Os primeiros vestígios de utilização do cânhamo encontram-se na China (4000a.C.).

Entretanto, somente no século XVII a proibição do comércio e do consumo de drogas tem início, quando a China proíbe o consumo de tabaco. Sobre o tema, ensina Valois<sup>271</sup> que:

estabeleceu-se que a pena para os fumantes seria a decapitação, tendo sido justamente a proibição do fumo do tabaco que fez os chineses passarem a fumar ópio, que antes era consumido apenas bebendo ou comendo, formas bem menos prejudiciais à saúde. Talvez a primeira lição da proibição das drogas, esse efeito circular e agravador da situação. (...) Um século depois de proibirem o tabaco, sem perceber que uma das causas da origem de seus problemas foi a proibição, a China resolveu proibir o ópio também, sob o argumento de que a importação do produto, derivada do aumento do consumo, estava desequilibrando a sua balança comercial, ocasião em que ficou proibido igualmente o plantio da papoula. A proibição do plantio só agravou a situação da balança comercial chinesa, porque o ópio continuou sendo importado, a despeito da legislação proibitiva, fazendo dos comerciantes de ópio, entre eles a Inglaterra, os maiores beneficiados da proibição.

O autor explica ainda que com a proibição começou a corrupção entre os funcionários chineses responsáveis pela fiscalização e em 1779 a Companhia das Índias Ocidentais, primeira multinacional do mundo, passa a ter o monopólio do comércio através de um esquema que somente aparentava respeitar a proibição. Neste sentido, Luciana Boiteux<sup>272</sup> aponta que “o comércio internacional do ópio já no final do século XVIII gerava enormes lucros à Coroa Britânica, que explorava o grande mercado consumidor chinês, com o ópio originado do Sudeste asiático, assim, a sua proibição acarretou em conflitos que culminaram na Primeira Guerra do Ópio, travada entre a China e o Reino Unido no século seguinte. Boiteux<sup>273</sup> assevera ainda que:

a proibição do comércio do entorpecente pelo Imperador, que acreditava ser aquele um problema puramente doméstico, levou os ingleses a responderem com o uso da força, e a desafiar o Império Chinês, o que acabou levando à guerra e à imposição de um tratado entre os dois países, assinado em 1842, beneficiando a Inglaterra em seu comércio com o Oriente. (...) No final do século XIX, foram restabelecidas as rotas de comércio ilegal de ópio, sem se conseguir interromper seu fluxo ou reduzir os lucros, que aumentavam cada vez mais. O Império Chinês, por outro lado, saiu humilhado e subjugado da guerra,

<sup>271</sup> VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 36.

<sup>272</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 33 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

<sup>273</sup> *Ibid.*, p. 37.

tendo aberto seu comércio para o mundo, com a Inglaterra como seu parceiro principal, detentora de diversos privilégios.

Não era somente o Reino Unido que tinha interesses econômicos no comércio de ópio na China. Valois<sup>274</sup> esclarece que, embora não haja notícias de sua participação militar, os EUA possuíam várias companhias fazendo o transporte de ópio da Índia para a China, de modo que eram favoráveis à imposição deste comércio, tendo em vista que este permitiu a formação da fortuna de diversas famílias influentes na política norte-americana, viabilizando o desenvolvimento da infraestrutura de transporte e informação daquele país. Entretanto, o autor explica ainda que este comércio não tinha a aquiescência do governo dos EUA, que celebrou com a China em 1844 acordo bilateral considerando o comércio internacional de ópio contrabando. Em 1859 começa a Segunda Guerra do ópio, que durou até 1860, com a China saindo perdedora e o Reino Unido anexando territórios como Kowloon e Hong Kong. Valois<sup>275</sup> explica que:

a partir de 1870, depois da segunda guerra do ópio, com as importações de ópio sendo legalizadas, diminuiu o crescimento do consumo na China. Por ter deixado de ser proibido e por significar a exploração de um povo estrangeiro, o ópio foi aos poucos perdendo seu apelo junto à população. Em 1880 o imperador muda radicalmente a sua política e coloca em prática programas de informação pública, criando instalações hospitalares para atender os casos agudos relacionados à droga, abatendo, então, de vez, os interesses britânicos.

Porém, esta política dura pouco, pois, em 1906 é editado um Decreto Imperial que proíbe o ópio novamente. Três mais anos tarde, ocorre a Conferência de Xangai, como relata Boiteux<sup>276</sup>:

decorridos quarenta anos dos acontecimentos em território chinês, o tema do controle das drogas voltou à tona, tendo se destacado na Conferência de Xangai de 1909 o posicionamento proibicionista dos Estados Unidos da América. Naquele foro, reuniram-se os representantes dos treze países, dentre eles as potências coloniais da época e representantes do Imperador chinês, para discutir limites à produção e ao comércio de ópio e seus derivados. Na ocasião, apesar de contrariados, os europeus acabaram aceitando formalmente a proposta americana de restringir o negócio do ópio apenas para fins medicinais, feita pelo seu representante, Monsenhor Brent, mas tal acordo não culminou com a adoção de nenhuma medida concreta, diante da pressão que os europeus sofriam de suas poderosas indústrias farmacêuticas (como as alemãs Bayer e Merck).

Para entender a postura dos representantes dos EUA é preciso retroceder ao início do século XIX, quando surge um movimento reformador evangélico – que culminou numa vocação missionária que o país demonstraria para o resto do mundo – responsável pelo seu protagonismo

---

<sup>274</sup> VALOIS, op. cit., p. 49.

<sup>275</sup> Ibid., p. 45.

<sup>276</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 37.

na política internacional de drogas que permeou a criação dos sistemas penitenciários. Sobre o assunto, Valois<sup>277</sup> afirma que:

uma grande rede de sociedades missionárias e de caridade foi formada com o intuito de “espalhar os ensinamentos de Cristo pelas mais remotas partes do mundo”, criando-se, principalmente nos EUA, onde o consumo de uísque cresceu além do normal durante a revolução americana, o que foi designado como “cruzada da abstinência” (...). Foi o mesmo ímpeto na luta por uma sociedade sem vícios que fez os EUA criarem os primeiros sistemas penitenciários do mundo (...) como os sistemas pensilvânico e alburniano. (...) A reforma moral daquele que delinuiu passa a ser questão de Estado, (...) muitos dos problemas sociais, entre eles o uso de drogas, ingressa na esfera estatal por obra do intento missionário religioso que nascia nos EUA no século XIX.

Este movimento religioso foi responsável por estimular a proibição das drogas no âmbito interno e externo, dando início a um sistema internacional de cooperação sobre drogas, culminando na I Convenção Internacional do Ópio, realizada em Haia em 23 de janeiro de 1912 que, conforme explica Boiteux<sup>278</sup>:

foi mais uma vez incentivada pelos EUA, pressionando pela implementação de sua política a nível internacional, e culminou com a elaboração de um documento de grande impacto, que explicitamente exigia a limitação da produção e venda de ópio e opiáceos (morfina), incluindo pela primeira vez a cocaína, que eram as substâncias de maior visibilidade nas sociedades americana e européia do início do século XX. Esta beleceu-se a necessidade de cooperação internacional no controle dos narcóticos, restringindo-se seu uso lúdico, apenas permitido o uso médico. A Convenção de Haia representa a consolidação da postura proibicionista dos Estados Unidos no âmbito mundial, em especial com a ampliação do rol de substâncias proibidas.

O Brasil promulga a convenção através do Decreto nº 11.481<sup>279</sup>, de 10 de fevereiro de 1915 e em 1921 proíbe nacionalmente o comércio de cocaína, ópio, morfina e seus derivados através do Decreto nº 4.294<sup>280</sup>. Porém, a trajetória legislativa proibicionista do Brasil começa muito antes, ainda no início do século XIX, em decorrência da invasão de Portugal pelas tropas napoleônicas. Conforme aponta André Barros<sup>281</sup>:

a Coroa Portuguesa fugiu das tropas de Napoleão, em novembro de 1807. Ao chegarem ao Brasil, os cerca de 15 mil portugueses assustaram-se com a ideia de viver numa cidade cuja maioria da população era formada de escravos. Além do âmbito da segurança

<sup>277</sup> VALOIS, op. cit., p. 51.

