



Adelia Regina Schmidt

A lógica atuarial aplicada no sistema de justiça criminal brasileiro:
uma análise do seu impacto nas decisões de conversão de prisão em flagrante em prisão
preventiva e de concessão de liberdade provisória

Universidade Fernando Pessoa
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais
Porto – 2020

A lógica atuarial aplicada no sistema de justiça criminal brasileiro:
uma análise do seu impacto nas decisões de conversão de prisão em flagrante em prisão
preventiva e de concessão de liberdade provisória

Autora: Adelia Regina Schmidt

N.º de aluno: 34644

Orientação: Professora Doutora Ana Sacau

Título: A lógica atuarial aplicada no sistema de justiça criminal brasileiro: uma análise
do seu impacto nas decisões de conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva e
de concessão de liberdade provisória

Porto, ____ de _____ de _____, _____.

Trabalho apresentado à Universidade Fernando Pessoa como parte dos
requisitos para a obtenção do grau de Mestre em Criminologia.

AGRADECIMENTOS

Ao meu companheiro e amigo Iran Kurban Filho, pela parceria nesse lindo projeto. Sem você esse sonho não teria se concretizado.

Deixo esse trabalho como inspiração ao meu pequeno e amado filho Iran Kurban Neto, para que sirva de incentivo e exemplo para a constante busca e conquista de seus ideais.

À minha orientadora, Profa. Dra. Ana Sacau, pela tolerância, dedicação e zelo, sempre a mim dispensados.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a aplicação da lógica atuarial no sistema de justiça criminal brasileiro, bem como o impacto causado no número de prisões e de liberdades provisórias após a aplicação do instrumento de avaliação de risco denominado Public Safety Assessment Court – PSA, criado no ano de 2013, pelo Instituto Justice System Partners (JSP), em parceria com a The Laura e John Arnold Foudation. A utilização da lógica atuarial no sistema de justiça criminal tem ocupado grande espaço e interesse por parte de vários países, além dos Estados Unidos da América que há muito tempo já a utilizam como ferramenta de gestão de grupos sociais indesejados. Após o estudo sobre o tema, constatou-se que no Brasil pouco se fala sobre a lógica atuarial e também sobre política criminal atuarial, não havendo legislação que institua, determine ou regulamente o uso de instrumentos dessa natureza no sistema processual penal brasileiro. De outro lado, o Brasil apresenta graves problemas em seu sistema penitenciário, em especial um elevado número de presos provisórios, necessitando, assim, de ideias e projetos que possam amenizar essa realidade preocupante e urgente. Por conta disso é que o trabalho se apresenta relevante, pois, como objetivo central, busca verificar se a aplicação da lógica atuarial no sistema de justiça criminal brasileiro implica em um aumento ou redução do número de prisões e de liberdades provisórias comparadas com a realidade dos referidos processos. O trabalho foi realizado através de revisão de literatura, pesquisa jurisprudencial e de fontes legais no ordenamento jurídico brasileiro e internacionais, além de pesquisa empírica através do acesso e manuseio a processos criminais no Termo Judiciário de São Luis, Comarca de São Luis/Maranhão/Brasil. Ao final da pesquisa, verificou-se a existência de fortes críticas quanto à utilização da lógica atuarial no sistema de justiça criminal. Porém, em que pesem as referidas críticas encontrarem, em parte, fundamentos, no caso específico, após a aplicação do instrumento de verificação de risco nos processos criminais brasileiros que compõem a amostra da pesquisa empírica, verificou-se a indicação de drástica da redução no número de prisões e o aumento no número de concessões de liberdades provisórias, o que poderia representar um número considerável de desencarceramento e economia para o Estado. Porém, há de considerar, também, as várias críticas dos estudiosos que defendem que a utilização da lógica atuarial no sistema de justiça criminal representa a perpetuação do etiquetamento de classes já marginalizadas como grupos perigosos, reafirmando, assim, processos de exclusão social.

Palavras-chave: Lógica atuarial. Sistema de justiça criminal. Instrumentos de avaliação de risco. Sistema de justiça criminal brasileiro. Prisão provisória. Liberdade provisória.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the application of actuarial logic in the Brazilian criminal justice system, as well as the impact caused on the number of imprisonments and provisional releases after the application of the risk assessment instrument known as Public Safety Assessment Court - PSA, created in 2013, by the Justice System Partners Institute (JSP), in association with The Laura and John Arnold Foundation. The use of actuarial logic in the criminal justice system has taken up a lot of space and interest from several countries, as well as United States of America, which has been using it for a long time as a tool to manage undesirable social groups. After a study on the issue, it was found that in Brazil is not common to bring up the actuarial logic and actuarial criminal policy, and there is no legislation to institute, determine or regulate the use of instruments from this nature in the Brazilian criminal procedural system. On the other side, Brazil shows serious issues in its penitentiary system, in particular a high number of provisional prisoners, therefore needing ideas and projects that can relieve this worrying and urgent reality. Because of this, the paper presents itself as relevant, since, as a main objective, it seeks to verify whether the application of actuarial logic in the Brazilian criminal justice system implies an increase or decrease in the number of imprisonments and provisional releases in comparison with the reality of the referred processes. The paper was conducted through literature review, jurisprudential research and legal sources in the Brazilian and international legal systems, as well as empirical research through access and handling of criminal cases in the Judicial System of São Luis, District of São Luis/Maranhão/Brazil. At the end of the research, there was considerable criticism of the use of actuarial logic in the criminal justice system. However, in spite of the fact that these criticisms were partly founded, in the particular case, after the application of the risk verification instrument in the Brazilian criminal cases that compose the empirical research sample, there was a drastic indication of the decrease in the number of imprisonments and the increase in the number of provisional release concessions, which could mean a considerable number of imprisonment and savings for the State. Nevertheless, it is also worth considering the various criticisms of researchers who defend that the use of actuarial logic in the criminal justice system represents the perpetuation of the labeling of classes already marginalized as dangerous groups, thus reaffirming processes of social exclusion.

Keywords: Actuarial logic. Criminal justice system. Risk assessment instruments. Brazilian criminal justice system. Provisional imprisonment. Provisional freedom.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 –	População prisional no Brasil.....	40
Gráfico 1 –	Taxa de aprisionamento (2000-2016).....	41
Gráfico 2 –	Presos por natureza da prisão e tipo de regime.....	41
Gráfico 3 –	Evolução da população provisória do Sistema Prisional (2000-2016).....	42
Gráfico 4 –	Distribuição de presos sem condenação por UF.....	42
Gráfico 5 –	Taxa de ocupação por tipo de regime.....	45
Figura 2 –	Descrição do formulário.....	66

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 –	Evolução do número de pessoas presas e vagas disponíveis (2000-2016).....	43
Quadro 2 –	Relação entre os fatores de risco e resultados do processo.....	55
Quadro 3 –	Fatores de risco e suas pontuações.....	57
Quadro 4 –	Pontuação dos fatores de risco e sinalização de resultado.....	58
Quadro 5 –	Fatores de risco.....	67
Quadro 6 –	Pontuação dos fatores de risco.....	67
Quadro 7 –	Amostra da pesquisa empírica.....	68
Quadro 8 –	Divisão de processos por juiz.....	70

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 –	Déficit de vagas.....	40
Tabela 2 –	Taxa de aprisionamento (2000-2016).....	44
Tabela 3 –	Nº real da amostra e nº após aplicação do instrumento de avaliação de risco.....	69
Tabela 4 –	Presos e em liberdade provisória após decisões judiciais e pós aplicação de instrumento.....	71

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 PRISÃO PROVISÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	11
2.1 Considerações gerais sobre a prisão provisória.....	11
2.2 Prisão em flagrante.....	15
2.2.1 Da audiência de custódia.....	19
2.3 Prisão preventiva.....	20
2.4 Prisão temporária.....	25
3 O SISTEMA Prisional BRASILEIRO.....	29
3.1 Noções gerais sobre a origem da prisão.....	29
3.2 Históricos de prisão no Brasil.....	34
3.3 Características do sistema prisional brasileiro.....	37
4 A POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL.....	46
4.1 Conceito e infiltração da lógica atuarial na política criminal.....	46
4.2 Instrumento de avaliação de risco: <i>Public Safety Assessment Court (PSA)</i>	52
4.2.1 Delito violento corrente.....	54
4.2.2 Acusação pendente no momento do delito.....	55
4.2.3 Condenação por contravenção prévia.....	55
4.2.4 Condenação violenta prévia.....	55
4.2.5 Prévia falha em comparecer em atos processuais em processos anteriores ao crime atual nos últimos dois anos.....	55
4.3 Críticas abstratas à aplicação da lógica atuarial na política criminal.....	58
4.3.1 Críticas favoráveis.....	58
4.3.2 Críticas desfavoráveis.....	60
5 CONTRIBUIÇÃO EMPÍRICA.....	63
5.1 Objetivo geral.....	63
5.2 Objetivos específicos.....	63
5.3 Metodologia.....	63
5.4 Amostra.....	64
5.5 Procedimentos realizados.....	64
5.6 Apresentação e discussão dos resultados.....	68
6 CONCLUSÕES.....	74
REFERÊNCIAS.....	77

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se constitui em um trabalho científico que versa sobre o estudo da aplicação da lógica atuarial, através da utilização de instrumentos de verificação de risco, como ferramenta para auxiliar os juízes na tomada de decisões criminais que dizem respeito à conversão de uma prisão em flagrante em prisão preventiva ou à concessão de liberdade provisória.

O Brasil apresenta um sério problema em seu sistema prisional, pois conta com uma população prisional elevada e com um alto número de déficit de vagas. Além desses problemas, também existem outros que desafiam o sistema de justiça penal, a política criminal e a política de segurança pública. Diante disso, é latente que os operadores jurídicos, gestores públicos, legisladores e também a sociedade civil intensifiquem seus esforços na busca conjunta de soluções e estratégias inteligentes aptas a conduzir à construção de horizontes mais alentadores (INFOPEN, 2017).

De outro lado, nas últimas décadas, há uma forte tendência da utilização da lógica atuarial na justiça criminal, principalmente na justiça norte-americana que a utiliza como ferramenta de gestão de grupos sociais indesejados. Para tanto, existem inúmeros instrumentos de avaliação de risco utilizados no aprimoramento da gestão da criminalidade¹, com base nos perfis dos criminosos e serve para amparar os juízes na formação de suas decisões.

Para Harcourt (2005), os métodos são rotulados de “atuariais” na medida em que eles utilizam métodos estatísticos – em vez de clínicos – em um grande número de crimes, com o objetivo de determinar os diferentes níveis de crimes associados a um grupo ou a uma ou mais características de grupo e, com base nessas correlações, primeiro, prever o comportamento passado, presente ou futuro de um indivíduo para, em segundo lugar, administrar um resultado da justiça criminal para esse indivíduo, em particular.

O objetivo central da presente pesquisa consiste em analisar o resultado, após a aplicação do instrumento de avaliação de risco, em uma amostra de processos criminais em andamento no Termo Judiciário da Comarca de São Luis/Maranhão/Brasil, a fim de verificar se a sua utilização implicaria em um aumento ou redução do número de prisões e de liberdades provisórias comparadas com a realidade dos referidos processos.

¹Nevada Parole Risk Assessment, New Mexico Risk and Needs Assessment, North Carolina Risk Needs Assessment, Oregon Criminal History Risk Assessment, Public Safety Check List for Oregon, Virginia Petrial Risk Assessment Instrument.

Como objetivo específico, busca-se fazer uma análise comparativa entre as decisões judiciais dos juízes, bem como as impressões e os critérios que motivaram as referidas decisões, analisando-se, também, se a subjetividade conferida aos magistrados pela legislação brasileira pode representar algum prejuízo aos autuados ou violação aos princípios constitucionais, em especial a isonomia e segurança jurídica. Busca-se, por fim, analisar quais fatores de risco previstos no instrumento de avaliação foram os mais pontuados e significativos para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva dos autuados que compõem a amostra.

Para o desenvolvimento do trabalho, foi utilizado o método indutivo com estudo quali-quantitativo, com técnica de investigação monográfica por meio de pesquisa bibliográfica em fontes de legislação, doutrina, jurisprudência e temas relacionados ao assunto em exame.

A pesquisa está dividida em quatro capítulos. O primeiro consiste no estudo sobre a prisão, seu conceito, origem, momentos importantes na história mundial e também a análise da sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, fez-se uma abordagem sobre o sistema penitenciário brasileiro, apresentando-se dados sobre o número de presos definitivos e provisórios no país, de acordo com dados colhidos do Ministério da Justiça.

No terceiro capítulo, analisa-se a lógica atuarial na política criminal, bem como faz-se o estudo sobre o instrumento de avaliação de risco denominado *Public Safety Assessment Court (PSA)*.

Já o quarto capítulo consiste na contribuição empírica, onde se apresenta os objetivos do presente trabalho, a explicação da amostra e dos métodos e procedimentos realizados, bem como a discussão e a apresentação dos resultados.

Ao final do estudo, pode-se concluir que o tema é muito amplo, interessante e desafiador e, ainda, repleto de discussões sobre a efetividade e também sobre a eticidade da aplicação da lógica atuarial como instrumento apto a influenciar decisões judiciais que envolvem a liberdade de um ser humano.

O presente estudo não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas sim de apenas iniciar uma abordagem sobre o tema no contexto da realidade do sistema de justiça criminal brasileiro, abrindo-se espaço para maiores estudos e maiores considerações acerca da aplicação da lógica atuarial no processo penal brasileiro. A propósito, convém destacar que, no Brasil, há poucos estudos sobre o tema, sendo que os existentes se limitam aos aspectos

teóricos, inexistindo, porém, estudos empíricos sobre a aplicação da lógica atuarial no contexto do sistema de justiça criminal brasileiro.

2 PRISÃO PROVISÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Considerações gerais sobre a prisão provisória

Antes de iniciar a pesquisa objeto do presente trabalho, é necessário tecer algumas considerações sobre a prisão no ordenamento jurídico brasileiro.

A palavra “prisão” se origina do latim *prehensio*, que vem de *prehensio* (*prehensio, onis*), que significa prender (LIMA, 2013).

Nos ensinamentos de Martins:

A prisão, tenha ela a roupagem que tiver, é a verdadeira antítese da liberdade. Consiste em sua privação, no tolhimento dos movimentos do indivíduo, na consagração do desrespeito à sua condição de ir e vir, fazer o que lhe aprouver, enfim, ter afastado o seu livre-arbítrio, restando recolhido por força e obra de decisão estatal, justa ou injustamente. (MARTINS, 2004, p. 67).

No ordenamento jurídico brasileiro, utiliza-se a palavra “prisão” para indicar a pena privativa de liberdade (detenção, reclusão, prisão simples), para a captura em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito, ou ainda, a custódia consistente no recolhimento de alguém ao cárcere, e, por fim, o próprio estabelecimento em que o preso fica segregado, conforme determinam os artigos 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal e o caput, do artigo 288, do Código de Processo Penal Brasileiro (LIMA, 2013).

Nesse contexto, há três espécies de prisão, quais sejam, a prisão extrapenal, que tem como espécies a prisão civil e a prisão militar, a prisão penal, também conhecida como prisão pena, que é aquela que decorre de sentença condenatória com trânsito em julgado e a prisão sem o caráter de pena, também conhecida sob a denominação genérica de prisão sem pena, ou prisão cautelar de natureza processual, que tem como subespécies a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária (LIMA, 2013).

Para o desenvolvimento da presente pesquisa, o sentido que nos interessa é a prisão sem o caráter de pena ou prisão cautelar.

A prisão cautelar é uma espécie de medida cautelar, ou seja, é aquela que recai sobre o indivíduo, privando ou restringindo sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva. Para o autor:

A prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível a aplicação da

lei penal. Assim, o caráter da urgência e necessidade informa a prisão cautelar de natureza processual. (RANGEL, 2010, p. 733).

A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o Juízo que se faz, para sua decretação, não é o de culpabilidade, mas sim de periculosidade (LIMA, 2013).

As medidas cautelares integram a garantia da tutela jurisdicional efetiva, eis que são a antecipação dessa tutela ou providências que visam a assegurá-la. Visando a proteção, sobretudo dos direitos fundamentais, muitas vezes, torna-se indispensável a adoção de uma medida que antecede o provimento jurisdicional final.

Diante disso, é incontestável a validade das medidas cautelares, cabendo reconhecer, ao mesmo tempo, que elas acabam afetando ou a liberdade ou os bens – ou às vezes a disponibilidade deles – do ser humano. Disso decorre a imperiosa necessidade de se observar o devido processo legal, onde sempre devem resultar cristalinamente demonstrados os seus dois pressupostos que são, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Martins leciona que:

O *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito, está diretamente relacionado com a demonstração da ocorrência do fato em tese infracional, como a indicação da autoria em quaisquer de seus graus: autoria direta, indireta, participação. O *periculum in mora*, de outra parte, caracteriza-se pelo perigo que possa existir para o alcance do resultado final, caso não venha a ser concretizada, sendo também denominado no âmbito processual penal de *periculum libertatis*, descrito como sendo ‘o perigo, o risco de que, com a demora no julgamento, possa o acusado, solto, impedir a correta solução da causa ou a aplicação da sanção punitiva’. (MARTINS, 2004, p. 99, grifo do autor).

O *periculum in mora* ou *periculum libertatis*, igualmente deve considerar o risco de que o agente em liberdade possa se envolver em novas práticas delitivas, sendo lícito, também, por este aspecto, cogitar-se da aplicação da providência.

O *fumus boni iuris* ou a *fumaça do bom direito* se apresenta nas prisões cautelares de certo modo uniforme, quando se vê que a exigência está direcionada à demonstração da existência de fato em tese delituoso, e ao possível envolvimento do agente.

Lima (2013) ensina que, enquanto a prisão penal (*carcer ad poenam*) objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, a prisão cautelar (*carcer ad custodiam*) se destina única e exclusivamente a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Como toda medida cautelar, tem por objetivo imediato a proteção dos meios ou dos

resultados do processo, servindo de instrumento do instrumento, de modo a assegurar o bom êxito tanto do processo de conhecimento quanto do processo de execução. Logo, a prisão cautelar não pode – e não deve – ser utilizada pelo Poder Judiciário como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito. Isso significa que a prisão cautelar não pode ser utilizada com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da presunção de inocência.

Em um Estado que consagra o princípio da presunção da não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Todavia, entre o momento da prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há sempre o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado (LIMA, 2013). Daí a necessidade de adoção de providências urgentes, através das quais se tenta evitar que a decisão da causa, ao ser proferida, não mais satisfaça o direito da parte, atingindo-se, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa.

Rangel (2010) nos ensina que não se pode confundir prisão cautelar com política pública séria de combate a violência, ou seja, nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam o Brasil. Segundo o autor, se há roubo, homicídios, estupros, etc., ocorrendo nas cidades, deve o Estado adotar as medidas necessárias para conter essa onda de violência e não culpar o Judiciário que não lançou mão de uma medida cautelar para contê-la, ressaltando o autor, ainda, que:

Uma coisa é a certeza de que nas ruas não há polícia, outra, bem diferente, é, em decorrência disso, haver necessidade de, no curso do processo, o réu ser preso. Não é a prisão cautelar que vai resolver o problema da violência nas ruas, mas sim a adoção de políticas públicas sérias de combate à violência pelo Executivo. O Judiciário não pode substituir a ação do Executivo. Polícia nas ruas, garantindo nossa segurança, é problema do Executivo. Prisão cautelar, para assegurar o curso do processo penal justo, é medida a ser adotada pelo Judiciário. (RANGEL, 2010, p. 733).

De fato, essa observação é muito necessária e pertinente, pois nos dias atuais, em razão da onda de violência existente na sociedade, constantemente se vê a opinião pública culpando o Judiciário pela falta de segurança nas ruas, sem saber, no entanto, que o papel do

Judiciário é a aplicação da lei penal e não o de garantir a segurança da sociedade, papel este do Poder Executivo.

De outro lado e talvez em razão de forte pressão popular e também do elevado índice de criminalidade no País, no dia a dia forense, também se vê uma massificação das prisões cautelares, que, como bem ressaltam Lopes Júnior e Badaró:

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica de urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que concebido para ser excepcional torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quadro esse agravado pela duração excessiva. (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2006, p. 55).

Nesse sentido, importante citar quais os pressupostos que um Magistrado deve observar para a decretação da prisão de natureza cautelar. A Lei n. 12.403/11 trouxe modificações ao processo penal brasileiro e, segundo a nova redação conferida ao artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva será determinada somente quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar (artigo 319, do Código de Processo Penal). Essa é a redação do artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal:

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

[...]

§6.º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (BRASIL, 1941, n. p.).

E o artigo 319, do Código de Processo Penal disciplina que as medidas cautelares diversas da prisão são:

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 – a proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou 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 acusado dela permanecer distante;

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 acusado tenha residência e trabalhos 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-imputáveis (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. (BRASIL, 1941, n. p.).

Nesse ponto, vale destacar que a legislação brasileira se alinha aos modelos português e italiano, estes que prevêm medidas cautelares diversas da prisão, reservando a esta última um papel, não só secundário, mas condicionado à indispensabilidade da medida, em dupla perspectiva, a saber: a) a proporcionalidade e adequação, a serem aferidas segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do fato (meios de execução), e, ainda, as condições pessoais do agente; e b) a necessidade, a ser buscada em relação ao grau de risco à instrumentalidade (conveniência da investigação ou da instrução) do processo ou à garantia da ordem pública e/ou econômica, a partir de fatos e circunstâncias concretas que possam justificar a segregação provisória (PACELLI; FISCHER, 2012).

Vê-se, assim, que a prisão cautelar é medida de exceção no ordenamento jurídico brasileiro, só devendo ser aplicada quando, efetivamente, se fizerem presentes os requisitos constitucionais e infraconstitucionais que a autorizam. Daí reconhecer-se a importância do poder discricionário do juiz, aplicável a cada caso e, principalmente, quando vier ele a se defrontar com questão na qual não se possa subsumir claramente a norma jurídica aplicável, sendo dado decidir em um ou outro sentido (MARTINS, 2004).

De acordo com a doutrina majoritária, a prisão cautelar apresenta-se sob três modalidades que são: a) prisão em flagrante; b) prisão preventiva; c) prisão temporária. Dada a relevância dos institutos para nosso estudo, passa-se ao exame de cada uma das modalidades de prisão cautelar existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 Prisão em flagrante

A expressão “flagrante” deriva do latim “flagrare” (queimar), e “flagrans”, “flagrantis” (ardente, brilhante, resplandecente), que no léxico, significa acalorado, evidente, notório, visível, manifesto. Em linguagem jurídica, flagrante significa uma característica do delito, ou seja, é a infração que está queimando, que está sendo cometida ou acabou de ser

cometida, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona como mecanismo de autodefesa da própria sociedade (LIMA, 2013).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXI, traz a seguinte previsão: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.” (BRASIL, 1988, n. p.).

A prisão em flagrante é medida cautelar, consubstanciada no ato de prender alguém que está cometendo ou acabou de cometer um delito, com a imediata captura do criminoso sem mandado judicial.

“A prisão em flagrante delito é, assim, a prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da ação penal.” (TOURINHO FILHO, 2007, p. 607).

O Código de Processo Penal estabelece, em seu artigo 302 e incisos que a prisão em flagrante poderá ocorrer sob três modalidades, quais sejam, o flagrante propriamente dito, o flagrante impróprio ou quase flagrante e o flagrante presumido:

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 o autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 1941, n. p.).

A prisão em flagrante tem as seguintes funções: a) evitar a fuga do infrator; b) auxiliar na colheita de elementos informativos: persecuções penais deflagradas a partir de um auto de prisão em flagrante costuma ter mais êxito na colheita de elementos de informação, auxiliando o *dominus litis* na comprovação do fato delituoso em Juízo; c) impedir a consumação do delito, no caso em que a infração está sendo praticada (Código de Processo Penal, artigo 302, inciso I), ou de seu exaurimento, nas demais situações (Código de Processo Penal, artigo 302, incisos II, III e IV); d) preservar a integridade física do preso, diante da comoção que alguns crimes provocam na população, evitando-se, assim, possível linchamento (LIMA, 2013).

A prisão em flagrante exige, para sua configuração, dois elementos imprescindíveis: a atualidade e visibilidade. A atualidade é expressa pela própria situação flagrancial, ou seja, algo que está acontecendo naquele momento ou acabou de acontecer. A visibilidade é a

ocorrência externa ao ato. É a situação de alguém atestar a ocorrência do fato ligando-o ao sujeito que o pratica (RANGEL, 2010).

Conforme já destacado, a regra é a liberdade, a prisão é a exceção. Assim, a prisão somente se justifica com o objetivo de se restabelecer a ordem jurídica violada com o comportamento nocivo do autor do fato. Segundo Rangel “[...] trata-se de um mal necessário, que tem como escopo atender ao interesse público de manutenção da paz e da ordem. Sacrifica-se um bem menor (a liberdade de locomoção) em detrimento de um bem maior (a paz social).” (RANGEL, 2010, p. 740).

O sujeito passivo da prisão é qualquer pessoa que se encontrar em flagrante delito. Porém, deve-se observar que as pessoas que ocupam cargos com prerrogativa de função possuem regras próprias que devem ser respeitadas, a exemplo dos congressistas, conforme previsão do artigo 53, §2º, da Constituição Federal (RANGEL, 2010).

O sujeito ativo é aquele que dá voz de prisão a quem está em estado de flagrância, e pode ser este sujeito obrigatório ou facultativo. O sujeito obrigatório é a autoridade policial que é obrigada a efetuar a prisão em flagrante delito, não tendo discricionariedade sobre a conveniência ou não de efetivá-la. O sujeito facultativo é o particular, pessoa comum do povo ou a própria vítima, agindo no exercício regular do direito, consistindo na faculdade de efetuar a prisão (RANGEL, 2010).

A prisão em flagrante é formalizada por meio do auto de prisão em flagrante que é a peça que deverá conter todos os dados e informações necessárias ao conhecimento do ato violador da norma jurídica violada. A sua lavratura deverá ocorrer no prazo máximo de 24 horas, considerando ser esse o limite para a entrega da nota de culpa ao preso, conforme previsão do artigo 306 do Código de Processo Penal, que tem a seguinte redação: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.” (BRASIL, 1941, n. p.).

O § 1º, do mesmo dispositivo legal, determina que:

Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (BRASIL, 1941, n. p.).

E o § 2º, disciplina que: “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 o das testemunhas.” (BRASIL, 1941, n. p.).

Martins apresenta interessante lição sobre os pressupostos constitucionais que devem ser observados por ocasião da prisão:

Os pressupostos constitucionais estão diretamente ligados à observância pela autoridade a quem competiu a prisão, dos direitos do preso estabelecidos na Carta Política, atinentes ao direito da comunicação imediata à autoridade judiciária e a quem for por ele indiciado, os direitos ao silêncio e à assistência familiar e de advogado, como da informação a respeito da identificação dos responsáveis por sua prisão. [...] Na seqüência, deverá o Juiz observar se as demais formalidades processuais também restaram cumpridas, estando elas caracterizadas pela lavratura do auto, que conterà as declarações do condutor e testemunhas, além do interrogatório do indiciado e a expedição de nota de culpa dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (MARTINS, 2004, p. 75).

Uma vez comunicada a autoridade judiciária acerca da prisão em flagrante, com o recebimento do auto, acompanhado de todas as oitivas colhidas, o magistrado deverá analisar a legalidade da medida constritiva. Essa análise passa pela verificação da regularidade da prisão em flagrante, seja pela presença dos requisitos materiais, seja presença dos requisitos formais, a saber: a) se o auto de prisão em flagrante noticia a prática de infração penal; b) se o agente capturado estava em uma das situações legais que autoriza o flagrante, elencadas no artigo 302, do Código de Processo Penal; c) se foram observadas as formalidades estabelecidas pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal, realizando-se uma análise da formalidade do auto, sem a existência de vícios formais. Acaso verificada a existência de vícios, o magistrado deverá relaxar a prisão.

Lima ensina que:

O relaxamento da prisão em flagrante não impede, entretanto, a decretação da prisão preventiva e/ou temporária, nem tampouco a decretação das medidas cautelares diversas da prisão, desde que presentes seus requisitos legais. Não se pode confundir o juízo de legalidade da prisão em flagrante com o juízo de necessidade das medidas cautelares. O que não se pode admitir, todavia, é o relaxamento da prisão em flagrante, porque ilegal, e a subsequente e automática decretação da prisão preventiva. Esta modalidade de prisão cautelar somente se afigura possível quando presentes o *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e indícios de autoria, e o *periculum libertatis* – garantia da ordem pública, da ordem econômica, da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal -, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão listadas no art. 319, do CPP. (LIMA, 2013, p. 891-892).

Já o artigo 310, do Código de Processo Penal dispõe:

Art. 310. Quando o Juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II, e III, do Código Penal

(atual art. 23, I, II e III), poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo Único. Igual procedimento será adotado quando o Juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses, que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312). (BRASIL, 1941, n. p.).

Verificada a legalidade da prisão em flagrante, o juiz poderá fundamentadamente converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312, do Código de Processo Penal, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, hipótese em que deverá expedir um mandado de prisão (LIMA, 2013).

De outro lado, quando o juiz verificar, por meio do auto de prisão em flagrante, que a segregação do acusado é desnecessária para a garantia da ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal, ou mesmo que não haverá nenhum inconveniente para a instrução criminal permitir-lhe ficar solto, determinará a abertura de vista ao Ministério Público para se pronunciar a respeito e, após, poderá conceder-lhe a liberdade provisória mediante a aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão e com assinatura do termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Assim, verifica-se que o respeito à liberdade individual é profundo, tendo o legislador se conscientizado de que a prisão cautelar é medida de exceção no direito brasileiro e, por conta disso, deve ser reservada somente às hipóteses estritamente necessárias.

Nesse ponto, revela-se importante fazer uma breve digressão sobre a necessidade da realização da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se passa a analisar.