<sup>278</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 38.

<sup>279</sup> BRASIL. *Decreto nº 11.481*, de 10 de fevereiro de 1915. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11481-10-fevereiro-1915-574770-republicacao-98061-pe.html>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

<sup>280</sup> Id. *Decreto nº 4.294*, de 6 de julho de 1921. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

<sup>281</sup> BARROS, op. cit., nota 260.

peçoale coletiva, o intendente de polícia, figura importada da metrópole, era responsável pelas obras públicas e pela garantia de abastecimento de água e iluminação da cidade, atividades economicamente relacionadas. Na qualidade de supervisor de obras, o intendente tinha nos presos um fluxo contínuo de mão-de-obra, que ele podia transferir da cadeia ou pelourinho para as obras da estrada.

O autor complementa relatando que em 1809 foi criada a Guarda Real de Polícia, a qual em pouco tempo teve sua atuação voltada para a repressão das expressões culturais afro-brasileiras, agindo sem limites, haja vista que a promulgação do primeiro CP só se deu em 1830, ano que também foi editado o livro de Posturas Municipais<sup>282</sup> do Distrito Federal – que naquela época era a cidade do Rio de Janeiro –, o qual previa no Título II, §7º que “é proibida a venda e uso do pito do pango, bem como a conservação delle em casas publicas; os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20\$000, e os escravos e mais pessoa que delle usarem, em oito dia de cadêa”. A proibição do “pito do pango”, como era chamada a maconha, é uma verdadeira expressão do racismo. Explica Gilberto Freire<sup>283</sup> que seu uso recreativo começou entre os escravos, enquanto os senhores faziam uso de tabaco, inclusive, como relata Luísa Gonçalves Saad<sup>284</sup>, havia na época um ditado que dizia “maconha em pito faz negro sem vergonha”. Neste mesmo sentido são as lições de Edward MacRae e Júlio Assis Simões<sup>285</sup> de que a maconha “era diretamente associada às classes baixas, aos negros e mulatos e à bandidagem”. A sua proibição se deu no âmbito da implementação do projeto encarcerador de escravos para serem usados nas obras públicas promovidas em virtude do estabelecimento da Família Real Portuguesa no Brasil. Contudo, explica Saad<sup>286</sup> que:

uma legislação proibitiva mais abrangente – de caráter nacional – sobre a maconha só apareceria mais de cem anos depois, através da inclusão da planta na lista de substâncias proscritas em 1932. Porém, mesmo antes de sua proibição, a maconha “era diretamente associada às classes baixas, aos negros e mulatos e à bandidagem”.

Neste contexto histórico e com as mesmas influências positivistas eugenistas de Nina Rodrigues, desponta no meio político e acadêmico o médico José Rodrigues da Costa Dória, que, como relata Marcílio Dantas Brandão<sup>287</sup>:

<sup>282</sup> BRASIL. *Código de Posturas do Distrito Federal*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224185>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

<sup>283</sup> FREYRE, Gilberto. *Nordeste*. São Paulo: Global, 2013, [e-book].

<sup>284</sup> SAAD, Luísa Gonçalves. “*Fumo de negro*”: a criminalização da maconha no Brasil. 2013. 3 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

<sup>285</sup> Ibid.

<sup>286</sup> Ibid.

<sup>287</sup> BRANDÃO, Marcílio Dantas. *Dito, feito e percebido*: controvérsias, performances e mudanças na arena da maconha. 2017. 101 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

[...] participou em 1915 do 2º Congresso Científico Pan-americano, realizado em Washington. Na ocasião, apresentou o trabalho intitulado “Os fumadores de maconha. Efeitos e males do vício”, texto frequentemente mencionado como sendo o primeiro estudo de caráter científico produzido no Brasil para tratar dos efeitos desta planta para a saúde humana. O documento apresenta o ato de fumar maconha como um vício pernicioso e degenerativo que representa uma vingança dos negros para com seus “irmãos brancos, mais avançados em civilização”.

Foi esta corrente ideológica racista que inspirou Pedro Pernambuco<sup>288</sup> – que segundo Bernardo São Clemente<sup>289</sup>, era discípulo de Rodrigues Dória – a afirmar que “a maconha é mais perigosa que o ópio” nos debates da II Conferência Internacional do Ópio, realizada em 1925 em Genebra; sendo decisivo para a proibição internacional da maconha. Diante disso, o legislador brasileiro quando editou a primeira norma de vigência em todo território nacional criando um rol de substâncias proibidas – o Decreto nº 20.930<sup>290</sup>, de 11 de Janeiro de 1932, que “fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comité Central Permanente do Ópio da Liga das Nações, e estabelece penas” –, vedou o uso e comércio de ópio, morfina, heroína, canabis índica, cocaína, entre outras substâncias. A opção do legislador brasileiro reflete uma política criminal capitaneada pelos EUA que camufla uma política econômica. Conforme aponta Valois<sup>291</sup>, isto fica evidente quando se tem em conta que a Conferência de Genebra somente foi o encontro de interesses comerciais de várias nações, como por exemplo a Jugoslávia – possuidora de uma grande fábrica de manufatura de drogas –, a Turquia, maior produtor de ópio do mundo e, em especial, os EUA com sua indústria farmacêutica. Na Convenção restou decidido que a produção de drogas ficaria restrita à necessidade somente para os fins médicos e científicos, propositalmente ambíguos. Sobre esta influência norte-americana explica Vera Malaguti<sup>292</sup> que:

quando a política criminal de drogas entra no Brasil, imposta pelos EUA, nós não tínhamos um problema de drogas no Brasil, (...) de uso problemático daquelas substâncias, então ela entra como uma política que a Rosa Dell Olmo descreve como geopolítica, exatamente para fazer a transição do inimigo interno dos subversivos resistentes às ditaduras, para a figura do criminoso comum, do traficante, cujo estereótipo nós todos conhecemos [informação verbal].

<sup>288</sup> PERNAMBUCO apud BARROS, op. cit., nota 260.

<sup>289</sup> CLEMENTE, Bernardo São. *Plantios ilícitos na América Latina*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015, p. 151.

<sup>290</sup> BRASIL. *Decreto nº 20.930*, de 11 de janeiro de 1932. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>291</sup> VALOIS, op. cit., p. 165.

<sup>292</sup> YOUTUBE. *Palestra Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=tIjV7kQ9euY&t=1240s>>. Acesso em: 13 mai. 2020.



Entretanto, é nos EUA do século XX que surge a teoria do *labeling approach*, ou etiquetamento, que trouxe ao campo da Criminologia um novo olhar sobre os processos de criminalização das condutas eleitas como socialmente reprováveis. Enquanto a Escola Positivista tinha como objeto de estudo a pessoa do criminoso, a Criminologia Crítica tem seu olhar voltado para as relações de poder sobre as classes sociais. Segundo Vera Malaguti<sup>293</sup>:

as instituições de controle social passam a ser objeto de estudo, bem como as áreas segregadas com concentração de imigrantes pobres, e as formas de controle social. Surge uma criminologia funcionalista, funcional às novas demandas do capital, mas que se distingue do correccionalismo positivista europeu. Foi essa criminologia estadunidense, revigorada pela construção do *Welfare System*, que conduziu à ruptura do rotulacionismo (*labeling approach*), que no cruzamento com a teoria psicanalítica e o marxismo pôde produzir, junto com a ebulição política dos anos 60 e 70, a criminologia crítica como teoria de longo alcance.