2.2.1 Da audiência de custódia

A previsão expressa de uma audiência de custódia não encontra previsão no Código de Processo Penal brasileiro. No entanto, a audiência de custódia faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, por força do disposto no item 5, do artigo 7º, do Pacto de São José da Costa Rica, que determina, em sua primeira parte, que “[...] toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz.” (CIDH, 1969, n. p.).

Segundo Andrade e Alflen, os objetivos da audiência de custódia consistem em:

a) averiguar a ocorrência de algum tipo de violência porventura praticada contra a pessoa apresentada, em particular, tortura ou maus-tratos, desde a

efetivação de sua prisão cautelar por parte das autoridades públicas encarregadas do ato, até o momento de sua apresentação em audiência de custódia; b) identificar corretamente a pessoa apresentada, sobretudo, a fim de confirmar se ela é realmente a pessoa contra quem foi expedida a ordem de prisão; c) ouvir a pessoa apresentada acerca das circunstâncias em que se realizou sua prisão pelas autoridades públicas (cientificando-a, em todo caso, acerca da possibilidade do uso do direito constitucional ao silêncio); d) verificar a legalidade do ato de prisão, bem como se não se encontra extinta a punibilidade. (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 21).

Conforme consta do site do Conselho Nacional de Justiça brasileiro, em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, lançou o projeto Audiência de Custódia, que consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado – preso em flagrante delito – seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso.

Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

O projeto prevê também a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, que serão responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório.

A implementação das audiências de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como *Pacto de San Jose da Costa Rica*. Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça brasileiro, por meio da Resolução 213, regulamentou a matéria e determinou que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato seja obrigatoriamente apresentada à autoridade judicial competente no prazo de até 24 horas.

2.3 Prisão preventiva

O direito constitucional de liberdade, dentro de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, exige que se aguarde o desenrolar normal do processo a fim de que, havendo condenação do acusado, possa ser cerceado (RANGEL, 2010).

Rangel, ao discorrer sobre o tema, transcreve uma pergunta feita pelo jurista Zavaleta (1954): “Como se explica então que a justiça, por meio de uma prisão preventiva, aprisione um inocente antes de declará-lo culpado em uma sentença definitiva? Não parece ilegítimo semelhante proceder? E se não é, a que título se faz?” (RANGEL, 2010, p. 768).

O próprio Zavaleta (1954) responde a própria indagação: “É a necessidade, portanto, o que justifica o direito da sociedade de impor a prisão preventiva ao indivíduo a quem se atribui o cometimento de um fato delituoso.” (RANGEL, 2010, p. 768).

Assim, vê-se, que a comprovada *necessidade* é o que fundamenta a prisão preventiva. Aliás, conforme Rangel (2010) destaca, a comprovada necessidade é o fundamento para qualquer prisão antes de uma condenação, pois, conforme já salientado, a regra é a liberdade e a prisão sempre será uma medida de exceção.

A prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência, sendo a mais utilizada atualmente no processo penal brasileiro. É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, ou seja, durante o inquérito policial e na fase processual (TÁVORA; ALENCAR, 2017). Para os autores:

A preventiva é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF), afinal, o estigma do encarceramento cautelar é por demais deletério à figura do infrator. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 931).

Referido instituto está disciplinado nos artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal que assim disciplinam:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade judicial. (BRASIL, 1941, n. p.).

A prisão preventiva se trata de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal - hipótese essa que pode ser decretada de ofício pelo juiz -, sempre que estiverem presentes os requisitos legais previstos no artigo 313, do Código de Processo Penal e ocorrerem os motivos autorizadores listados no artigo 312, do mesmo Código, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal (LIMA, 2013).

Antes de analisar os pressupostos elencados nos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal, é necessário analisar a presença de indícios cabais quanto a efetiva existência do resultado danoso, ou seja, a *materialidade*, bem como a evidência de sua qualificação como delito, a exigir, portanto, um juízo prévio quanto à sua *tipicidade* (PACELLI; FISCHER, 2012). Os autores argumentam, ainda, que:

Havendo dúvidas quanto à existência de qualquer causa de justificação (excludentes da ilicitude), não se determinará a prisão (art. 314, CPP). Nesse quadro, quando se tratar de prisão em flagrante, caberá a liberdade provisória (restituição da liberdade), com a exigência de comparecimento a todos os atos do processo (art. 310, parágrafo único, CPP). (PACELLI; FISCHER, 2012, p. 620).

E somente isso não basta. Ainda há necessidade de se averiguar a existência de indícios suficientes da autoria, conforme disciplina o artigo 312, do Código de Processo Penal (PACELLI; FISCHER, 2012).

Além da necessidade da presença da materialidade e de indícios suficientes da autoria, os pressupostos para a decretação da prisão preventiva estão elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, a saber:

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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019). (BRASIL, 2019, n. p.).

A *garantia da ordem pública* vem a ser o pressuposto que apresenta maiores discussões na doutrina e jurisprudência. Para Távora e Alencar (2017), “[...] a decretação da preventiva com base neste fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal.” A ordem criminal, para os autores:

É a expressão de tranquilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 932).

Rangel leciona que:

Por ordem pública deve-se entender a paz e a tranquilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita

harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. (RANGEL, 2010, p. 771).

Tourinho Filho, ao discorrer sobre os pressupostos para a decretação da prisão preventiva afirma:

A ordem pública, enfim, é a paz, a tranquilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia de crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública. (TOURINHO FILHO, 2003, p. 509).

Deve-se destacar que o Supremo Tribunal Federal há muito já decidiu que não constituem fundamentos idôneos, por si sós, à prisão preventiva: a) o chamado clamor público provocado pelo fato atribuído ao réu, mormente quando confundido, como é frequente, com a sua repercussão nos veículos de comunicação de massa; b) a consideração de que, interrogado, o acusado haja demonstrado interesse em colaborar com a Justiça; ao indiciado não cabe o ônus de cooperar de qualquer modo com a apuração dos fatos que o possam incriminar – que é todo dos organismos estatais da repressão penal; c) a afirmação de ser o acusado capaz de interferir nas provas e influir em testemunhas, quando despida de qualquer base empírica; d) o subtrair-se o acusado, escondendo-se, ao cumprimento de decreto anterior ilegal de prisão processual (LIMA, 2013).

Nessa linha de raciocínio, em julgados recentes, o Supremo Tribunal Federal assentou a necessidade das seguintes circunstâncias principais quanto ao requisito da *garantia da ordem pública*: a) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; b) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; c) associada aos dois elementos anteriores, para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da ação tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal e desde que diretamente relacionadas com a adoção tempestiva de medidas adequadas e eficazes associadas à base empírica concreta que tenha ensejado a custódia cautelar (LIMA, 2013).

Nesse sentido, citam-se os seguintes julgados:

A privação cautelar da liberdade individual - por revestir-se de caráter excepcional - somente deve ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face do sistema

jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciam, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. Precedentes. [...]” (BRASIL. 2016. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 74.666, Rio Grande do Sul, Relator Ministro Celso de Mello).

...

Na linha da jurisprudência deste Tribunal, porém, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP. De fato, a tarefa de interpretação constitucional para a análise de excepcional situação jurídica de constrição da liberdade dos cidadãos exige que a alusão a esses aspectos estejam lastreados em elementos concretos. [...] Com relação ao tema da garantia da ordem pública, faço menção à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC nº 88.537/BA e recentemente sistematizado nos HC's 89.090/GO e 89.525/GO acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Nesses julgados, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes circunstâncias principais: i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e iii) associada aos dois elementos anteriores, para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal. A jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que a liberdade de um indivíduo suspeito da prática de crime somente pode sofrer restrições se houver decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas, ou na gravidade do crime” (BRASIL, 2011, n. p.) Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 102.098, São Paulo, Relator Ministro Gilmar Mendes).

Em relação ao pressuposto da *garantia da ordem econômica*, Rangel afirma que o legislador:

[...] quis permitir a prisão do autor do fato-crime que perturbasse o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados, a eliminação de concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. (RANGEL, 2010, p. 772).

Ou seja, o conceito de garantia da ordem econômica se assemelha ao de garantia da ordem pública, porém, relacionado a crimes contra a ordem econômica, objetivando-se preservar lesões em bloco na sociedade, notadamente no mundo globalizado contemporâneo.

A *conveniência da instrução criminal* objetiva tutelar a livre produção probatória, impedindo que o agente destrua provas, ameace testemunhas, ou comprometa de qualquer maneira a busca da verdade (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Significa que a prisão preventiva decretada com base na conveniência da instrução criminal visa a impedir que o agente atrapalhe ou impeça a produção de provas. Importante destacar que, embora o legislador tenha utilizado a expressão *conveniência da instrução criminal*, a medida cautelar não pode ser decretada com base em *mera conveniência*, pois sua decretação está condicionada a necessidade ou indispensabilidade da medida a fim de possibilitar o bom andamento da instrução criminal (LIMA, 2013).

O último pressuposto visa *assegurar a aplicação da lei penal*, significando que a prisão preventiva se torna indispensável para aquele que tenta obstar a aplicação da lei penal. Para Rangel:

A prisão preventiva deverá ser decretada quando houver provas seguras de que o acusado, em liberdade, irá se desfazer (ou está se desfazendo) de seus bens de raiz, ou seja, tentando livrar-se de seu patrimônio com escopo de evitar o ressarcimento dos prejuízos causados pela prática do crime. Ou ainda, se há comprovação de que se encontra em lugar incerto e não sabido com a intenção de se subtrair à aplicação da lei, pois, uma vez em fuga, não se submeterá ao imperito da Justiça. (RANGEL, 2010, p. 772).

Após analisar os pressupostos para a decretação da prisão preventiva, verifica-se que tal custódia serve como instrumento posto à disposição do Estado-Juiz, a fim de que ele, no exercício da atividade jurisdicional e sendo competente para o conhecimento e eventual julgamento do fato em tese delituoso, utilizando-se da prerrogativa de discricionariedade que lhe é conferida, possa vir a determinar o encarceramento do agente.

O artigo 311 do Código de Processo Penal determina que a prisão preventiva pode ser decretada a qualquer momento, e até mesmo antes do oferecimento da denúncia, marco inicial da fase processual da persecução penal. Sua manutenção fica condicionada a existência concreta dos requisitos autorizadores da custódia. Deixando de existir quaisquer destes pressupostos a prisão deve ser revogada, conforme dispõe o artigo 316 do Código de Processo Penal.

2.4 Prisão temporária

A prisão temporária é também espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária por um determinado tempo e sempre no início das investigações do inquérito policial, razão pela qual além de ser uma prisão cautelar, também é uma prisão provisória, com termo certo para o seu fim.

Referido instituto foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Medida Provisória n.º 111/98, depois substituída pela Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, seguindo uma tendência político-criminal conhecida como “lei e ordem”, de endurecimento de tratamento processual criminal e aumento de pena de diversas figuras delituosas.

A prisão temporária consiste: “Na medida acauteladora, de restringir a liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial.” (MIRABETE, 2001, p. 78).

Segundo os ensinamentos de Rangel:

A prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar, exigindo, para a sua configuração, os requisitos de toda e qualquer medida cautelar, quais sejam: o *fumus boni iuris* (*fumus comissi delicti*) e o *periculum in mora* (*periculum libertatis*). Assim, deve-se investigar a presença destes requisitos para a caracterização, ainda que tênue, da medida cautelar. Os requisitos não são idênticos aos da prisão preventiva, porém existem e devem estar presentes para que a medida seja decretada. (RANGEL, 2010, p. 797).

O artigo 1º da Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989 estabelece que a prisão temporária é cabível nos seguintes casos:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986). (BRASIL, 1989, n. p.).

Vê-se que o artigo 1º, da referida Lei estabeleceu as hipóteses de cabimento da prisão temporária, mencionando a imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial, a perspectiva de decretação não tendo o indiciado residência fixa, ou não fornecendo elementos que permitam esclarecer a sua identidade e, quando houver elementos obtidos por prova lícita, de que tenha sido o autor ou participe de crimes.

Já o artigo 2º, da referida Lei, determina:

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

§ 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

§ 5º A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial.

§ 6º Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

§ 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva. (BRASIL, 1989, n. p.).

Pacelli e Fischer lecionam que a prisão temporária é cabível nas seguintes situações:

[...] a prisão temporária somente é cabível para os crimes ali descritos (III); para a sua decretação, faz necessária a presença dos requisitos arrolados nos incisos I e III do art. 1º, incluindo-se a hipótese do inciso II como já abarcada pelo inciso I;

a prisão temporária somente pode ser decretada no curso da investigação; jamais do processo;

não cabe a decretação, de ofício, da temporária. Como ela se presta a tutelar a investigação, devem os órgãos da persecução penal (Polícia e Ministério Público) provocar a jurisdição nesse sentido;

o prazo da prisão temporária não é computado no prazo máximo de prisão antes do encerramento da instrução criminal. (PACELLI; FISCHER, 2012, p. 633).

Recebida a representação ou o requerimento da prisão temporária, o juiz terá o prazo de 24 horas para decidir sobre a concessão ou não da prisão, em decisão fundamentada, sob pena de nulidade. Trata-se de garantia de tutela judicial efetiva em conformidade com o mandamento constitucional do princípio da necessidade da fundamentação das decisões judiciais.

O prazo da prisão temporária, originariamente previsto na lei especial, era de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco. Entretanto, posteriormente com a edição da Lei dos Crimes Hediondos, o prazo foi ampliado para os crimes hediondos e equiparados, para trinta dias, possibilitando a prorrogação, desde que comprove a extrema necessidade (artigo 2º, § 3º, da Lei n. 8.072/90).

Esgotados tais prazos, o custodiado deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se for decretada a sua prisão preventiva. Do contrário, ensejaria ilícito penal, acrescentando a alínea “i”, ao artigo 4º, da Lei n.º 4.898 de 09 de dezembro de 1965, a Lei n.º 7.960 de 21 de dezembro de 1989, que prevê como crime de abuso de autoridade prolongar a execução da prisão temporária de pena ou medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediata a ordem de liberdade.

Por fim, deve-se registrar que atualmente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em atenção ao disposto no artigo 62, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001, que cuida da edição de medidas provisórias, veda expressamente que nesta espécie legislativa sejam veiculadas matérias que digam respeito a direito penal e processual, não podendo a Presidência da República inovar nestas matérias via medida provisória.

3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

3.1 Noções gerais sobre a origem da prisão

De início, antes de adentrar ao tema sistema penitenciário brasileiro, mostra-se relevante fazer uma breve análise sobre a origem da prisão no mundo e, após, no Brasil.

Segundo os ensinamentos de Ribeiro, nem sempre a prisão foi a regra no que se refere às modalidades de repressão das condutas reprovadas pela sociedade. Para o autor:

De início, após a substituição da vingança privada pela atuação de uma instância independente das partes envolvidas no conflito, a mais grave forma de castiga era a *perda da paz*, a expulsão do clã, com a conseqüente impossibilidade de sobrevivência diante da hostilidade da natureza e da dificuldade da obtenção de alimento. Mais tarde, essa exclusão da comunidade foi substituída pela morte, pela mutilação, pelo banimento temporário ou pelo perdimento dos bens. (RIBEIRO, 2006, p. 54).

A prisão, inicialmente, não era usada como expressão autônoma de sanção, mas apenas para garantia da execução das multas, do banimento e das penas corporais, e como meio de obtenção de prova, através da tortura. Ribeiro discorre que “Mesmo na Grécia e Roma apenas conheceram, de modo geral, a prisão como meio de custódia ou de retenção para pagamentos de dívidas.” (RIBEIRO, 2006, p. 54).

O mesmo autor ainda ensina que os tormentos físicos aplicados aos condenados, e que constituíam a principal forma de castigo durante toda a Idade Média, eram objeto de atração do interesse do povo, que era estimulado para acompanhar todos os passos do sacrifício, como forma de desencorajamento de condutas reprováveis, alimentando um verdadeiro direito penal do terror (RIBEIRO, 2006). Não bastava apenas informar às pessoas sobre a punição, era preciso que estas pessoas presenciassem o castigo como garantia de que o castigo era corretamente aplicado.

A prisão como pena autônoma era desconhecida. O cárcere servia apenas como espaço para preservar o corpo do condenado até a aplicação do castigo e da condenação. No entanto, foi no século XVIII que começaram a surgir fortes críticas quanto a esse comportamento adotado para punição de infratores, qual seja, o castigo corporal. No meio dessas críticas, duas passagens merecem destaques, pois influenciaram a história das prisões: o nascimento do iluminismo e as dificuldades econômicas que afetaram a população, o que culminou em mudanças para a pena privativa de liberdade (DEPEN, 2017).

Sobre o tema, Foucault apresenta a seguinte passagem, que também merece destaque:

O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares; nos *chapiers de doléances* e entre os legisladores das assembléias. É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco. O suplício se tornou rapidamente intolerável. Revoltante, visto da perspectiva do povo, onde ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o ‘cruel prazer de punir’. Vergonhoso, considerado da perspectiva da vítima, reduzida ao desespero e da qual ainda se espera que bendiga ‘o céu e seus juízes por quem parece abandonada’. Perigoso, de qualquer modo, pelo apoio que nele encontram, uma contra a outra, a violência do rei e a do povo. Como o poder soberano não visse, nessa emulação de atrocidades, um desafio que ele mesmo lança e que poderá ser aceito um dia: acostumado a ‘ver correr sangue’, o povo aprende rápido que ‘só pode se vingar com sangue.’ (FOUCAULT, 2014, p. 73).

Foucault continua discorrendo que, essa necessidade de um castigo sem suplício é formulada primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada: “[...] no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua ‘humanidade’ [...]” (FOUCAULT, 2014, p. 74).

Nesse cenário, glorificam-se os grandes “reformadores” – Beccaria, Servan, Dupaty ou Lacretelle, Duport, Pastoret, Target, Bergasse; os redatores dos Cahiers e os Constituintes – por terem imposto essa suavidade a um aparato judiciário a teóricos “clássicos que, já no fim do século XVIII, a recusava, e com um rigor argumentado (FOUCAULT, 2014).

Ribeiro (2006) leciona que, na verdade, desde o final do século XVII, notava-se uma diminuição dos crimes violentos, parecendo haver um incremento, juntamente com o desenvolvimento da sociedade capitalista, dos crimes contra a propriedade. Por essa razão, passou-se a enxergar a necessidade de uma nova política de abordagem e controle. Segundo o autor:

O movimento que se iniciava, de abandono dos suplícios corporais, portanto, não era definido por um especial respeito pela humanidade dos condenados, mas pela necessidade de uma nova economia da distribuição e do exercício do castigo. “Deslocar o objetivo e mudar sua escala. Definir novas táticas para atingir um alvo que agora é mais tênue mas também mais largamente difuso no corpo social. Colocar novos princípios para regularizar, afinar, universalizar a arte de castigar. Homogeneizar seu exercício. Diminuir seu custo econômico e político aumentando sua eficácia e multiplicando seus circuitos. Em resumo, constituir uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir: tais são sem dúvida as razões de ser essenciais da reforma penal no século XVIII. (RIBEIRO, 2006, p. 54-55).

Na primeira metade do século XVII, a Holanda instituiu a casa de trabalho, criada no período das origens do capitalismo, e a sua forma de segregação punitiva respondia mais a

uma exigência relacionada ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista que à genialidade individual de algum reformador.

Com a nova conjuntura socioeconômica vivida no século XVIII, nasce a nova concepção de prisão como a prisão pena, abandonando o antigo aspecto cautelar. Segundo Beccaria:

Por conseguinte, só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era preciso para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça, é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. (BECCARIA, 1983, p. 10).

Embora essa reforma penal tenha ocorrido no século XVIII, na Idade Média já havia surgido, ao lado do cárcere eclesiástico, a prisão de estado, com caráter custodial e executório, destinada aos inimigos do poder real ou senhorial (RIBEIRO, 2006): Segundo o autor:

Dessas duas modalidades de prisão medieval, a primeira foi a que maiores influências trouxe para o moderno sistema penal. A prisão eclesiástica era destinada a servir de castigo para os clérigos rebeldes ou para aqueles que cometiam faltas (*detrusio in monasterium*) ou, ainda, para castigar hereges (*murus largus*), tendo sempre sentido de penitência, meditação e oração, a fim de provocar o arrependimento e a emenda. (RIBEIRO, 2006, p. 56).

Também é importante destacar que os anos de 1757 e 1759 foram edificadas, em Turim e em Milão, prisões celulares com seções específicas para mulheres e jovens, o que já demonstrava alguma preocupação com a necessidade de classificação dos internos (DOTTI, 1998).

Vale destacar que, em todas as escolas penais pretéritas, a ideia de punição estava relacionada à intenção de aperfeiçoamento da ordem social, o que se buscava, invariavelmente, por meio do desenvolvimento do trabalho de integração social, ou seja, almejava-se a mudança nos valores e atitudes dos delinquentes de maneira a realinhá-los aos códigos normativos vigentes. É o que se ressalta já no *Panóptico*, de Jeremy Bentham, escrito originalmente em 1787: “[...] a moral reformada; a saúde preservada; a indústria revigorada; a instrução difundida; os encargos públicos aliviados; a economia assentada, como deve ser, sobre uma rocha.” (BENTHAM, 1974, p. 15).

Bentham também colaborou bastante em matéria de pena de prisão, sua teoria da pena estava baseada na procura da felicidade, uma vez que considerava que “[...] o homem

sempre busca o prazer e foge da dor.” (BITENCOURT, 2011, p. 52). Foi ele o idealizador do Panótipo, pioneiro no quesito estrutura prisional (BITENCOURT, 2011).

Como leciona Foucault:

O *Panóptico* de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. 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 um 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 de 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. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo do panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suam, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e se suprimem as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha. (FOUCAULT, 2014, p. 194).

Ainda, discorre o autor que “[...] o Panóptico pode ser utilizado como máquina de fazer experiências, modificar o comportamento, treinar ou retreinar os indivíduos. Experimentar remédios e verificar seus efeitos.” (FOUCAULT, 2014, p. 197).

O efeito mais importante do Panóptico é induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático de poder (FOUCAULT, 2014).

Em 1787 foi fundada, por iniciativa de grupos religiosos cristãos *quackers*, a *Philadelphia Society for the Alleviating the Miseries of Public Prisons*, suma sociedade beneficente com o objetivo de atenuar as misérias dos presídios. E no ano de 1790, a Assembléia da Pensilvânia autorizou a construção de uma prisão celular, protótipo do regime que mais tarde seria chamado de *pensilvânico*, também adotado no presídio de Pittsburg, em 1827. Ainda na mesma época, o Estado de Nova Iorque fez erigir o estabelecimento de Auburn, onde os detentos eram confinados em celas durante a noite e trabalhavam durante o dia, em regime de silêncio (RIBEIRO, 2006).

Posteriormente, surgiu o chamado sistema progressivo, que acabava por substituir os modelos pensilvânico e auburniano e visava distribuir o tempo de duração da pena privativa de liberdade em período, com ampliação gradativa dos privilégios conferidos aos presos, de acordo com sua conduta e submissão ao tratamento reformado, possibilitando-lhes, ainda, em

certo momento, o retorno à sociedade livre antes do término da condenação (RIBEIRO, 2006). Esse modelo em relação aos sistemas anteriores representou um grande avanço e, posteriormente foi aprimorado, na segunda metade do século XIX, por Walter Crifton, diretor das prisões na Irlanda, a ponto de vir a ser conhecido como Sistema Progressivo Irlandês.

Esse sistema era dividido em fases. Na primeira fase que era o início do cumprimento da pena de privação da liberdade, o condenado era submetido a período de isolamento celular diuturno, com alimentação reduzida, a fim de favorecer uma atitude de remorso e arrependimento, o que coincidia com o ideal da prisão pensilvânica. Na segunda fase, o condenado passava para a reclusão celular noturna e trabalho diurno em comum, sendo possível, de acordo com a acumulação de pontos e marcas, a aquisição gradual de privilégios e recompensas, até ascender automaticamente, uma vez atingida certa pontuação, para a fase seguinte. Este terceiro período do sistema progressivo, intermediário entre a prisão fechada e a liberdade condicional, era executado em presídios especiais, onde os custodiados se dedicavam, sobretudo, ao cultivo e à indústria, podendo mesmo escolher a atividade laboral que melhor lhes aprouvesse, além de contarem com outros privilégios, tais como certa remuneração por seu trabalho, abandono do uniforme dos presos, não mais serem submetidos a castigos físicos e poder comunicar-se com o mundo externo. Como última fase, o condenado recebia a liberdade controlada mediante certas restrições, até que, com o passar do tempo e com o cumprimento das obrigações impostas, alcançasse a liberdade definitiva (RIBEIRO, 2006).

Em que pese diversos países terem adotado o regime progressivo, tal regime também não permaneceu imune a críticas, em especial no sentido de que não se mostram adequadas as mudanças automáticas promovidas no interno. Nesse contexto é que houve a transformação das prisões e dos sistemas de punição para o que se tem na atualidade. A partir dessa nova concepção, a punição passou a constituir-se em um método e uma disciplina. Eliminou-se da prisão o seu caráter de humilhação moral e física do sujeito. A lei penal passou a se propor a uma função de prevenção do delito e da readaptação do criminoso. O objetivo da prisão é privar o indivíduo da liberdade para que ele possa aprender através do isolamento, retirá-lo da família e de outras relações socialmente significativas para levá-lo a refletir sobre seu ato criminoso, tornando então o reflexo mais direto de sua punição (DEPEN, 2018).

3.2 Históricos de prisão no Brasil

O período do Brasil Colônia teve início em 1500 com o seu descobrimento e sua exploração pela nação portuguesa. Assim, por muito tempo, o direito português vigorou no Brasil. Diante da necessidade de centralizar a administração da colônia, tentou-se dar força às Ordenações para serem utilizadas como as principais legislações válidas, no entanto, tiveram pouca aplicabilidade.

A primeira Ordenação a vigorar no Brasil colônia foram as Afonsinas, que duraram de 1447 até 1521. No entanto, conforme já salientado, não apresentaram qualquer influência na nova colônia. Posteriormente, passou a vigorar as Ordenações Manuelinas, em 1521.

Após a revisão das Ordenações anteriores, em 1603 surgiram as Ordenações Filipinas:

[...] as Ordenações Filipinas constituíram o eixo da programação criminalizante de nossa etapa colonial tardia, sem embargo da subsistência paralela do direito penal doméstico que o escravismo necessariamente implica. A vigência das Filipinas, em matéria penal, avançou mesmo alguns anos sobre o próprio estado nacional brasileiro, até a promulgação do código criminal de 1830, com os limites e alteração decorrentes da nova ordem constitucional e de algumas leis penais editadas naquele período [...] (ZAFFARONI, 2006, p. 417- 418).

As Ordenações Filipinas foram as mais importantes para o Brasil e perduraram por um longo período. Entretanto, apresentavam penas severas e desproporcionais, inclusive, a pena de morte, desigualdade de tratamento penal conforme o sexo e a posição social.

Durante o período colonial, as prisões e os cárceres apresentavam sérios problemas de organização, segurança e higiene. As cadeias não representavam importância dentro dos esquemas punitivos implementados pelas autoridades coloniais e, na grande maioria dos casos, resumiam-se a espaços destinados para detenção para suspeitos que estavam sendo julgados ou para delinquentes já condenados que aguardavam a execução da sentença. A maioria das cadeias se localizava em edifícios fétidos e inseguros e não contava sequer com o registro dos detentos bem como da categoria dos delitos e das sentenças. Logo, o encarceramento de delinquentes durante o período colonial foi uma prática social regulada simplesmente armazenar detentos, sem que se tenha implementado um regime punitivo institucional que buscasse a reforma dos delinquentes (AGUIRRE, 2009).

No período colonial foram edificadas algumas prisões, a exemplo da Cadeia Velha no Rio de Janeiro, edificada em 1672 e a prisão de Aljube, construída no período de 1735 e

1740 (ROIG, 2005). Não obstante, o sistema penal que vigorava no Brasil colônia era marcado por punições corporais, públicas de senhores sobre seus escravos e pela subsistência da pena de morte na forca, galés, desterro, degredo e imposição de trabalhos públicos forçados. As prisões, como em grande parte do mundo, serviam apenas para a custódia dos presos até a aplicação da pena.

Em 1824 foi outorgada a primeira Constituição brasileira, com a previsão de garantias e direitos individuais inspirados no movimento iluminista. Nessa época, o Brasil começa a reformar seu sistema punitivo, banindo as penas de açoite, tortura, ferro quente e outras penas cruéis. Também havia a determinação de que as cadeias deveriam ser “seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme as circunstâncias e naturezas dos seus crimes. Nesse ponto, vale destacar que a abolição das penas cruéis não foi plena, pois os escravos continuavam submissos a elas.

Em 1830 foi sancionado o Código Criminal do Império que apresentou algumas contradições, pois, ao mesmo tempo que trazia as ideias de base iluminista, previa a escravidão (ZAFFARONI, 2003). O Código Imperial introduziu a pena de prisão em duas formas: a prisão simples e a prisão com trabalho (que podia ser perpétua).

Nesta época as penitenciárias do Brasil ainda eram precárias e sofriam de variados problemas, a exemplo de assistência médica precária, alimentação ruim e pouca, mistura dos presos condenados e provisórios, falta de água, acumulação de lixo. Nos anos que se seguiram, vários debates aconteciam sobre a inclusão no Brasil dos sistemas penitenciários estrangeiros, em especial do Sistema da Filadélfia e do Sistema de Auburn.

Em 1850 e 1854 foram inauguradas as Casas de Correção do Rio de Janeiro e de São Paulo. Tais cadeias apresentavam uma grande diferença em relação às demais cadeias do país, porém, não foram suficientes para provocar grandes mudanças nas outras prisões que mantinham o padrão violento e com ambientes impróprios para uma cadeia.

A partir de 1870 começaram as críticas à Casa de Correção de São Paulo e principalmente ao sistema de Auburn que era adotado e, após a proclamação da República em 1889, o governo tinha pressa na elaboração de um novo Código Criminal, criando-se o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil no ano de 1890, prevalecendo o sistema irlandês que conciliava o sistema de Auburn e o sistema da Filadélfia (TAKADA, 2010).