A teoria do *labeling approach*, ou etiquetamento, é fundamental para entender o processo de criminalização racial da pobreza provocado pela criminalização das drogas, inclusive. Insta salientar que foi a partir da proibição da maconha que surgiu um dos principais estudos feitos para a formulação desta teoria. Em 1960 Howard S. Becker<sup>294</sup>, influenciado por Edwin Lemert e Frank Tannenbaum, estuda o *outsider*, definido como “aquele que se desvia das regras”. O autor narra que realizou 50 entrevistas com pessoas que faziam uso da maconha para fazer essa análise, entre eles músicos, operários, mecânicos, profissionais liberais etc., de modo a demonstrar que para se tornarem usuários de maconha é necessário o envolvimento com outros indivíduos que fazem uso da droga, o aprendizado de uma técnica, reconhecer os sintomas dos efeitos, aprender a gostar dos efeitos e enfrentar as forças de controle social. Becker<sup>295</sup> conclui que “os atos de imposição não decorrem automaticamente da infração de uma regra. A imposição é seletiva, e diferencialmente seletiva entre tipos de pessoa, em diferentes momentos e em diferentes situações”. Constata-se, portanto, que primeiro uma conduta é selecionada como danosa para a sociedade e conseqüentemente proibida por lei. Ocorre que nem todas as leis são aplicadas, somente as que são escolhidas pelo aparelho de repressão policial, que recai sobre os mais vulneráveis. No que concerne aos crimes que decorrem da proibição das drogas explica Zaccone<sup>296</sup> que

a criminalização das drogas, ao invés de proteger a saúde pública, acaba por criar uma rotina punitiva de “cartas marcadas”, que se inicia no projeto legislativo de aumento de penas e restrições às liberdades individuais daqueles que são escolhidos para responder pela conduta definida como “tráfico de drogas”, bem como a criação de carreiras

<sup>293</sup> Id. op. cit., p. 27

<sup>294</sup> BECKER, Howard Saul. *Outsiders estudos de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 9.

<sup>295</sup> Ibid., p. 140.

<sup>296</sup> FILHO, op. cit., [e-book].

criminais no sistema penitenciário para estes "selecionados". O ponto de partida das teorias da reação social para explicar o processo de criminalização secundária, presente na escolha de somente uma parcela das pessoas que realizam as condutas definidas como desviantes (entre elas o crime), reside na observação de que o desvio é criado pela própria sociedade.

Este projeto legislativo de recrudescimento da punição se constata na Lei de Drogas, nº 11.343/06<sup>297</sup>, a qual prevê em seu art. 44 que “os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”. O dispositivo produziu efeitos encarceradores por seis anos, somente foi cessada sua eficácia em 2012, por decisão proferida pelo plenário do STF declarando sua inconstitucionalidade no HC 104339<sup>298</sup>. Por outro lado, a criminalização secundária fica evidente quando se constata que o consumo, embora proibido, não tem pena privativa de liberdade, enquanto a produção e o comércio são penalizados com reclusão de 5 a 15 anos, conforme determina a Lei nº 11.343/04<sup>299</sup>, e que são diferenciados da seguinte forma:

Art. 28. (...) § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

A redação do §2º do art. 28 da Lei nº 11.343 permite expressamente a criminalização secundária, pois confere ao juiz a competência para determinar se a substância se destinava para o consumo pessoal, de forma a permitir a seleção das pessoas que são submetidas à prisão. O processo começa com a criminalização da produção, do comércio e do consumo de substâncias psicoativas arbitrariamente tornadas ilícitas. Com o ilícito penal definido, a prisão em flagrante assume seu papel como porta de entrada de uma massa marginalizada de jovens negros oriundos dos bolsões de pobreza das cidades brasileiras. Efetuada a captura, a prisão em flagrante é convertida em preventiva. Esta estrutura fica evidente na jurisprudência, como ocorre no Enunciado de Súmula nº 70 do TJRJ<sup>300</sup> que permite condenação com base exclusivamente no depoimento dos

<sup>297</sup> BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>298</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 220218. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3900686>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>299</sup> BRASIL, op. cit., nota 297.

<sup>300</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula nº 70. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

policiais que efetuaram a prisão em flagrante. A esse respeito, explica Fernando Gonçalves Pratti<sup>301</sup> que:

em pesquisa realizada pelo Centros de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Cândido Mendes (CESeC/Ucam) foi constatado que em um universo de 242 presos em flagrante por tráfico de drogas no estado do Rio de Janeiro no ano de 2013, em 93% dos casos as únicas testemunhas são apenas os policiais militares ou outros agentes de segurança pública que efetuaram as prisões, o que atentaria contra o Princípio da Ampla Defesa, tendo em vista ainda a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que autoriza a condenação mesmo que a prova do fato se restrinja tão somente ao depoimento da autoridade policial.

Valois<sup>302</sup> relata que em São Paulo são 91% dos casos e que no Distrito Federal:

onde há uma análise mais aprofundada dos argumentos do judiciário, examinadas 436, encontrou-se um índice de 85,5% de condenações. (...) Estatísticas nos EUA indicam que, no ano de 2006, 93% dos réus submetidos a julgamentos por crimes relacionados a drogas foram condenados, enquanto que em 1981 foram apenados 78%, simbolizando uma tendência de crescimento.

Desta forma, fica evidente um fenômeno decorrente da aplicação da legislação atual de deslocamento da competência seletiva do magistrado para a pessoa do policial que efetua o flagrante, conforme aponta Valois<sup>303</sup> “no judiciário se dá apenas uma fraca revalidação”. O que se observa é uma cultura de encarceramento enraizada nos Tribunais que é concretizada pela criminalização da pobreza, criando zonas urbanas de perigo presumido para justificar a antecipação da pena pela prisão preventiva, realidade que se extrai de várias decisões como, por exemplo, a proferida pelo STJ no HC nº 558.817<sup>304</sup>, no qual manteve uma decisão do TJRJ que decretou a prisão preventiva tendo em vista que o flagrante ocorreu em “local notoriamente conhecido como ponto de venda de drogas e dominada por facção criminosas”. No acórdão proferido na Apelação nº 0211096-93.2018.8.19.0001<sup>305</sup> alguns destes locais são citados:

os Policias Militares, de forma uníssona, ratificaram, em juízo, todas as circunstâncias da prisão. Asseveraram que estavam em patrulhamento na Comunidade da Chatuba, situada

<sup>301</sup> PRATTI, Fernando Gonçalves. *Os limites constitucionais da prisão em flagrante*. 2017. 42 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017.

<sup>302</sup> VALOIS, op. cit., p. 457.

<sup>303</sup> Ibid.

<sup>304</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 558817*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencia=106516209&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202000179402&data=20200221&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencia=106516209&tipo_documento=documento&num_registro=202000179402&data=20200221&formato=PDF)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>305</sup> Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0211096-93.2018.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Adriana Lopes Moutinho Daudt D'oliveira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2019.050.13331>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

no Complexo do Alemão, em local conhecido como sendo ponto de venda de drogas, quando, repentinamente, a vistaram o Réu dispensando uma sacola no chão.

O Complexo do Alemão, onde fica localizada a Comunidade da Chatuba, é um conjunto de favelas localizadas na cidade do Rio de Janeiro representativo de como o sistema criminal é direcionado para os mais vulneráveis, o que fica patente quando se leva em conta seus indicadores sociais. Aponta Bernardo Tabak<sup>306</sup> que o bairro possui uma das piores médias do Índice de Desenvolvimento Social (IDS) da cidade. Segundo o jornalista:

o Complexo do Alemão ocupa a 149ª posição, com um IDS de 0,474. Quanto mais perto do número 1, melhor o índice. De acordo com o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), realizado no ano 2000, 65.026 pessoas vivem nos 18.245 domicílios do complexo, que é formado por 14 favelas, de acordo com o IPP. Deste total, mais de 15% das residências não contam com rede de esgoto. (...) o complexo está entre os 15 bairros com mais crianças e adolescentes, dos 7 aos 17 anos, fora da escola. Na faixa etária dos 15 aos 17 anos, o percentual chega a 27,83% de jovens que não frequentam as salas de aula.

Segundo o censo realizado pela Secretaria da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro<sup>307</sup>, o Complexo do Alemão possui 69.586 habitantes, dos quais a maioria possui somente o ensino fundamental – 47,4% – e vive com uma renda entre 1 a 3 salários mínimos ou sem renda – 50,2% – o que reflete em seu Índice de Desenvolvimento Humano, o qual, segundo Guilherme Balza<sup>308</sup> “é o pior de todo o município (0,711), inferior ao registrado na região metropolitana do Rio (0,816) e no Estado (0,807)”. Os índices demonstram a presença do estado nestes locais somente com o aparelho punitivo e repressor, ou seja, essa parcela da população é segregada, tem seus direitos fundamentais negados e é punida com muito mais rigor. Conforme é explicado por Malaguti<sup>309</sup>:

o capital precisa cada vez mais da prisão, conjugada às estratégias de criminalização de condutas cotidianas (...) e mais a transformação das favelas e periferias do mundo em “campos de concentração, (...) os territórios não controlados são classificados como Eixo do Mal, territórios a serem ocupados a partir da legitimação produzida por duas categorias fantasmáticas: o traficante e o terrorista.