Foi a Constituição Republicana de 1891 que extinguiu as penas de galés e banimento e limitou a pena de morte, que somente poderia ser aplicada em tempo de guerra e apresentou, também, em sua redação, a função ressocializadora da pena de prisão.

Em 1942 foi promulgado o Código Penal, adotando-se o sistema progressivo como o sistema mais adequado para alcançar o objetivo primordial de estimular a regeneração do condenado. Segundo Silva:

A primeira fase compreende um breve período de isolamento celular contínuo, diurno e noturno, com o fim de acentuar, pela situação mais aflitiva desse período, o caráter mais severo da pena de reclusão. O Código limitou o isolamento, nesse período, ao máximo de três meses. Na segunda fase o preso passaria a conviver com os outros presos, no entanto, continuaria em isolamento noturno. O preso deveria trabalhar, dentro dos presídios ou fora, em obras ou serviços públicos como forma de exercício de um direito, mas, também como dever imposto pela pena visto que tratava-se de medida necessária de segurança e moralidade. A terceira fase é o livramento condicional que antecede a liberdade definitiva. (SILVA, 1998, p. 40).

Embora tenha sido promulgado em época que vigia o Regime Militar no Brasil, é o Código Penal que permanece em vigor no Brasil, com várias alterações, no entanto.

Dentre as várias alterações, deve-se fazer menção à Lei n. 7.209, de 11 de junho de 1984 que introduziu significativas alterações na parte geral do Código Penal e na pena de prisão, extinguindo-se a medida de segurança para os inimputáveis, fixando-se o limite de 30 anos para o máximo de prisão e considerou penas privativas de liberdade a reclusão e a detenção.

Em 1984 foi promulgada a Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984, chamada de Lei de Execução Penal que regulamenta a disciplina carcerária. Para Roig:

A Lei de Execução Penal é um meio de controle das condutas carcerárias, com o suposto objetivo de proporcionar a “reintegração” social do condenado, resguardando um acervo de direitos sem aplicabilidade, desse modo delegou aos órgãos da execução penal julgar o comportamento dos presidiários, para tanto dispôs de uma série de procedimentos, tendo em vista a organização nos presídios. (ROIG, 2005, p. 138).

Franco (2008), ao fazer a apresentação da obra Manual de Direito Penal Brasileiro dos autores Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2008), discorre que a Constituição Federal de 1988 prevê o modelo garantístico e o princípio da intervenção mínima, que são, sem dúvida, dados caracterizadores do Estado Democrático de Direito. No entanto, segundo o autor, não foram acolhidos em sua inteireza, admitindo nocivas interferências.

3.3 Características do sistema prisional brasileiro

No Brasil, o responsável pela formulação da política carcerária é o Ministério da Justiça, este que, por meio do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária é o gestor da política carcerária. Trata-se de um órgão superior de um sistema integrado pelo Departamento Penitenciário Nacional, apoiado pelo Fundo Penitenciário e, nos Estados, pelos respectivos conselhos e órgãos executivos.

Os grandes problemas que afetam o sistema carcerário brasileiro remontam de longa data, pois, de acordo com o que já foi aqui analisado, verifica-se que a situação de precariedade das prisões é um problema antigo e, infelizmente, com pouca aplicação de alternativas, ideias ou propostas para solução desse grave e grande problema.

No Brasil vigora a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210, de 11 de junho de 1984) que, em seu artigo 1º disciplina que: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social e do internado.” (BRASIL, 1984, n. p.). De acordo com os ensinamentos de Assis:

A lei de execução penal brasileira é tida como sendo de vanguarda, e seu espírito filosófico se baseia na efetivação da execução penal como sendo forma de preservação dos bens jurídicos e de reincorporação do homem que praticou um delito à comunidade. A execução penal é definitivamente erigida à categoria de ciência jurídica e o princípio da legalidade domina o espírito do projeto como forma de impedir que o excesso ou o desvio da execução penal venha a comprometer a dignidade ou a humanidade na aplicação da pena. (ASSIS, 2007, p. 4).

No entanto, em que pese a Lei de Execução Penal ser moderna e avançada e também de estar de acordo com a filosofia ressocializadora da pena privativa de liberdade, o Brasil ainda passa por sérios problemas para conseguir efetivar o cumprimento e a aplicação da referida lei (ASSIS, 2007).

A situação carcerária é uma das questões mais complexas da realidade social brasileira. O Departamento Penitenciário Nacional realiza a compilação dos números de presos em todo o Brasil e apresenta por meio de relatórios. O último relatório elaborado apresenta os dados atualizados até junho de 2016. Segundo consta do referido relatório:

O retrato das prisões apresentado neste Relatório do Infopen desafia o sistema de justiça penal, a política criminal e a política de segurança pública. O equacionamento de seus problemas exige, necessariamente, o envolvimento dos três Poderes da República, em todos os níveis da Federação, além de se relacionar diretamente com o que a sociedade espera do Estado como ator de pacificação social. Diante dessa complexidade, parece acertado descartar qualquer solução que

se apresente uma panacéia, seja no âmbito legislativo, administrativo ou judicial. No entanto, isso não significa que nada possa ser feito. Do contrário, a magnitude do problema exige que os operadores jurídicos, os gestores públicos e os legisladores intensifiquem seus esforços na busca conjunta de soluções e estratégias inteligentes, e não reducionistas, aptas a nos conduzir à construção de horizontes mais alentadores. (INFOPEN, 2017, p. 6).

Do mesmo Relatório do Infopen, extrai-se a seguinte passagem que bem se amolda ao tema da pesquisa realizada, sobretudo no que tange à aplicação de medidas cautelares e de alternativas penais:

Além da necessidade de construção de vagas para o sistema prisional, é preciso analisar a qualidade das prisões efetuadas e também o perfil das pessoas que tem sido encarceradas, para que seja possível problematizar a “porta de entrada” e as práticas de gestão dos serviços penais, desde a baixa aplicação de medidas cautelares e de alternativas penais até a organização das diversas rotinas do cotidiano das unidades prisionais. (INFOPEN, 2017, p. 6).

Nesse sentido, a necessária busca por alternativas penais tão ou mais eficazes que o encarceramento é um desafio de alta complexidade que depende de estreita articulação com os órgãos do sistema de justiça criminal. A exemplo disso, destacam-se os interessantes resultados da implantação das audiências de custódia, objeto de acordo de cooperação entre o Ministério da Justiça, que consistem na garantia da rápida apresentação da pessoa preso a um juiz nos casos de prisão em flagrante delito (INFOPEN, 2017).

Sobre as audiências de custódia, destaca-se do Relatório do Infopen:

Na audiência, são ouvidas as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado da pessoa presa. Além de analisar a legalidade e necessidade da prisão, o juiz pode verificar eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos. Nesse projeto, o Depen viabiliza a estruturação de centrais de alternativas penais e centrais de monitoramento eletrônico, para que o juiz possa decidir por alternativas ao encarceramento provisório. (INFOPEN, 2017, p. 6).

Em relação ao número de presos existentes no sistema carcerário brasileiro, vale destacar que, de acordo com o último relatório oficial apresentado no ano de 2017 pelo Ministério da Justiça que apresenta os dados até junho de 2016, o Brasil contava com uma população prisional 726.712 presos, havendo 689.510 presos em Sistema Penitenciário, 36.765 presos em secretarias de segurança/carceragem de delegacias e 437 presos em sistema penitenciário federal (FIGURA 1).

Figura 1 – População prisional no Brasil

Brasil - Junho de 2016	
População prisional	726.712
Sistema Penitenciário	689.510
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	36.765
Sistema Penitenciário Federal	437
Vagas	368.049
Déficit de vagas	358.663
Taxa de ocupação	197,4%
Taxa de aprisionamento	352,6

Fonte: Infopen (2017).

Em relação ao número de vagas, observou-se um déficit total de 358.663 mil vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país (TABELA 1).

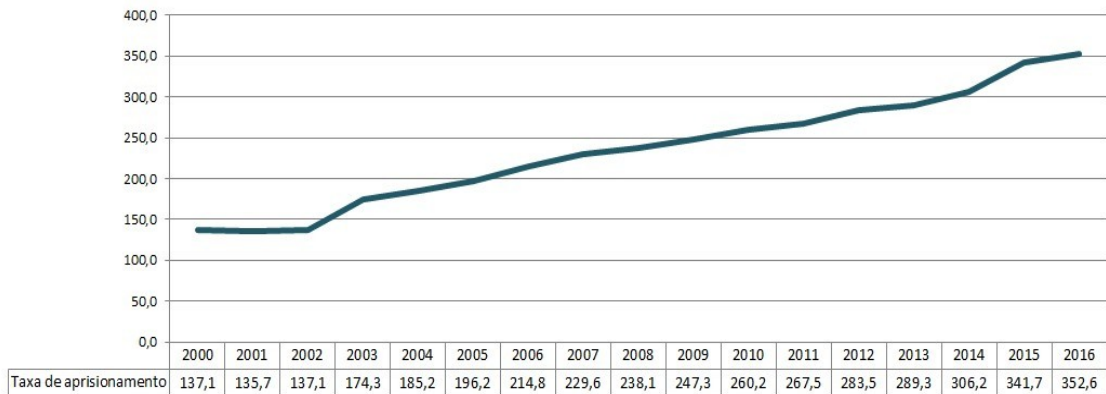
Tabela 1 – Déficit de vagas

UF	População prisional	Taxa de aprisionamento	Vagas no sistema prisional	Taxa de ocupação	Total de presos sem condenação	% de presos sem condenação
AC	5.364	656,8	3.143	170,7%	1.989	37,1%
AL	6.957	207,1	2.845	244,5%	2.588	37,2%
AM	11.390	284,6	2.354	483,9%	7.337	64,4%
AP	2.680	342,6	1.388	193,1%	628	23,4%
BA	15.294	100,1	6.831	223,9%	8.901	58,2%
CE	34.566	385,6	11.179	309,2%	22.741	65,8%
DF	15.194	510,3	7.229	210,2%	3.651	24,0%
ES	19.413	488,5	13.417	144,7%	8.210	42,3%
GO	16.917	252,6	7.150	236,6%	6.828	40,4%
MA	8.835	127,0	5.293	166,9%	5.177	58,6%
MG	68.354	325,5	36.556	187,0%	39.536	57,8%
MS	18.688	696,7	7.731	241,7%	6.058	32,4%
MT	10.362	313,5	6.369	162,7%	5.436	52,5%
PA	14.212	171,8	8.489	167,4%	6.860	48,3%
PB	11.377	284,5	5.241	217,1%	4.798	42,2%
PE	34.556	367,2	11.495	300,6%	17.560	50,8%
PI	4.032	125,6	2.363	170,6%	2.217	55,0%
PR	51.700	459,9	18.365	281,5%	14.699	28,4%
RJ	50.219	301,9	28.443	176,6%	20.141	40,1%
RN	8.809	253,5	4.265	206,5%	2.969	33,7%
RO	10.832	606,1	4.969	218,0%	1.879	17,3%
RR	2.339	454,9	1.198	195,2%	1.033	44,2%
RS	33.868	300,1	21.642	156,5%	12.777	37,7%
SC	21.472	310,7	13.870	154,8%	7.627	35,5%
SE	5.316	234,6	2.251	236,2%	3.461	65,1%
SP	240.061	536,5	131.159	183,0%	75.862	31,6%
TO	3.468	226,2	1.982	175,0%	1.368	39,4%
União	437	-	832	52,5%	119	27,2%
Total	726.712	352,6	368.049	197,4%	292.450	40,2%

Fonte: Infopen (2017).

Entre 2000 a 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157% no Brasil. Em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes. Em junho de 2016, eram 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, conforme demonstrado no Gráfico 1.

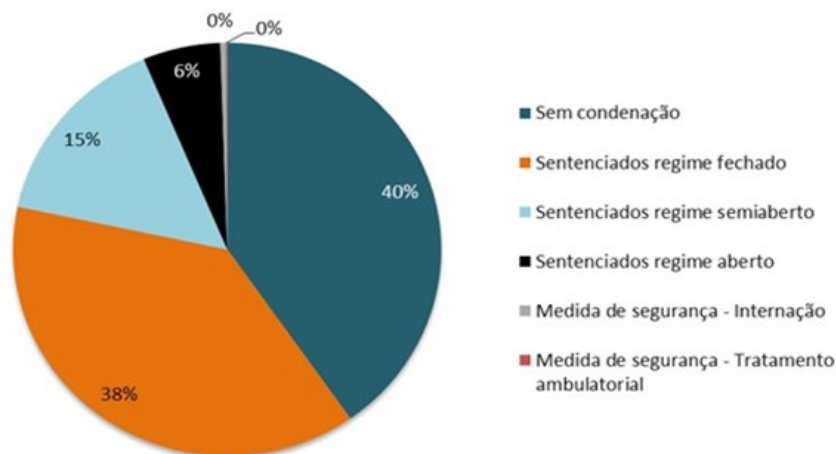
Gráfico 1 – Taxa de aprisionamento (2000-2016)



Fonte: Infopen (2017).

Em relação aos presos por natureza da prisão e tipo de regime, apresenta-se o Gráfico 2.

Gráfico 2 – Presos por natureza da prisão e tipo de regime

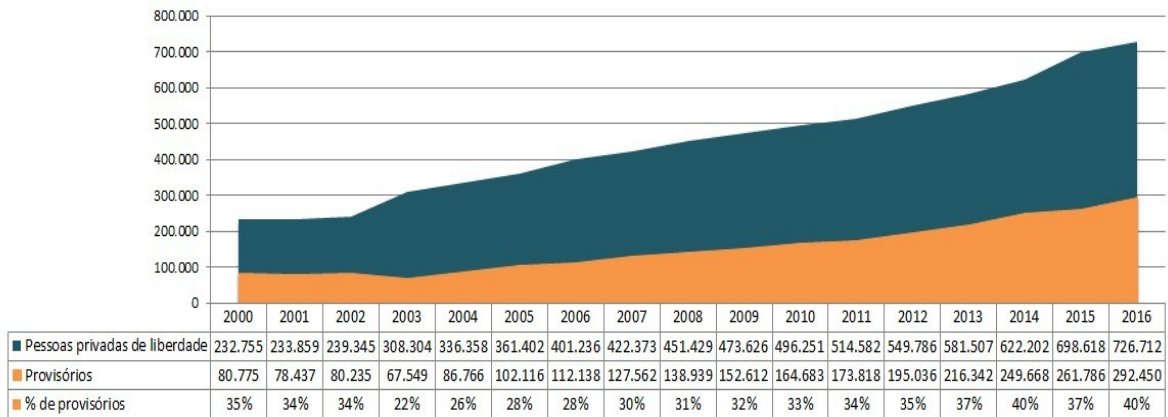


Fonte: Infopen (2017).

Esse gráfico apresenta questão interessante à presente pesquisa, pois demonstra que em junho de 2016, 40% das pessoas presas no Brasil não haviam sido julgadas e condenadas. Segundo consta do Relatório do Infopen, esse dado varia sensivelmente entre os levantamentos mais recentes do Infopen: no levantamento de junho de 2014, essa população representava 41% do total; em dezembro do mesmo ano representava 40%; já em dezembro de 2015, as pessoas sem julgamento somavam 37% da população no sistema prisional.