<sup>306</sup> TABAK, Bernardo. *Conjunto do Alemão tem um dos piores indicadores sociais do Rio*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/rio-contr-a-o-crime/noticia/2010/11/conjunto-do-alemao-tem-um-dos-piores-indicadores-sociais-do-rio.html>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>307</sup> GOVERNO DO RIO DE JANEIRO – SECRETARIA DA CASA CIVIL. *Censo favelas PAC*. Disponível em: <[http://arquivos.proderj.rj.gov.br/egprio\\_imagens/Uploads/Apres\\_censo.pdf](http://arquivos.proderj.rj.gov.br/egprio_imagens/Uploads/Apres_censo.pdf)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>308</sup> BALZA, Guilherme. *Veja o raio-x do Complexo do Alemão, região mais pobre e uma das mais violentas do Rio*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2010/11/26/veja-o-raio-x-do-complexo-do-alemao-regiao-mais-pobre-e-uma-das-mais-violentas-do-rio.htm>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>309</sup> BATISTA, op. cit., p. 28.

Desta forma é construída a imagem de inimigo no traficante, ou seja, daquele que não é digno de direitos e que não está apto a conviver em sociedade, escondendo superencarceramento seletivo de jovens negros periféricos. A teoria do etiquetamento nos fornece arcabouço acadêmico crítico para se constatar como que o Direito Penal persegue os pobres marginalizados, em especial com a guerra às drogas. Constata-se que os processos de criminalização primária e secundária estão evidentes na criminalização arbitrária do consumo, da produção e do comércio destas substâncias psicoativas. As prisões em flagrante convertidas em preventiva, as condenações com base exclusivamente no depoimento do policial e a presunção de periculosidade dos bairros populares criminalizam a pobreza e alimentam uma cultura de guerra nas cidades de médio e grande porte no Brasil, demonstrando a necessidade latente de uma drástica reforma legislativa e de implementação de políticas públicas afirmativas.

### 4.3 As prisões provisórias e o encarceramento feminino

O crescimento vertiginoso do encarceramento feminino no século XXI tem sido objeto de análise dos que se põem a estudar as relações de poder pelo sistema de justiça criminal, em especial das mulheres negras. Entretanto, o processo de criminalização em massa das mulheres começa ainda no período feudal, conforme ensinam Ehrenreich e English<sup>310</sup>:

era meio do século XVI, o terror se havia propagado a França e em algumas cidades alemãs, as execuções alcançaram uma média de 600 por ano, aproximadamente duas por dia, sem contar os domingos. Na região de Wertzberg, 900 bruxas morreram na fogueira em um só ano e outras 1000 foram queimadas em seus arredores. Em Toulouse chegaram a executar 400 pessoas em um só dia. Em 1585, de toda a população feminina de duas aldeias do bispado de Traer só se salvou uma mulher em cada uma delas. Numerosos autores cifram em vários milhões o número total de vítimas. 85% de todos os condenados à morte eram mulheres: velhas, jovens e meninas. (...) As denúncias em torno das mulheres tidas como bruxas se resumiam primeiramente a todos os crimes sexuais concebíveis e contra os homens. Também as acusava de estarem organizadas. E a terceira acusação, finalmente, era que teriam poderes mágicos sobre a saúde, que podiam provocar o mal, mas que também tinham a capacidade de curar.

Estas perseguições e execuções se deram até o advento do Estado Moderno e da Criminologia Positivista, que se pôs a estudar as características físicas das mulheres delinquentes, associando-as à prostituição e à inferioridade em relação ao homem, como explica Bruna Araújo<sup>311</sup>:

<sup>310</sup> EHRENREICH; ENGLISH apud ARAÚJO, Bruna Stéfanni Soares de. *Criminologia, feminismo e raça: guerra às drogas e o superencarceramento de mulheres latino-americanas*. 2017, 33 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2017.

<sup>311</sup> Ibid., p. 34.

no livro *La Donna Delinquente* de 1892, Lombroso e Giovanni Ferrero, passam a fazer análises de caráter biológico e fisiologistas para estudar a origem da criminalidade feminina, e por meio de um discurso tido como científico corrobora com a imagem construída historicamente pela religião, política e filosofia acerca da mulher na Europa, enquanto ser desprovido de razão, inferior ao homem, dotada de extrema sensibilidade nata, sentimentos aflorados, bem como, sempre ligada à prostituição, com nítidas intenções higienistas inclusive.

Diante dos estudos dos corpos das mulheres que cometiam delitos, foram criados padrões biológicos, classificando-as em categorias, às quais, segundo Mendes<sup>312</sup>, eram “criminosas natas, criminosas ocasionais, ofensoras históricas, criminosas de paixão, suicidas, mulheres criminosas lunáticas, epiléticas e moralmente insanas”.

No século XX, com o nascimento da Criminologia Crítica, ganham força a Vitimologia e a Criminologia Feminista. Bruna Araújo<sup>313</sup> aponta que o “patriarcado e a violência de gênero ganham realce nas teorias criminológicas, e surge a preocupação com a situação da mulher dentro dos sistemas punitivos quer enquanto vítima, quer enquanto criminosa”, discussões que permitem a análise de como se dá o encarceramento em massa das mulheres, em especial as negras, através da guerra às drogas e da aplicação das prisões provisórias. O neoliberalismo vigente na economia globalizada do século XXI necessita do sistema de justiça criminal para contenção da pobreza, de modo a viabilizar a acumulação de capital pela exploração desumana da força de trabalho, tendo por consequência uma massa carcerária composta majoritariamente de pessoas economicamente vulneráveis, portanto, para analisar a composição da população carcerária é preciso saber quem é pobre. A Esse respeito Bruna Araújo<sup>314</sup> demonstra um processo de feminização da pobreza, que se dá através do “aumento da chefia de núcleos familiares por mulheres pobres e a sua inserção destituída de políticas públicas e garantias sociais nos mercados de trabalho formais e informais”. A autora menciona ainda o Relatório do Desenvolvimento Humano de 1995<sup>315</sup>, o qual demonstra que:

a pobreza tem o rosto de uma mulher – de 1.3 bilhão de pessoas na pobreza, 70% são mulheres.” Como ilustrativo disso no Brasil, entre 1970 e 1995, “(...) cresceu o número de mulheres-chefes jovens e entre elas as mães solteiras, muito embora a maioria destas mulheres seja separada e divorciada (49%). (...) em 1990, um terço das famílias chefiadas por mulheres viviam abaixo da linha da pobreza. Entre 1991 e 1997 a proporção de famílias monoparentais chefiadas por mulheres — pobres e não pobres — passou de 21,9 para 24,9%”

---

<sup>312</sup> Ibid., p. 37.

<sup>313</sup> Ibid., p. 38.

<sup>314</sup> Ibid., p. 79.

<sup>315</sup> Ibid., p. 80.

Os Relatórios do Desenvolvimento Humano são publicados desde 1990 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento<sup>316</sup>, que:

executa diversos projetos em diferentes áreas. Neles, o PNUD oferece aos parceiros apoio técnico, operacional e gerencial, por meio de acesso a metodologias, conhecimentos, consultoria especializada e ampla rede de cooperação técnica internacional. Com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento humano, o combate à pobreza e o crescimento do país nas áreas prioritárias.

No Relatório de 2019<sup>317</sup> constatou-se que:

o mundo não está em vias de alcançar a igualdade de gênero até 2030. Com base nas atuais tendências, seriam necessários 202 anos para corrigir as disparidades de gênero ao nível das oportunidades econômicas. (...) existem sinais preocupantes quanto às dificuldades e vicissitudes do percurso em direção à igualdade de gênero — no que diz respeito (...) à participação feminina no mercado de trabalho, inclusive nas regiões com uma economia pujante. (...) Nos países em vias de desenvolvimento, a maioria das mulheres cujo trabalho é remunerado pertencem à economia informal. A combinação de baixos rendimentos com dependentes conduz à sobre-representação das mulheres entre as pessoas pobres, durante a sua idade fértil: As mulheres apresentam uma probabilidade de residência num agregado familiar pobre, entre os 25 e os 34 anos de idade, superior, em 22 por cento, à dos homens.