O Gráfico 3 mostra a evolução do total da população provisória no sistema prisional entre os anos de 2000 e 2016.

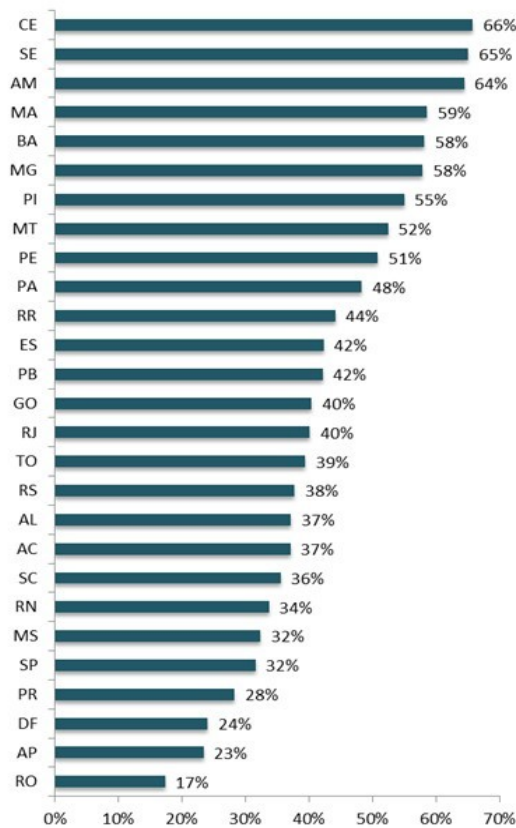
Gráfico 3 – Evolução da população provisória do Sistema Prisional (2000-2016)



Fonte: Infopen (2017).

E, por fim, o Gráfico 4 apresenta a distribuição de presos sem condenação de acordo com as unidades da federação. Neste cálculo são consideradas as pessoas custodiadas em carceragens de delegacias e aqueles que aguardam julgamento dentro do sistema prisional.

Gráfico 4 – Distribuição de presos sem condenação por UF



Fonte: Infopen (2017).

Diante disso, verifica-se a existência de um elevado número de presos provisórios no Brasil o que comprova a necessidade de adoção urgente de soluções e estratégias para a redução desses números.

Sobre a superlotação carcerária no Brasil, importante apresentar as lições de Rossini que destaca que:

Essa superlotação está associada a vários fatores tais como, o aumento da quantidade de prisões efetuadas durante os últimos anos, o atraso do judiciário no julgamento dos processos, e o descaso na implantação de medidas que auxiliem a reintegração do preso na sociedade. O aumento da quantidade de prisões efetuadas no país está diretamente ligada a condições sociais injustas encontradas do lado de fora das prisões que além de auxiliar no retorno do detento a criminalidade leva muitos daqueles que nunca praticaram delito algum a se envolverem na prática de crimes. (ROSSINI, 2015, p. 3-4).

O Quadro abaixo mostra a evolução do número de pessoas presas e do número de vagas disponíveis entre 2000 e 2016. Segundo o relatório do Infopen (2017), nesse período a população prisional cresceu, em média, 7,3% ao ano, passando de 232 mil pessoas em 2000 para 726 mil pessoas privadas de liberdade em 2016 (QUADRO 1).

Quadro 1 – Evolução do número de pessoas presas e vagas disponíveis (2000-2016)

UF	Total de unidades	Total de vagas	Total de pessoas privadas de liberdade	Déficit de vagas
AC	12	3.143	5.364	2.221
AL	9	2.845	6.957	4.112
AM	20	2.354	11.390	9.036
AP	8	1.388	2.680	1.292
BA	21	6.831	15.294	8.463
CE	148	11.179	34.566	23.387
DF	6	7.229	15.194	7.965
ES	34	13.417	19.413	5.996
GO	102	7.150	16.917	9.767
MA	41	5.293	8.835	3.542
MG	189	36.556	68.354	31.798
MS	45	7.731	18.688	10.957
MT	51	6.369	10.362	3.993
PA	44	8.489	14.212	5.723
PB	65	5.241	11.377	6.136
PE	79	11.495	34.556	23.061
PI	15	2.363	4.032	1.669
PR	33	18.365	51.700	33.335
RJ	49	28.443	50.219	21.776
RN	32	4.265	8.809	4.544
RO	52	4.969	10.832	5.863
RR	6	1.198	2.339	1.141
RS	99	21.642	33.868	12.226
SC	45	13.870	21.472	7.602
SE	7	2.251	5.316	3.065
SP	164	131.159	240.061	108.902
TO	42	1.982	3.468	1.486
Total	1.418	367.217	726.275	359.058

Fonte: Infopen (2017).

Outro ponto que também merece destaque e chama a atenção é a distribuição percentual de vagas por tipo de regime ou natureza da prisão por unidade da federação. Veja-se a Tabela 2.

Tabela 2 – Distribuição percentual de vagas por tipo de regime e natureza da prisão

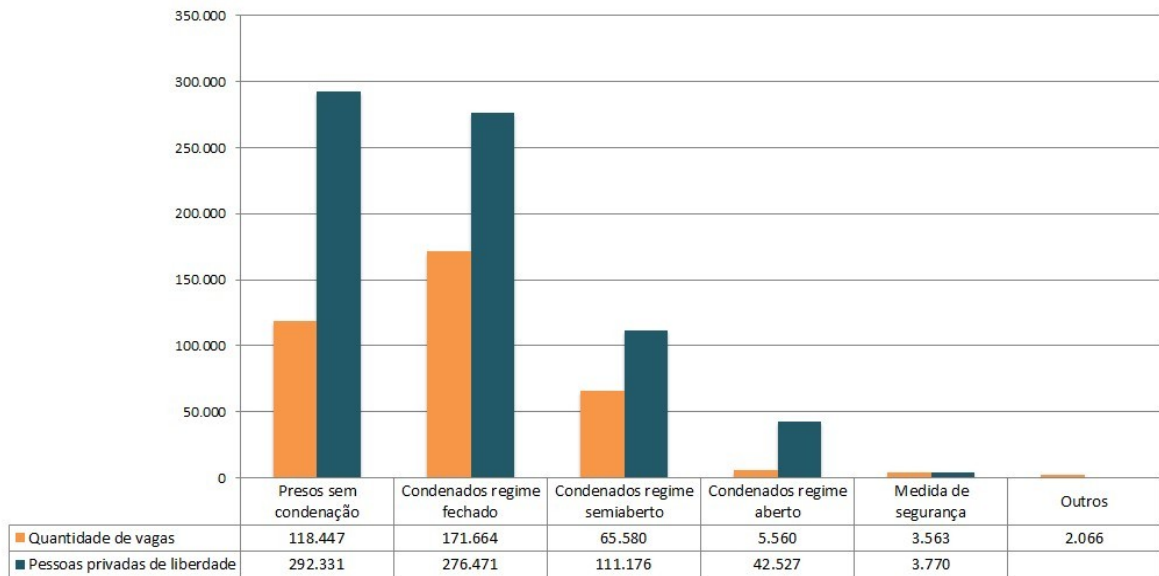
UF	Presos sem condenação	Regime fechado	Regime semiaberto	Regime aberto	Medida de segurança	Outros
AC	12%	67%	21%	0%	0%	0%
AL	23%	74%	0%	0%	4%	0%
AM	77%	7%	15%	1%	1%	0%
AP	29%	36%	29%	0%	2%	4%
BA	49%	29%	20%	0%	1%	0%
CE	72%	18%	7%	1%	1%	0%
DF	24%	45%	30%	0%	2%	0%
ES	36%	45%	18%	0%	1%	0%
GO	38%	43%	13%	5%	1%	0%
MA	33%	25%	15%	3%	0%	24%
MG	42%	35%	19%	4%	1%	0%
MS	8%	49%	30%	11%	0%	2%
MT	40%	59%	1%	0%	0%	0%
PA	22%	62%	16%	0%	0%	0%
PB	26%	45%	19%	8%	2%	0%
PE	52%	32%	12%	0%	3%	0%
PI	31%	50%	16%	3%	0%	0%
PR	24%	61%	14%	0%	2%	0%
RJ	37%	37%	24%	1%	1%	0%
RN	37%	44%	11%	7%	1%	0%
RO	26%	47%	17%	3%	0%	6%
RR	5%	3%	82%	10%	0%	0%
RS	17%	57%	20%	5%	0%	0%
SC	44%	35%	18%	1%	1%	0%
SE	73%	27%	0%	0%	0%	0%
SP	26%	55%	18%	0%	1%	0%
TO	59%	25%	16%	0%	0%	0%
Total	32%	47%	18%	2%	1%	1%

Fonte: Infopen (2017).

Vê-se, assim, os Estados que mais se destacam pela concentração de vagas destinadas aos presos sem condenação. Nos Estados de Amazonas e Sergipe esse número atinge 77% e 73% de suas vagas destinadas a esse grupo, respectivamente.

Em relação aos presos provisórios, encontra-se uma taxa de ocupação da ordem de 247%, enquanto para os condenados em regime fechado a taxa é de 161%. Para o regime semiaberto a taxa de ocupação é de 170%. Veja-se o Gráfico 5.

Gráfico 5 – Taxa de ocupação por tipo de regime



Fonte: Infopen (2017).

O que se verifica dos dados apresentados acima, coletados do Relatório de Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizado até junho de 2016, é que em todo o Brasil, 89% da população prisional se encontra privada de liberdade em unidades com déficit de vagas, independentemente do regime de cumprimento da pena. Em relação aos espaços de aprisionamento, 78% dos estabelecimentos penais em todo o país estão superlotados (INFOPEN, 2017).

Verifica-se, também um elevado número de pessoas presas sem condenação, dados esses que importam à presente pesquisa, pois é justamente em razão desse número elevado de presos que a pesquisa se mostra relevante, pois busca coletar dados a fim de verificar se esse elevado número de pessoas presas se enquadrariam também como presos após a aplicação do instrumento de avaliação de risco que será analisado em capítulo próprio.

Muito se fala, tanto no Brasil quanto no exterior que o Poder Judiciário brasileiro prende muito. No entanto, tais afirmativas, em regra, carecem de uma base sólida de comprovação, amparadas em pesquisas empíricas que buscam verificar e também comparar com outros países que adotam programas de avaliação de risco, se, efetivamente, o problema do elevado número de pessoas presas no Brasil é mesmo por prisões desnecessárias ou se decorrente da elevada criminalidade no país e também pela elevada população.

Com base nessa perspectiva e também nessa hipótese é que a presente pesquisa se mostra relevante, pois busca aplicar em uma amostra de presos brasileiros, um instrumento de avaliação de risco utilizado nos Estados Unidos da América a fim de poder aferir se, de fato,

no Brasil há prisões excessivas ou se essa mesma amostra de presos estaria também presa no país onde se aplica o mesmo instrumento de avaliação de risco.

Nesse ponto, importa destacar que a indiscriminada utilização das prisões provisórias é um elemento complicador e de afronta aos direitos humanos mais elementares. Segundo consta do relatório de gestão, elaborado pela Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas vinculado ao Conselho Nacional de Justiça, há mais de uma década, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considera o uso excessivo da prisão provisória como um problema crônico e inerente à maioria dos países do continente.

Em 30 de dezembro de 2013, a Corte Interamericana de Direitos Humanos aprovou seu Relatório sobre Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas e reconheceu o uso excessivo da prisão preventiva, relacionando-o a outros problemas como a superlotação e a falta de separação entre processados e condenados. O mesmo relatório informa que o uso excessivo da prisão preventiva é um problema complexo produzido por causas de distinta natureza:

[...] questões de desenho legal, deficiências estruturais dos sistemas de administração da justiça, ameaças à independência judicial, tendências enraizadas na cultura e prática judicial, entre outras. Ao mesmo tempo, o uso não excepcional desta medida contribuiu para agravar outros problemas já existentes na região, como os altos níveis de superpopulação penitenciária, o que gera uma situação fática na qual se vêem violados outros direitos fundamentais de prisionais, como o direito à integridade pessoal. (CNJ, 2013, n. p.).

Apresenta, também, que as pessoas em prisão preventiva sofrem grandes tensões pessoais como resultado da perda da renda e a separação forçada de sua família e comunidade; padecendo, ainda, do impacto de estarem presas sem terem sido condenadas. Em geral, tais pessoas são expostas a um entorno de violência, corrupção, insalubridade e condições desumanas presentes nas prisões da região. “Daí a especial gravidade desta medida e a necessidade de cercar a sua aplicação das máximas garantias.” (CNJ, 2013, n. p.).

4 A POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL

A política criminal atuarial é uma forma de abordagem da política criminal a partir da utilização da lógica e do cálculo atuarial para obtenção dos resultados, utilizando-se, principalmente, de dados estatísticos e matemáticos.

Nas últimas décadas, há uma forte tendência da utilização da lógica atuarial na justiça criminal, principalmente na justiça norte-americana, que a utiliza como ferramenta de gestão de grupos sociais indesejados. Para tanto, existem inúmeros instrumentos de avaliação de risco utilizados no aprimoramento da gestão da criminalidade, com base nos perfis dos criminosos.

Após o estudo sobre o tema, constatou-se que no Brasil pouco se fala sobre a lógica atuarial e também sobre política criminal atuarial, não havendo legislação que institua, determine ou regulamente o uso de instrumentos dessa natureza no sistema processual penal brasileiro.

Feitas essas breves considerações, passa-se ao estudo do conceito de lógica atuarial, sua infiltração na política criminal e breves críticas favoráveis e desfavoráveis ao uso da lógica atuarial na política criminal. Por fim, passa-se ao estudo do instrumento de avaliação de risco denominado *Public Safety Assessment Court (PSA)*, objeto do estudo empírico da presente pesquisa.

4.1 Conceito e infiltração da lógica atuarial na política criminal

A lógica atuarial também é denominada por “atuarialismo”, “justiça penal atuarial” ou “eficientismo atuarial”, e consiste na “[...] tradicional ‘gerência’ de grupos populacionais classificados e identificados previamente como perigosos e de risco, assim como a manutenção do funcionamento do sistema e de seus privilégios com um custo mínimo.” (ANITUA, 2008, p. 815).

De acordo com Dieter:

A expressão lógica atuarial remete à adoção sistemática do cálculo atuarial como critério de racionalidade de uma ação, definindo-se como tal a ponderação matemática de dados – normalmente aferidos a partir de amostragens – para determinar a probabilidade de fatos futuros concretos. (DIETER, 2013, p. 30).

A lógica atuarial permite a aplicação aos comportamentos humanos das mesmas técnicas estatísticas utilizadas para calcular os riscos desenvolvidas para as finanças e para os seguros: “Os atuários procuram ‘fatores salientes’ que determinam estatisticamente maiores riscos de um comportamento delituoso, de modo a fazer com que a intervenção punitiva incida certa sobre esses indivíduos.” (WERMUTH, 2016, p. 2057).