Os dados comprovam como as mulheres têm sofrido com a seletividade, ocorrendo um aumento considerável da população carcerária feminina. Como aponta Bruna Araújo<sup>318</sup>:

de acordo com dados do INFOPEN (2014), o Brasil ocupa a quinta posição mundial no ranking de encarceramento de mulheres, ficando atrás dos Estados Unidos (205.400 mulheres presas), China (103.766), Rússia (53.304) e Tailândia (44.751). Também é gritante o fato de que apesar da expressiva participação de homens no contingente total de pessoas privadas de liberdade no país, é possível afirmar que a população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014, chegando ao patamar de 37.380 mulheres (...). Já a população de homens encarcerados cresceu 220% no mesmo período, seguindo a tendência geral de aumento do encarceramento no Brasil. Se em 2000 as mulheres representavam 3,2% da população prisional, em 2014 elas passaram a representar 6,4% do total encarcerado.

Em 2017 o Departamento Penitenciário Nacional, o órgão responsável pelo mapeamento da população carcerária, publicou o Relatório Temático Sobre as Mulheres Privadas de Liberdade<sup>319</sup>, computando 37.828 mulheres privadas de liberdade, das quais 37,67% são presas

<sup>316</sup> ONU. *Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento*. Disponível em: <<https://www.br.undp.org/>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

<sup>317</sup> Id., *Relatório do Desenvolvimento Humano*. Disponível em: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2019\\_pt.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf)>. Acesso em: 16 mai. 2020.

<sup>318</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 64.

<sup>319</sup> DEPEN. *Relatório Temático Sobre as Mulheres Privadas de Liberdade*. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf)>. Acesso em: 16 mai. 2020.

provisórias, 36,21% sentenciadas em regime fechado, 16,87% sentenciadas em regime semiaberto e um déficit de 5.991 vagas, ou seja, a taxa de ocupação é de 118,8%. O relatório aponta ainda que:

59,60% das presas gestantes têm cela adequada, 3,20% das unidades possuem berçário e/ou centro de referência materno-infantil e 0,66% possuem creche. (...) que de 100 mil mulheres jovens no Brasil, observa-se uma taxa de aprisionamento de 100,69, ao passo que no grupo de mulheres não-jovens esta taxa é menor, 21,7, o que demonstra que o encarceramento de mulheres jovens representa a maior parcela das custodiadas no país (...) que as mulheres presas de cor/etnia pretas e pardas totalizam 63,55% da população carcerária nacional (...) que 44,42% possuem o Ensino Fundamental Incompleto, seguido de 15,27% com Ensino Médio Incompleto e 14,48% com Ensino Médio Completo. O percentual de custodiadas que possuem Ensino Superior Completo é de 1,46% das presas (...) do total de mulheres custodiadas no Brasil, 60% foram presas por crimes relacionados ao tráfico de drogas. Em 37,67% dos casos, elas estão presas sem sentença condenatória.

O que se observa é que o perfil da mulher presa no Brasil é de uma pessoa jovem, preta ou parda, com ensino médio incompleto, presa provisoriamente por tráfico de drogas. Dráuzio Varela<sup>320</sup> expõe muito bem essa realidade cruel:

as que chegam grávida ou engravidam nas visitas íntimas saem da cadeia apenas para dar à luz. Voltam da maternidade com o bebê, que será amamentado e cuidado por seis meses nas celas de uma ala especial. Cumprido esse prazo, a criança é levada por um familiar que se responsabilize ou por uma assistente social que o deixará sob a guarda do Conselho Tutelar. A retirada do colo da mãe ainda com leite nos seios é uma experiência especialmente dolorosa. (...) o envolvimento com o tráfico fez explodir o aprisionamento de mulheres brasileiras.

Em 2020, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça<sup>321</sup>, o número de mulheres presas chegou ao patamar de 45.160, um crescimento de 19% em comparação com 2017, enquanto a população feminina brasileira, de acordo com o IBGE<sup>322</sup>, cresceu somente 2,4%. Levando-se em conta que a maioria ainda não foi julgada, contata-se que a combinação guerra às drogas e prisão provisória funciona como mecanismo de superencarceramento das mulheres jovens, negras e pobres.

<sup>320</sup> VARELA apud MATTOS, Xisto. *Uma breve crítica ao sistema penal e carcerário brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch., 2018, p. 22-37.

<sup>321</sup> CNJ. *Estatísticas BNMP nacional*. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatísticas>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

<sup>322</sup> IBGE. *Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 16 mai. 2020.



#### 4.4 O atual sistema carcerário brasileiro e as prisões provisórias

O sistema de justiça criminal tem servido nos últimos anos para promover um verdadeiro encarceramento em massa da população mais vulnerável financeiramente, assumindo papel de contenção da pobreza. Desta forma, entender o crime como uma construção social que, nas palavras de Nilo Batista, “procura os pobres”, é fundamental para investigar o papel das prisões provisórias. Segundo relata Bruna Araújo<sup>323</sup>:

no Brasil, em termos gerais, houve o crescimento explosivo da população carcerária: em julho de 1992, o país contava com 114.337 pessoas encarceradas, o equivalente a 74 presos por 100 mil habitantes. Em 2012, este número subiu para 549.577 presos, cerca de 287 presos por 100 mil habitantes, isto é, um aumento de 289,2%, enquanto a população total do país cresceu 28%. O aumento do número de presos agrava o problema da superlotação nas prisões, que segundo o Ministério da Justiça carecia de 250.504 vagas neste mesmo período.

De acordo com o DEPEN<sup>324</sup> em dezembro de 2019 chegou-se ao patamar de 748.009 presos no Brasil, 362.547 presos cumprindo pena em regime fechado, 222.558 presos provisórios, 133.408 cumprindo pena no regime semiaberto e 25.137 em regime aberto. O que se observa é que a maioria absoluta das pessoas privadas de liberdade está totalmente presa, ou seja, somados os presos provisórios com os que estão cumprindo pena em regime fechado chega-se ao impressionante número de 585.105 pessoas privadas integralmente da liberdade. O Relatório de 2019 demonstra que a maioria dos presos são jovens, possuem de 18 a 29 anos e representam 44,78% (335.032); seguido dos que têm entre 30 e 45 e representam 36,97% (276.608); os que têm entre 46 a 60 anos representam 7,17% (53.696); e, os que têm mais de 61, 1,37% (10.273). Além disso, 58,65% (438.719) são pretos ou pardos, 28,40% (212.444) são brancos, 0,7% (5.291) são amarelos e 0,18 (1.390) são índios. Quanto à escolaridade, 62,48% (467.370) estudaram até o ensino fundamental; 23,53% (176.051) estudaram até o ensino médio; 1,5% (11.281) estudaram até o ensino superior; e 0,07% (578) fizeram pós-graduação. No que tange ao tipo penal, num universo de 989.263 de crimes tentados e consumados, 50,95% (504.108) são contra o patrimônio – furto, roubo, receptação etc. –; 20,27% (200.583) são crimes de drogas; 17,35% (171.715) são contra a pessoa – homicídio, aborto, lesão corporal etc. –; 11,40% (112.857) são os demais – contra a dignidade sexual, contra a paz, a fé pública, a administração pública, etc. Portanto, o perfil do

<sup>323</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 66.

<sup>324</sup> DEPEN. *Levantamento Nacional*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

preso no Brasil é basicamente homem, jovem entre 18 e 29 anos, preto ou pardo, de baixíssima escolaridade e que cometeu crime patrimonial ou tráfico de drogas.

Por outro lado, consultando os dados da Síntese de Indicadores Sociais do IBGE<sup>325</sup>, observa-se que pretos ou pardos são maioria entre o que exercem atividades que possuem menores rendimentos médios, os desempregados e os que exercem atividade informal; e que:

em 2017 os brancos ganhavam em média 72,5% mais do que pretos ou pardos. Enquanto 16,4% da população branca estava entre os 10% com maiores rendimentos, apenas 4,7% da população preta ou parda encontrava-se nessa mesma classe de rendimentos em 2017. O inverso acontece entre os 10% com menores rendimentos, que abarcava 13,6% da população preta ou parda e apenas 5,5% da população branca.

Quanto ao acesso ao ensino, os estudos apontam que:

as crianças de 0 a 5 anos pretas ou pardas frequentavam menos escola ou creche que as crianças brancas em 2017, com uma diferença de 2,6 pontos percentuais entre elas. (...) as crianças brancas frequentavam em maior proporção a rede privada que as crianças pretas ou pardas. No Brasil, a proporção de pessoas de 25 a 64 anos com pelo menos o ensino superior de graduação, em 2017, era de 17,0%, enquanto esse mesmo indicador para países membros da OCDE era de 30,3% em média. Mesmo para um grupo etário mais jovem, a distância entre o Brasil e a média dos países da OCDE permanece elevada. O percentual de pessoas de 25 a 34 anos com ensino superior completo em 2017 era de 19,7% no Brasil, praticamente a metade do percentual médio da OCDE (36,7%). (...) 51,5% dos brancos com ensino médio completo ingressaram no ensino superior, enquanto 33,4% dos pretos e pardos nas mesmas condições conseguiram ingressar nesse nível. A desigualdade racial também é expressiva entre aqueles provenientes do ensino médio público, na medida em que a taxa de ingresso dos brancos foi de 42,7% e a dos pretos ou pardos de 29,1% (...) Em 2017, a taxa de ingresso dos brancos provenientes do ensino médio privado foi de 81,9% e a dos pretos ou pardos, de 71,6%.

Atualmente, de acordo com o CNJ<sup>326</sup>, o Brasil chegou ao patamar de 861.133 pessoas privadas de liberdade, das quais 370.375 – 43% – ainda não foram julgadas, 291.173 – 33,81% – cumprem pena definitiva e 195.964 – 22,75% – cumprem pena em execução provisória, ou seja, a maioria dos presos são provisórios. O CPP<sup>327</sup> prevê 9 medidas alternativas à prisão, quais sejam:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou o acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou o acusado dela permanecer distante;

<sup>325</sup> IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?edicao=25875&t=o-que-e>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

<sup>326</sup> CNJ, op. cit., nota 321.

<sup>327</sup> BRASIL, op. cit., nota 45.

- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou a acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

Conforme ensina Aury<sup>328</sup> “a medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação”, contudo, o Depen/MJ e o Ipea apuraram na pesquisa “A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas”<sup>329</sup> que:

sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça criminal do país”, identificando que em 37,2% dos casos pesquisados em que há aplicação prisão provisória, os réus não são condenados à prisão ao final do processo. (...) se projetarmos esse dado para o total de presos provisórios no país, que ultrapassa a marca de 240 mil pessoas, pode-se estimar que existem, aproximadamente, 90 mil homens e mulheres que estão presos, mas que, ao serem julgados, não serão condenados à prisão. (...) a prisão continua sendo reconhecida como a principal medida a ser aplicada frente a uma violação da lei penal. Tal realidade tem incidência mais aguda sobre parcelas específicas da população, como jovens negros e pobres. O estudo permite também rejeitar a tese de que a concessão de liberdade provisória é sinônimo de impunidade. Tal afirmação é feita com base na constatação de que ocorreu a prescrição em apenas 13,7% dos processos pesquisados em varas criminais nos quais os réus responderam em liberdade.

Consubstanciando a pesquisa realizada pelo DEPEN, o CNJ confirma a resistência do Poder Judiciário em aplicar as medidas desencarceradoras, conforme Tiago Dantas<sup>330</sup> relata:

Juízes do Brasil resistem em aplicar penas alternativas. De cada dez condenados, apenas três cumprem medidas sem restrição de liberdade. (...) segundo os dados mais recentes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), enquanto sete foram para a cadeia. Especialistas dizem que os juízes, de forma geral, resistem em utilizar a medida em casos como os de pequenos traficantes e estimam que uma nova postura de magistrados poderia reduzir a população carcerária em até 20%. (...) Relatório recente da ONG Human Rights Watch apontou que a falta de um critério claro para distinguir usuário de traficante na Lei de Drogas contribuiu para o aumento do aprisionamento. A definição é feita de forma

<sup>328</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., [e-book].

<sup>329</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Pesquisa sobre penas e medidas alternativas traz dados inéditos sobre justiça criminal*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/pesquisa-sobre-penas-e-medidas-alternativas-traz-dados-ineditos-sobre-justica-criminal>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

<sup>330</sup> DANTAS, Thiago. *Juízes do Brasil resistem em aplicar penas alternativas*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/juizes-do-brasil-resistem-em-aplicar-penas-alternativas-20809084>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

circunstancial ou subjetiva e um dos pontos levados em conta pelo juiz é o testemunho do policial responsável pela prisão.

O resultado dessa política foi observado na já mencionada ADPF 347<sup>331</sup> em que o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional do atual sistema carcerário brasileiro, consignando que:

outro fato a contribuir para a superlotação é o uso abusivo da prisão provisória. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 41% dos presos brasileiros estão nessa condição. Alega a banalização da adoção da medida constritiva antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, evidenciando-se uma “cultura do encarceramento”. Aponta, mais, inexistir separação, nos presídios, entre os presos provisórios e os definitivos. (...) Verifica-se a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado, evidenciada a inadequada assistência judiciária. (...) Como se sabe, a prisão provisória, que deveria ser excepcional, virou a regra, ficando os indivíduos meses ou anos detidos, provisoriamente, sem exame adequado das razões da prisão. Banaliza-se o instituto, olvida-se o princípio constitucional da não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII) e contribui-se para o problema da superlotação carcerária.

Desta forma, fica evidente que a juventude preta e parda é a mais pobre e que menos tem acesso à educação. Consta-se que o sistema econômico que permite o acúmulo de capital pela parcela branca e privilegiada da sociedade só se viabiliza com a contenção da pobreza pelo superencarceramento negro e pobre. A começar pela criminalização de condutas voltadas para os despossuídos, como os crimes patrimoniais, as prisões provisórias se mostram como mecanismo dotado de extrema eficiência. O sucateamento dos aparelhos investigativos em prol da instrumentalização da polícia militar ostensiva direcionada aos bolsões urbanos de pobreza, faz da prisão em flagrante o mecanismo jurídico que serve como porta de entrada dessa juventude pobre, negra e parda, no sistema carcerário. Com os requisitos genéricos e a inexistência de prazo da prisão preventiva, a prisão em flagrante é convertida, garantindo o aprisionamento dos que respondem a uma ação penal e contribuindo definitivamente para a criminalização da pobreza através do encarceramento massivo desta parcela da população tão vulnerável.

---

<sup>331</sup> BRASIL, op. cit., nota 62.

## CONCLUSÃO

A prisão, seja provisória, seja decorrente de pena, foi o objeto central deste estudo, em que buscou-se demonstrar como sua aplicação possui funções declaradas e não declaradas. Inicialmente, foi analisada a extensão da *ultima ratio* que tem a principal função de proteger o direito de ir e vir, restringindo a aplicação do Direito Penal somente quando os demais ramos do direito se mostrarem ineficientes, pois assim estar-se-ia prestigiando a proporcionalidade, de modo a garantir o núcleo de proteção da dignidade humana. Outro direito fundamental que ressalta o caráter *ultima ratio* da prisão é a presunção de inocência, que reflete um paradigma de tratamento processual ao indivíduo que preza pelo estado de não culpabilidade, ou seja, de que os atos processuais devem ser praticados sempre de modo a presumir a inocência do acusado.

Desta forma, no segundo capítulo restou evidente, a começar pela prisão em flagrante, como que o regime legal de prisões provisórias no Brasil é autoritário e violador das garantias supramencionadas. As modalidades de flagrante impróprio e presumido são completamente incompatíveis com os princípios constitucionais norteadores do processo penal. Além disso, foi abordado também a origem autoritária da prisão temporária, a qual surge num contexto de ruptura democrática. Porém, a modalidade de prisão antes da formação da culpa mais encarceradora é definitivamente a preventiva. Seus requisitos genéricos de aplicação, de origem nazista, permitem sua aplicação por motivos diversos, representando uma verdadeira antecipação indevida da pena. A inexistência de prazo é altamente criticada na doutrina, permitindo que presos fiquem encarcerados durante todo o processo, muitas vezes por mais tempo que a pena que posteriormente lhe é imposta.