Pouco a pouco, a lógica atuarial foi ganhando força nas ciências sociais na medida em que apontava para a construção de um padrão racional e com base em estatística, de forma a justificar as ações sociais. Nesse contexto, a política criminal atuarial se apoia na lógica econômica para, a partir de números e estatísticas, buscar por meio da pena, atingir objetivos econômicos. Neste modelo, a criminalidade é compreendida enquanto fruto de um erro de cálculo, de um erro de antecipação.

Para Harcourt (2005), os métodos são rotulados de “atuariais” na medida em que eles utilizam métodos estatísticos – em vez de clínicos – em um grande número de crimes a fim de determinar os diferentes níveis de crimes associados a um grupo ou a uma ou mais características de grupo e, com base nessas correlações, num primeiro momento, prever o comportamento passado, presente ou futuro de um indivíduo e administrar, num segundo momento, uma resposta da justiça criminal para esse indivíduo em particular.

Uma variedade de ferramentas é usada para avaliar o risco na sociedade contemporânea. Algumas dessas ferramentas avaliam apenas “risco”, enquanto outras avaliam tanto “risco” quanto “necessidades”. Essa distinção entre “risco” e “necessidades” reflete a evolução de ferramentas populares e correcionais, bem como a abordagem dos instrumentos ao longo do tempo (MONAHAN, 2014).

É difícil precisar o início histórico da infiltração da lógica atuarial na política criminal. Monahan (2014), discorre que, desde logo após a Guerra Civil, muitos estados americanos têm contado com alguns instrumentos de avaliação de risco utilizados em processos criminais. Nova York adotou um estatuto de liberdade condicional em 1876 e, Massachusetts passou a utilizá-los no ano de 1878, ambos a serem aplicados a infratores para verificar improváveis retorno ao crime. A avaliação do risco de um infrator logo se tornou um elemento central componente da sanção penal em várias jurisdições americanas.

Segundo Kehl, Guo e Kessler (2017), o uso da utilização de mecanismos que possam prever a prática de crimes remonta à década de 1920 e buscava combater a reincidência na prática criminosa com uma “carreira criminosa”. Muitos modelos anteriores se baseavam em matemática simples e na avaliação da equipe correcional e dos profissionais clínicos (KEHL; GUO; KESSLER, 2017).

Com o passar do tempo, as ferramentas de avaliação de riscos foram evoluindo, apresentando-se maior mudança para a necessidade de instrumentos de avaliação de risco baseados em evidências que considerem a interação entre fatores de risco estáticos e dinâmicos.

A necessidade de avaliar o risco de um indivíduo sempre foi um tema recorrente nos estudos da criminologia. Segundo Monahan (2015, n.p): “[...] prever quem cometerá um crime violento no meio era consideração primordial no sistema lei-saúde-mental, encarado como o maior problema não resolvido, à face do sistema de justiça criminal.”

Para que exista uma intervenção adequada e para que se conheçam as necessidades criminológicas de cada indivíduo que apresenta um comportamento antissocial, é necessário realizar alguns testes para permitir trabalhar no âmbito da reabilitação do sujeito, bem como prevenir a sua reincidência no mundo do crime (MENDES, 2015).

Importante ressaltar que, paulatinamente, desde o século XVII, havia um consenso científico de que somente os criminólogos – nunca os juristas – poderiam decidir quando o trabalho de prevenção especial estava pronto no sentido de decidir qual o momento que o condenado estava apto a reingressar na vida livre em sociedade (DIETER, 2013).

No entanto, em que pese a reclamação científica dos criminólogos positivistas por essa autonomia, somente se verificou efeitos visíveis dessa reivindicação no século XIX para XX nos Estados Unidos, dentro do sistema que combinava sentenças indeterminadas com o benefício do “parole”. Referido sistema consistia na avaliação do réu por meio de comissões (Parole Boards) para definir se estava ou não apto a retornar a sociedade após o cumprimento de determinado período de pena fixada por sentença.

As primeiras experiências com Parole Boards remontam a 1867, na avaliação de jovens infratores em reformatórios de Illinois. Quatro anos depois de seu reconhecimento formal, em 1891, foi feita a extensão desse modelo para adultos, com grande sucesso. Em 1917, quando a legislação estadual de Illinois tornou o sistema de sentença indeterminada cumulada com parole obrigatório, 20 outros estados americanos já haviam aderido ao mesmo esquema (DIETER, 2013).

Entretanto, diversos problemas práticos foram encontrados nas primeiras décadas da implantação desse sistema, a exemplo da onerosidade, da precária estrutura institucional e também da falta de critérios objetivos de classificação dos condenados. Essa deficiência de método foi parcialmente atenuada a partir da década de 20, quando alguns estados começaram a realizar exames psiquiátricos sobre os prisioneiros, no entanto, tal iniciativa também não surtiu efeito, uma vez que, “[...] com pouco tempo para avaliar os diagnósticos clínicos, o

destino dos presos continuava a ser decidido em poucos minutos, sem a observação do ponto de vista teórico.” (DIETER, 2013, p. 54).

Pode-se dizer que foi em decorrência do fracasso no cumprimento da “parole” que se desenvolveram os métodos de verificação de risco estatístico, constituindo, assim, o verdadeiro ponto de infiltração da lógica atuarial no sistema de política criminal. A lógica atuarial e o sistema de “paroles” foram utilizados conjuntamente como forma de decidir, a partir da análise de riscos, quais detentos poderiam ter os benefícios da “parole” e ter liberdade condicional visando a reinserção social.

Anitua (2008) argumenta que, no início, a denominada criminologia administrativa objetivava o mero cumprimento burocrático de administração prisional desprovida de qualquer ideologia, sendo reflexo da concepção do estado de bem-estar social (Welfare State). A política criminal oficial era baseada na teoria jurídica da pena, na qual objetiva-se a reabilitação do preso e a sua reinserção social, sendo a premissa básica a prevenção especial positiva. Contudo, no curso dos últimos trinta anos, essas premissas deixaram de se confirmar e passaram por uma profunda reorganização do discurso e das práticas de controle do crime, representando a emergência de uma criminologia do controle social (SOUZA, 2003).

Tanto a ideologia quanto as práticas penais se tornaram mais conservadoras, marcando, assim, um abandono do ideal de reabilitação, que era um dos pilares da criminologia correccionalista, partindo-se em direção a políticas criminais de caráter sistêmico, cuja principal característica se tornou a administração do fenômeno criminal a partir de perspectivas de programação e planejamento orçamentário, nascendo, assim, a política criminal atuarial, “[...] mais como planejamento de governo elaborado pelo Poder Executivo do que propriamente como resultado de uma reflexão aprofundada e desenvolvida no âmbito da criminologia, da sociologia ou da própria filosofia.” (SANTOS, 2018, n.p.).

Nos anos de 1990, essa nova fase de política criminal se intensificou por meio dos movimentos de “Tolerância Zero” e “Lei e Ordem”, implementados na cidade de Nova Iorque, os quais, aparentemente, reduziram drasticamente os índices de criminalidade com a utilização de um sistema de repressão severa aos crimes de menor potencial ofensivo. Diante disso, o tema do controle do crime entrou nos debates políticos e no processo eleitoral, aumentando o populismo com que os políticos ofereciam soluções fáceis para o problema, dando espaço para as inquietações e receios da população no processo de formulação de políticas criminais (SOUZA, 2003). Para o autor:

Essa é a era em que a crise instala-se de modo permanente, justificando a percepção de que, em matéria penal, nada funciona. Para muitos, portanto, não restava outra coisa a fazer senão ampliar e fortalecer a área penal. Ao mesmo tempo, ocorre um enorme investimento na infra-estrutura de controle do crime e na segurança da comunidade. O controle do crime torna-se um enorme negócio privado a produzir lucros inauditos. Esse é o novo senso comum das políticas de controle do crime, a sua nova gramática, que convive com um perpétuo sentimento de crise no setor. (SOUZA, 2003, p. 48).

Para Santos (2018), essas tecnologias políticas e jurídicas repressivas contemporâneas, que apresentam novas possibilidades aos discursos e às práticas punitivas, são o reflexo de uma mudança fundamental no eixo do poder penal na atualidade, trazido através de um conjunto de modificações e inconstâncias nos mais distintos sistemas sociais que afetam, de forma distinta, diferentes sociedades em todo o mundo. Porém, deve-se destacar que essa relação não é algo novo nos tempos atuais, pois, praticamente, grande parte das rotinas punitivas preventivas que compõem o arsenal do que Feeley e Simon (1992) classificam como uma “nova penologia” têm paralelos na história, muitas vezes muito mais chocantes do que as atuais medidas propostas pela política criminal atuarial (SANTOS, 2018).

Os criminólogos Feeley e Simon publicaram no ano de 1992 o artigo “*The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications*”, onde traçam um paralelo entre a antiga penologia e a mudança de paradigma que adveio com a “nova penologia”. Para os autores, na antiga penologia, o indivíduo era objeto de análise, ao passo que a nova está direcionada a previsões estatísticas, a preocupação com grupos e com estratégias de gerenciamento. A lógica da nova penologia é voltada ao gerenciamento de uma população permanentemente perigosa, enquanto o sistema é mantido a um mínimo custo (FEELEY; SIMON, 1992).

A “nova penologia” concebida por Feeley e Simon é, diferentemente das teorias e ideologias ressocializadoras, explicada como algo novo que brotou pela desconsideração dos insucessos do poder punitivo até então utilizados e, por isso, associa-se à ideia de gestão das populações de risco, colocando-os em estado de vigilância constante e, a medida que se dá a evolução tecnológica, mais minuciosa fica a identificação do delinqüente (CHRISTIE, 1998).

Segundo Garland (2008), pelo viés economicista-neoliberal, o modelo gerencial, com suas técnicas de aferição de confiabilidade, avaliação e eficiência, adentrou nos sistemas de justiça criminal e de segurança pública através do idioma econômico do ‘custo/benefício’, do ‘melhor valor’ e da ‘responsabilidade fiscal’. Os custos do crime agora são rotineiramente calculados, como também o são os custos de prevenção, do policiamento, da persecução e da

punição, ajudando, assim, por meio dos números produzidos, a condução das escolhas políticas e das prioridades operacionais.

Dentro desta racionalidade economicista, a lógica atuarial surge como alternativa de administração gerencial dos riscos e perigos advindos da criminalidade, direcionando as políticas públicas de segurança para os efeitos e as probabilidades da criminalidade e não para as causas, pois há um consenso de que o crime é algo normal e cada vez mais presente na vida cotidiana (YOUNG, 2002).

O modelo neoliberal se apoia na lógica econômica, a partir de números e estatísticas que ensejam a avaliação mensurada de objetivos quantitativos, e que lhe proporcionam vislumbrar uma decisão totalmente racional – e, assim, busca-se por meio da pena atingir objetivos econômicos. Assim, se no modelo clássico o crime era visto como uma desautorização do soberano (ou do divino); e, se no modelo social o crime é compreendido como o fruto de um espírito doente, de um determinismo social; no modelo neoliberal a criminalidade é compreendida enquanto resultante de um erro de cálculo, de falha na antecipação de resultados. Nesse sentido, o presente deixa de ser o tempo de referência, cedendo lugar ao futuro, mas um futuro antecipado e planejado (GARAPON, 2010).

Garland (2008) observa que, se no passado a criminologia oficial se preocupava com o crime de modo retrospectivo e individual, de modo a isolar o ato ilícito individual e lhe atribuir uma pena/tratamento, hoje o crime é visto de modo prospectivo, e em termos agregados, como forma de calcular riscos e estabelecer medidas preventivas.

Atualmente, inúmeros instrumentos de avaliação de risco são utilizados em processos criminais em vários Estados dos Estados Unidos da América². O assunto também tem ocupado grande espaço e interesse por parte de outros países, haja vista o discurso propalado de que a utilização de instrumentos de avaliação de risco servem para a redução da reincidência, para incapacitar ou tratar infratores de alto risco, bem como para reduzir as populações prisionais, desviando do cárcere criminosos de baixo risco (MONAHAN, 2015).

De outro lado, não há como omitir a existência de forte corrente contrária à utilização da lógica atuarial na política criminal, a exemplo de Harcourt (2005). Para o autor, a utilização do modelo atuarial na política criminal atinge membros de grupos minoritários discriminados pelos agentes da lei, estes que, pela definição de perfil criminal (já que investigados com maior frequência), artificialmente inflam a incidência de antecedentes criminais. Ao utilizar fatores como delitos anteriores para prever futuros crimes, apenas se

²Como exemplo, citam-se os seguintes instrumentos: Nevada Parole Risk Assessment, New Mexico Risk and Needs Assessment, North Carolina Risk Needs Assessment, Oregon Criminal History Risk Assessment, Public Safety Check List for Oregon, Virginia Pretrial Risk Assessment Instrument.

concretiza a discriminação de hoje no futuro. É uma magnificação acíclica da efetivação do preconceito (HARCOURT, 2008).

Nesse contexto de grandes discussões a respeito da validade e eficiência dos instrumentos de avaliação de risco aplicados na política criminal por meio da lógica atuarial é que se passa ao estudo do instrumento de avaliação de risco denominado PSA, conforme item abaixo.

4.2 Instrumento de avaliação de risco: *Public Safety Assessment Court (PSA)*

Dentre os inúmeros instrumentos de avaliação de risco existentes, optou-se pela pesquisa do instrumento denominado *Public Safety Assessment Court (PSA)*. Tal instrumento foi criado no ano de 2013, pelo Instituto Justice System Partners (JSP), em parceria com a The Laura e John Arnold Foudation.

Segundo informações extraídas do site do referido instituto, o instrumento de avaliação de risco foi criado para apoiar a estratégia de justiça criminal do uso de dados, pesquisa e análise, visando melhorar a segurança pública e também ajudar o sistema de justiça criminal a operar da forma mais justa e econômica possível. Argumentam que, diariamente os juízes criminais se deparavam com a dificuldade de saber as chances do preso, recentemente acusado, se liberado, de cometer um novo crime, um novo crime violento, ou ainda, de deixar de comparecer ao Tribunal quando chamado para algum ato processual (THE LAURA AND JOHN ARNOLD FOUNDATION, c2016).

Decretar a prisão de um indivíduo antes de uma condenação final é uma das mais importantes decisões no sistema de justiça criminal e, na grande maioria dos casos, tais decisões são tomadas de forma subjetiva, sem a existência de avaliações objetivas dos riscos individuais que os acusados representam para a segurança pública.

Segundo dados da The Laura and John Arnold Foudation (c2016), nos Estados Unidos, a cada ano, 12 milhões de pessoas são encaminhadas para as cadeias locais em todo o país, sendo a grande maioria pela prática de crimes não violentos. Mais de 60% (sessenta por cento) dos presos nas prisões americanas estão a espera de julgamento, acarretando a sua reclusão um elevado custo de US\$9 bilhões por ano.