No terceiro capítulo aprofundou-se na origem da prisão, de modo a investigar a sua verdadeira função, confrontando-se com as finalidades declaradas. O surgimento do modelo de sistema carcerário atual é um processo histórico ligado ao surgimento do próprio sistema capitalista. A expulsão dos camponeses que ocorreu com fim do período feudal foi determinante para a acumulação de pessoas nos centros urbanos que ressurgiam com a formação do Estado Moderno. Para que estas pessoas se submetessem às condições de trabalho das fábricas durante a primeira revolução industrial era necessário um aparelho punitivo que foi delegado ao Estado. A preocupação da classe ascendente era de absorver a mão de obra dos desocupados, momento em que começou a ser criminalizada a pobreza com os tipos penais que proibiam a vadiagem, mendicância e os crimes patrimoniais. Com as *workhouses*, foi possível explorar a força de trabalho deste contingente de pessoas que viviam em condições de miserabilidade, de modo a viabilizar a consolidação e a acumulação de capital pela classe burguesa. Neste sentido, as prisões

se mostram um ótimo mecanismo de dominação, permitindo disciplinar e tornar dóceis os corpos que forneceram a força de trabalho a ser explorada por quem detém os meios de produção. Assim, o Direito Penal fornece as bases teóricas para a construção das finalidades da pena, atribuindo viés vingativo e preventivo. Estas finalidades foram ganhando contornos cada vez mais acadêmicos, permitindo a transformação das justificativas que supostamente legitimam o Estado a aprisionar alguém. A retirada da vítima e a publicização dos conflitos foi fundamental neste processo de consolidação do sistema capitalista desigual. No século XXI, a academia punitivista ganhou a contribuição da mídia. Embora o espetáculo sempre tenha feito parte do *modus operandi* do sistema de justiça criminal quando da aplicação da pena, o que se observa com a difusão de um sistema midiático de difusão da informação é a espetacularização do processo penal, fazendo da prisão e dos operadores do direito fontes inesgotáveis de audiência e construindo a figura do inimigo, o ser incapaz de viver em sociedade, não merecedor da proteção de direitos e garantias fundamentais. Sendo assim, é possível afirmar que há na história da aplicação do Direito Penal a construção e a consolidação de uma cultura do encarceramento, responsável pela criminalização da pobreza através da prisão.

No último capítulo se comprova como o surgimento da prisão no Brasil serviu a um projeto de absorção dos indesejáveis escravos negros pelo sistema carcerário, se debruçando sobre a formação da população carcerária brasileira. O processo de encarceramento em massa começa no Brasil com a publicização da atribuição de aplicar castigo aos escravos negros. Quando Portugal, ainda no período colonial, proíbe a utilização de instrumentos de ferro no castigo por parte do proprietário, o Estado fica responsável por aplicar a punição, motivo pelo qual foi criada a Prisão do Calabouço, onde os escravos eram açoitados e ficavam presos. Com a utilização nas obras públicas da força de trabalho dos escravos aprisionados, o encarceramento dos negros passou a ser uma política pública que levou à superlotação do Calabouço. No século XIX ocorre a Revolução do Haiti e proibição do tráfico de escravos, fazendo a elite debater a abolição da escravatura, período em que surgem os positivistas brasileiros, atribuindo ao negro uma tendência natural a delinquir. Paralelamente, são criminalizadas diversas condutas inerentes à pobreza – como a vadiagem e a mendicância – e aos costumes africanos – como a capoeira e uso da maconha. É neste mesmo período que o país importa o modelo das *workhouses*, de modo a permitir a exploração e a dominação dos corpos de quem fornece a força de trabalho.

A consolidação da proibição do consumo de algumas substâncias psicoativas no século XX permite a manutenção desse aparelho repressivo encarcerador. A teoria do etiquetamento ou da rotulação que surge na década de 1960 permite a transformação da criminologia, revelando que a delinquência nada tem de biológico, ao passo que a escolha das condutas que são criminalizadas

é um ato político, assim como a seleção pelos órgãos de aplicação da lei penal de quais condutas serão reprimidas. A proibição das drogas é determinante no encarceramento da juventude negra pobre. De igual modo, no século XXI observa-se um aumento vertiginoso do encarceramento feminino, em universo formado predominantemente por negras ou pardas presas provisoriamente em virtude da guerra às drogas.

Por fim, é possível concluir que atualmente se prende, majoritariamente, homens jovens – que possuem entre 18 e 29 anos de idade –, pretos e pardos, de baixíssima escolaridade e que cometeram crimes patrimoniais ou de tráfico de drogas, dos quais quase metade sequer ainda foi considerada culpada, ou seja, com o mesmo perfil das pessoas que estão desocupadas, que têm menos acesso à educação e que exercem as atividades que possuem as piores remunerações. Portanto, pelo método dedutivo, conclui-se que a prisão provisória está sendo aplicada de modo a criminalizar a pobreza desta parcela da população, que está sendo massivamente encarcerada, de modo a formar uma reserva de mão de obra, dominando e disciplinando os corpos dos mais vulneráveis.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Wlamyra R. de; FILHO Walter Fraga. *Uma história do negro no Brasil*. Salvador: Centro de Estudos Afro-Orientais, 2006.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Introdução à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1993.

ARAÚJO, Bruna Stéfanni Soares de. *Criminologia, feminismo e raça: guerra às drogas e o superencarceramento de mulheres latino-americanas*. 2017, 33 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2017.

ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. *O duplo cativo: escravidão urbana e o sistema prisional no Rio de Janeiro 1790 – 1821*. 2004. 6 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

\_\_\_\_\_. *Cárceres imperiais: a Casa de Correção do Rio de Janeiro. Seus detentos e o sistema prisional no Império, 1830-1861*. 2009. 37 f. Tese (Doutorado em História) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2009.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BALZA, Guilherme. *Veja o raio-x do Complexo do Alemão, região mais pobre e uma das mais violentas do Rio*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2010/11/26/veja-o-raio-x-do-complexo-do-alemao-regiao-mais-pobre-e-uma-das-mais-violentas-do-rio.htm>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critério de aplicação*. Disponível em: <[https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 30 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução à criminologia crítica brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

\_\_\_\_\_. *Palestra Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=tIjV7kQ9euY&t=1240s>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Palestra Encarceramento em massa: símbolo do Estado Penal*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FRgAs5sR7Gw&list=PL9z4WewZpi63xiJ9n4Xkq3bg9YRHZNodG&index=6>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.



BERTOLINI, Jeferson. *Garota que ficou presa com 30 homens no Pará leva vida desprotegida*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/11/1828880-garota-que-ficou-presa-com-30-homens-no-para-leva-vida-desprotegida.shtml>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo, 2010.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código Criminal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. *Código de Posturas do Distrito Federal*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bd/sf/handle/id/224185>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 40*, de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto Nº 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 4.294*, de 6 de julho de 1921. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 6.085*, de 19 de abril de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 11.481*, de 10 de fevereiro de 1915. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11481-10-fevereiro-1915-574770-republicacao-98061-pe.html>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 20.930*, de 11 de janeiro de 1932. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº Lei nº 7.960*, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm)>. Acesso em: 16 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.343*, de 23 agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.403*, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm)>. Acesso em: 16 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 12 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 111*, de 24 de novembro de 1989. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/1988-1989/111.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1988-1989/111.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 2.045-6*, de 23 de novembro de 2000. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2000/medidaprovisoria-2045-6-23-novembro-2000-362003-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 220218*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201102335860&dt\\_publicacao=10/09/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102335860&dt_publicacao=10/09/2012)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 558817*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=106516209&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202000179402&data=20200221&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=106516209&tipo_documento=documento&num_registro=202000179402&data=20200221&formato=PDF)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2290*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2290%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2290%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n7hxb5r>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 118551*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4433119>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 153057*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562797604/habeas-corpus-hc-153057-sp-sao-paulo-0065798-8620181000000>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC 141583*, Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149678>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 583937*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0211096-93.2018.8.19.0001*. Relatora: Desembargadora Adriana Lopes Moutinho Daudt D'oliveira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2019.050.13331>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 70*. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

BANDEIRA, Cláudio Antônio de Freitas. *Cientificismo e ficção de Nina Rodrigues*. Disponível em: <<http://www.cienciaecultura.ufba.br/agenciadenoticias/noticias/cientificismo-e-ficcao-de-nina-rodrigues/>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

BARROS, André; PERES, Marta. *Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/download/3953/2742>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRANDÃO, Marcílio Dantas. *Dito, feito e percebido: controvérsias, performances e mudanças na arena da maconha*. 2017. 101 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

BUY, Willian de Araujo. *Descriminalização dos crimes contra a honra*. 2014. 10 f. Artigo Científico (Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público e Privado) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

CABRAL, João Francisco Pereira. *O conceito de animal político em Aristóteles*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/o-conceito-animal-politico-aristoteles.htm>>. Acesso em: 29 dez. 2018.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*. Pádova: Cedam, 1936.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, VI, Parte Geral: (arts. 1º a 120)*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASARA, Rubens R. R. *Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

CASSAR, Vólia Bomfim, *Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CASTRO, Fernanda Chelegati de. *Prisão Temporária*. 2005. 70 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

CLEMENTE, Bernardo São. *Plantios ilícitos na América Latina*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015.

CNJ. *Estatísticas BNMP*. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatísticas>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

COELHO, João. *As ideias de Raimundo Nina Rodrigues e sua influência na sociedade atual*. Disponível em: <<https://pedrosilva1996.jusbrasil.com.br/artigos/309668537/as-ideias-de-raimundo-nina-rodrigues-e-sua-influencia-na-sociedade-atual/>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

CONSTANTINO, Patricia; ASSIS, Simone Gonçalves de; PINTO, Liana Wernersbach. *O impacto da prisão na saúde mental dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2089.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2020.

CUNHA, Bruno. *DPRJ defende a presunção de inocência no STF*. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/9580-DPRJ-defende-a-presuncao-de-inocencia-no-STF>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

DANTAS, Thiago. *Juízes do Brasil resistem em aplicar penas alternativas*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/juizes-do-brasil-resistem-em-aplicar-penas-alternativas-20809084>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

DEPEN. *Levantamento Nacional*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Relatório Temático Sobre as Mulheres Privadas de Liberdade*. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf)>. Acesso em: 16 mai. 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ENGBRUCH, Werner; SANTIS, Bruno Moraes di. *A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo*. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=145](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=145)> . Acesso em: 15 mai. 2020.

FARIA, Flávia; GARCIA, Guilherme. *Defensoria Pública supera advogados particulares em casos revistos por STJ e STF*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/defensoria-publica-supera-advogados-particulares-em-casos-revistos-por-stj-e-stf.shtml>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002.

FILHO, Orlando Zaccone D'elia. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FONSECA, Paloma Siqueira. *Penalidades aos escravizados: 1808 – 1821*. Disponível em: <[http://historiacolonial.arquivonacional.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5126&Itemid=375](http://historiacolonial.arquivonacional.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5126&Itemid=375)> . Acesso em: 15 mai. 2020.

FREYRE, Gilberto. *Nordeste*. São Paulo: Global, 2013.

GABEL, Joseph. *A falsa consciência: ensaio sobre reificação*. Lisboa: Guimarães & C.<sup>a</sup> Editores, 1979.

GOVERNO DO RIO DE JANEIRO – SECRETARIA DA CASA CIVIL. *Censo favelas PAC*. Disponível em: <[http://arquivos.proderj.rj.gov.br/egprio\\_imagens/Uploads/Apres\\_censo.pdf](http://arquivos.proderj.rj.gov.br/egprio_imagens/Uploads/Apres_censo.pdf)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

IBGE. *Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Síntese de Indicadores Sociais*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?edicao=25875&t=o-que-e>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

JARRETT, Christian. *Como a prisão muda a personalidade de detentos*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-44282247>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

JESUS, Damásio de. *Direito penal, Volume 1: Parte Geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

\_\_\_\_\_. STRECK, Lenio, BOUJIKIAN, Kenarik. *Desconstrução do pacote "anticrime" de Moro e o freio contra o retrocesso*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-08/desconstrucao-pacote-anticrime-moro-representa-vitoria>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

MATTOS, Xisto. *Uma breve crítica ao sistema penal e carcerário brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch., 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Pesquisa sobre penas e medidas alternativas traz dados inéditos sobre justiça criminal*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/pesquisa-sobre-penas-e-medidas-alternativas-traz-dados-ineditos-sobre-justica-criminal>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Fernanda G.; RIBEIRO, Marcelo. *Histórias das Drogas*. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/283161503\\_Historia\\_das\\_drogas](https://www.researchgate.net/publication/283161503_Historia_das_drogas)>. Acesso em: 15 mai. 2020.

MOURA, Raquel Giovanini de. *Crise no sistema prisional, superencarceramento e tráfico de drogas*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65015/crise-no-sistema-prisional-superencarceramento-e-trafico-de-drogas>>. Acesso em: 13 mai. 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal I*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ONU. *Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. *Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento*. Disponível em: <<https://www.br.undp.org/>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Relatório do Desenvolvimento Humano*. Disponível em: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2019\\_pt.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf)>. Acesso em: 16 mai. 2020.

PERINE, Eduardo Antonio. *O espetáculo do processo penal*. Disponível em: <<https://canalciencia.scriminais.jusbrasil.com.br/artigos/347896899/o-espetaculo-do-processo-penal>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

PINHEIRO, Luci Faria; GAMA, Taíza da Silva. *As origens do sistema penitenciário brasileiro: uma análise sociológica da história das prisões do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/38890575/As\\_Origens\\_do\\_Sistema\\_Penitenci%C3%A1rio\\_Brasileiro\\_uma\\_an%C3%A1lise\\_sociol%C3%B3gica\\_da\\_hist%C3%B3ria\\_das\\_pris%C3%B5es\\_do\\_Estado\\_do\\_Rio\\_de\\_Janeiro](https://www.academia.edu/38890575/As_Origens_do_Sistema_Penitenci%C3%A1rio_Brasileiro_uma_an%C3%A1lise_sociol%C3%B3gica_da_hist%C3%B3ria_das_pris%C3%B5es_do_Estado_do_Rio_de_Janeiro)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/1p1.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

PRATTI, Fernando Gonçalves. *Os limites constitucionais da prisão em flagrante*. 2017. 42 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017.

RIBEIRO, Djamila. *Quem tem medo do feminismo negro?* São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 33 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Raimundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011.

SAAD, Luísa Gonçalves. “*Fumo de negro*”: a criminalização da maconha no Brasil. 2013. 3 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SANTOS, Luís Gonçalves dos. *Memórias para servir à história do Reino do Brasil: divididas em três épocas da felicidade, honra e glória*. Brasília: Senado Federal, 2013.

SANTOS, Maurício Cirino. *Sistemas de produção e sistemas de punição: Estudo Crítico sobre a Pena no Capitalismo*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Dinis Carla Borghi. *A história da pena de prisão*. Disponível em: <[https://m.monografias.br/monografia/monografia-1234567890/a-historia-pena-prisao.htm#indice\\_21](https://m.monografias.br/monografia/monografia-1234567890/a-historia-pena-prisao.htm#indice_21)>. Acesso em: 12 mai. 2020.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

SILVA, Juremir Machado da. *Raízes do conservadorismo brasileiro: a abolição na imprensa e no imaginário social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SOUZA, Taiguara Libano Soares. *A era do grande encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

TABAK, Bernardo. *Conjunto do Alemão tem um dos piores indicadores sociais do Rio*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/rio-contra-o-crime/noticia/2010/11/conjunto-do-alemao-tem-um-dos-piores-indicadores-sociais-do-rio.html>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual., Salvador: JusPodivm, 2017.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

VASCONCELLOS, Gabriela Resende de. *Lei 12.403/11: o impacto no regime jurídico da prisão preventiva e suas controvérsias*. 2016. 18 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2016.

YABIKU, Roger Moko. *Ética e Direito no utilitarismo de Jeremy Bentham*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20642/etica-e-direito-no-utilitarismo-de-jeremy-bentham>>. Acesso em: 16 fev. 2020.