Não obstante os juízes fazerem o seu melhor para aplicar a sua experiência e o seu bom senso em cada caso, é fato que, sem o amparo em estudos científicos e específicos, não é possível precisar os fatores de risco do acusado à sociedade, bem como as chances de voltar a praticar crimes ou de deixar de comparecer ao Tribunal quando intimado para a prática de

algum ato processual. Com base nessa problemática, implementou-se a ferramenta de avaliação de segurança pública, denominada *PSA*, que tem como objetivo auxiliar os juízes na tomada de decisões em casos em que necessita decisão judicial acerca da necessidade ou não da decretação da prisão cautelar no curso do processo, ou seja, antes de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

A implementação desta ferramenta visa auxiliar os juízes a tomar suas decisões amparados em uma metodologia científica que lhes permita, de forma mais fundamentada em critérios específicos, prever a probabilidade dos acusados reincidirem ou não na prática de crimes, se colocados em liberdade provisória e, em consequência, na real necessidade de decretação da prisão preventiva desses indivíduos no curso dos processos criminais e enquanto aguardam seu julgamento pelo órgão jurisdicional competente.

A pesquisa desenvolvida em conjunto pelos pesquisadores das duas entidades, teve como amostra 1.500 (um mil e quinhentos casos), de aproximadamente 300 (trezentas) cidades, condados e distritos judiciais federais, situados em 7 (sete) jurisdições estaduais dos Estados Unidos da América, quais sejam: Colorado (CO), Connecticut (CT), Flórida (FL), Kentucky (KY), Maine (ME), Ohio (OH), Virgínia (VA), e em 50 (cinquenta) Tribunais Federal (THE LAURA AND JOHN ARNOLD FOUNDATION, c2016).

Para a análise, foram selecionados 750 (setecentos e cinquenta) casos em que os acusados respondiam a processos judiciais, aplicando o instrumento a fim de verificar os fatores de risco e os consequentes resultados. O banco de dados da pesquisa incluiu fatores de risco derivados da avaliação de risco de processos em tramitação sem decisão final a nível nacional, utilizando-se a avaliação com 9 (nove) fatores de risco desenvolvidos e testados para cada um dos três tipos de hipóteses de não cumprimento das condições a que foram submetidos os acusados que estavam em liberdade provisória, a saber: (I) não comparecimento ao Tribunal, (II) nova atividade criminal, (III) nova atividade criminal violenta. A avaliação de cada fator implica a atribuição de uma determinada pontuação (THE LAURA AND JOHN ARNOLD FOUNDATION, c2016).

O Quadro 2 abaixo demonstra os nove fatores de risco e ilustra quais fatores são relacionados com os resultados.

Quadro 2 – Relação entre os fatores de risco e resultados do processo

RELAÇÃO ENTRE FATORES DE RISCO E RESULTADOS DO PROCESSO ATUAL ³			
FATORES DE RISCO	NOVA ATIVIDADE CRIMINOSA	NOVA ATIVIDADE CRIMINOSA VIOLENTA	FALHAR EM COMPARECER
Idade na prisão atual/corrente		X	
Delito violento corrente			X
Delito violento corrente e os que têm 22 anos ou menos			X
Acusação pendente no momento do delito	X	X	X
Condenação por contravenção prévia		X	
Condenação criminosa prévia		X	
Condenação prévia (contravenção ou crime)	X		X
Condenação violenta prévia		X	X
Prévia falha em comparecer (na corte) nos últimos dois anos	X	X	
Prévia falha em comparecer (na corte) em mais tempo do que os dois anos anteriores	X		
Sentença de encarceramento anteriormente (emitida)		X	

Fonte: Adaptado de The Laura e John Arnold Foudation (c2016).

Importante destacar que o instrumento de avaliação de risco em estudo se sustenta, tão somente, nas nove variações citadas acima, não levando em consideração para fins de pontuação, fatores como raça ou etnia.

Para melhor compreensão, abaixo se transcrevem as orientações fornecidas pela própria fundação The Laura e John Arnold Foudation (c2016) no tocante a explicação de alguns significados a fim de não gerar dúvida ou desconhecimento. Os fatores que apresentam obviedade da explicação não foram detalhados abaixo.

4.2.1 Delito violento corrente

A fundação The Laura e John Arnold Foudation (c2016) prepara uma lista de transgressões criminosas do estado que, na visão da fundação, se adequam à definição de violentas para os propósitos administrativos da aplicação do instrumento de avaliação de risco, baseada na pesquisa e dados subjacentes ao referido instrumento.

³ Caixas que têm um “X” indicam a presença de um risco que aumenta a possibilidade daquele resultado para determinado acusado

4.2.2 Acusação pendente no momento do delito

Acusação pendente no momento do delito significa que o acusado está em alguma forma de liberdade no decorrer do processo, quando alegadamente ocorre a ofensa corrente. Uma acusação pendente significa que o acusado tem um futuro julgamento predisposto por alguma acusação criminal anterior (THE LAURA AND JOHN ARNOLD FOUNDATION, c2016).

4.2.3 Condenação por contravenção prévia

Condenação por contravenção prévia significa uma condenação culposa por alguma acusação criminal definida pelo Código Penal como um crime que carrega uma potencial penalidade de encarceramento prisional. Importante destacar que uma acusação por meio de processo ou inquérito policial que, de alguma forma, não tenha condenação por decisão judicial não é considerada uma condenação (THE LAURA AND JOHN ARNOLD FOUNDATION, c2016).

4.2.4 Condenação violenta prévia

Condenação violenta prévia significa condenação por algum delito criminoso que se enquadra na definição de violento para os propósitos da aplicação do instrumento de avaliação de risco em exame. De igual modo, uma acusação por meio de processo ou inquérito policial que, de alguma forma, não tenha condenação por decisão judicial não é considerada uma condenação (THE LAURA AND JOHN ARNOLD FOUNDATION, c2016).

4.2.5 Prévia falha em comparecer em atos processuais em processos anteriores ao crime atual nos últimos dois anos

Prévia falha em comparecer em atos processuais em processos anteriores ao crime atual nos últimos dois anos significa que o acusado deixou de comparecer a qualquer ato processual em processo anterior, embora devidamente intimado.

Nos últimos dois anos significa o período de dois anos prévio à data da prisão em análise no crime em que está sendo aplicado o instrumento de avaliação de risco.

Apresentada a explicação dos critérios que, por ventura, pudessem gerar alguma dúvida, deve-se também destacar que os fatores de risco a serem avaliados pelo instrumento constam do banco de dados administrativos dos órgãos judiciais, o que permite avaliar todos os acusados, não necessitando de consentimento dos mesmos, haja vista a ausência de critérios pessoais (THE LAURA AND JOHN ARNOLD FOUNDATION, c2016).

De outro lado, existem os fatores de peso que devem ser levados em consideração e pontuados a fim de calcular uma pontuação bruta para cada resultado. Abaixo, apresenta-se a tabela dos fatores de risco e suas pontuações (QUADROS 3).

Quadro 3 – Fatores de risco e suas pontuações

Fator de Risco	Pesos
Falha em Comparecer (total máximo de pontos = 7 pontos)	
Acusação pendente no momento do delito	Não = 0; Sim = 1
Condenação prévia	Não = 0; Sim = 1
Prévia falha em comparecer (na corte) nos últimos dois anos	0 = 0; 1 = 2; 2 ou mais = 4
Prévia falha em comparecer (na corte) em mais tempo do que os dois anos anteriores	Não = 0; Sim = 1
Nova Atividade Criminal (total máximo de pontos = 13 pontos)	
Idade na prisão atual/corrente	23 anos ou mais velho = 0; 22 anos ou mais novo = 2
Acusação pendente no momento do delito	Não = 0; Sim = 3
Condenação por contravenção prévia	Não = 0; Sim = 1
Condenação criminosa prévia	Não = 0; Sim = 1
Condenação violenta prévia	0 = 0; 1 ou 2 = 1; 3 ou mais = 2
Prévia falha em comparecer (na corte) nos últimos dois anos	0 = 0; 1 = 1; 2 ou mais = 2
Sentença de encarceramento anteriormente (emitida)	Não = 0; Sim = 2
Nova Atividade Criminal Violenta (pontuação máxima = 13 pontos)	
Delito violento corrente	Não = 0; Sim = 2
Delito violento corrente e os que têm 20 anos ou menos	Não = 0; Sim = 1
Acusação pendente no momento do delito	Não = 0; Sim = 1
Condenação prévia	Não = 0; Sim = 1
Condenação violenta prévia	0 = 0; 1 ou 2 = 1; 3 ou mais = 2

Fonte: Adaptado de The Laura and John Arnold Foundation (c2016).

Já o Quadro 4 demonstra a pontuação dos fatores de risco constantes da tabela acima e a sinalização de acordo com o resultado alcançado (QUADRO 4).

Quadro 4 – Pontuação dos fatores de risco e sinalização de resultado

Falha em Comparecer	Falha em Comparecer	Nova Atividade Criminosa	Nova Atividade Criminosa	Nova Atividade Criminosa Violenta	Nova Atividade Criminosa Violenta
PONTOS BRUTOS	ESCALA DE SEIS PONTO	PONTOS BRUTOS	ESCALA DE SEIS PONTO	PONTOS BRUTOS	SINALIZAÇÃO
0	1	0	0	0	Não
1	2	1	2	1	Não
2	3	2	2	2	Não
3	4	3	3	3	Não
4	4	4	3	4	Sim
5	5	5	4	5	Sim
6	5	6	4	6	Sim
7	6	7	5	7	Sim
		8	5		Sim
		9 A 13	6		Sim

Fonte: Adaptado de The Laura and John Arnold Foundation (c2016).

No Brasil, a legislação processual penal, em seu artigo 312, disciplina os casos em que o juiz poderá converter a prisão em flagrante delito em prisão preventiva. Em que pese já ter sido feita referência a esse dispositivo legal em capítulo anterior, para uma melhor compreensão do assunto, renova-se a transcrição:

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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019). (BRASIL, 2019, n. p.)

Da leitura do referido dispositivo legal, verifica-se que o legislador utilizou expressões demasiadamente vagas para autorizar a decretação da prisão preventiva, a exemplo de “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal”. Assim, a verificação de eventual necessidade da prisão, seja da decretação ou da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, bem como o respectivo risco que o acusado possa representar à ordem pública, à ordem econômica ou por conveniência da instrução criminal, acaso permaneça, ou receba o benefício da liberdade provisória, é realizada apenas por critérios subjetivos do juiz, que acaba se valendo de critérios pessoais como a sua experiência de vida, valores morais, crenças e bom senso. No entanto, em que pese a experiência e o saber jurídico de muitos juízes, tais convicções nem sempre acarretam decisões isonômicas aos

acusados, haja vista que as decisões podem conferir tratamento desigual a acusados em situações iguais.

De igual modo, também inexitem critérios específicos a orientar as decisões judiciais a fim de respeitar a segurança jurídica necessária para o aperfeiçoamento do estado democrático de direito.

No ponto, importante destacar que nos últimos anos, o Brasil enfrenta uma grande crise no sistema penitenciário, necessitando, com urgência, de estudos, ideias e propostas efetivas para superar o grave problema de encarceramento. É necessário avaliar todas as possíveis propostas que possam representar alguma alteração no cenário atual de grave crise de superlotação carcerária e de elevado número de presos provisórios no país, sem perder de vista ou deixar de considerar eventuais questões negativas que referidas propostas também possam representar. Toda proposta deve ser avaliada em seus aspectos positivos e negativos. Somente assim poderá ser haver uma avaliação isenta de parcialidade.

Nesse contexto é que surgiu o interesse de debruçar-se sobre o tema da aplicação da lógica atuarial no âmbito da justiça criminal brasileira, fazendo-se uma pesquisa científica acerca do resultado da aplicação do instrumento de avaliação de risco denominado *PSA*, em uma amostra de processos de acusados presos em flagrante delito no Termo Judiciário da Comarca de São Luis, Estado do Maranhão, Brasil, a fim de verificar se o resultado alcançado acarretaria ou não eventual alteração no número de prisões preventivas, bem como analisar os critérios positivos e negativos que a aplicação da lógica atuarial na justiça criminal representa.

Antes de ingressar na análise da parte empírica, faz-se uma breve exposição das críticas abstratas à aplicação da lógica atuarial na política criminal, identificadas após o estudo realizado através de pesquisa bibliográfica.

4.3 Críticas abstratas à aplicação da lógica atuarial na política criminal

4.3.1 Críticas favoráveis

Para os defensores da implantação da lógica atuarial na política criminal, vende-se a ideia de que a sua utilização é capaz de aperfeiçoar as estratégias de prevenção do crime e, assim, promover uma **queda nas taxas de criminalidade, redução da reincidência, para incapacitar ou tratar infratores de alto risco, bem como para reduzir as populações prisionais** (MONAHAN, 2014, grifo nosso).

O fundamento utilizado é “prender menos, mas prender melhor”. A partir da utilização do modelo de prognósticos, o sistema penitenciário faz seu trabalho voltado para

aquele grupo identificado estatisticamente como grupo de alto risco, vedando o retorno à sociedade daqueles considerados incorrigíveis. Transmite-se, assim, a ideia de que tal modelo acarreta diminuição na taxa de criminalidade.

Num contexto criminológico haveria apenas a necessidade da construção de um perfil dos criminosos (perigosos), de forma que eles possam ser identificados e classificados pelos agentes da repressão penal e, reflexamente, neutralizados pelo maior período de tempo possível dentro do sistema prisional – o que promoveria uma drástica redução dos índices gerais de criminalidade sem que reformas estruturais ou grandes investimentos em segurança pública fossem necessários. Basta, nesse sentido, viabilizar a incapacitação física de segurança máxima para os criminosos reincidentes e a vigilância virtual e tecnológica de baixo custo para os delinquentes eventuais (DIETER, 2013).

Wermuth discorre que:

Na realidade estadunidense, na qual os discursos atuariais foram elaborados e ‘distribuídos’ ao restante do mundo como panaceia para a gestão da criminalidade, essa mudança de perspectiva assumiu o papel de grande responsável por ‘salvar’ a prisão, mais uma vez, de suas contradições performáticas: a penitenciária é reafirmada, assim, ‘como instituição indispensável para o controle social exclusivo dos piores membros das *classes perigosas*, desta vez ressignificados pela *retórica do risco*.’ [...] (WERMUTH, 2016, n. p.).

Em relação ao instrumento analisado na presente pesquisa, denominado *PSA*, de acordo com as informações extraídas no site da fundação The Laura e John Arnold Foudation, os dados demonstram que ao usar a avaliação de risco, houve redução do crime, das populações carcerárias e houve um uso mais eficaz dos recursos da justiça criminal (THE LAURA AND JOHN ARNOLD FOUNDATION, c2016).

Também verificou-se o discurso favorável à utilização do referido modelo em razão da ***economia gerada ao Estado*** ao não custear milionários sistemas penitenciários com a manutenção de indivíduos que não apresentam riscos à sociedade.

Segundo informações extraídas do site The Laura e John Arnold Foudation, nos Estados Unidos, a cada ano, 12 milhões de pessoas são encaminhadas para as cadeias locais em todo o país, sendo a grande maioria pela prática de crimes não violentos. Mais de 60% dos presos nas prisões americanas estão a espera de julgamento, acarretando um elevado custo de US\$9 bilhões por ano. Assim, a utilização da lógica atuarial por meio de instrumentos de avaliação de risco visa melhorar a segurança pública e também ajudar o sistema de justiça

criminal a operar da forma mais justa e econômica possível (THE LAURA AND JOHN ARNOLD FOUNDATION, c2016).

Outro argumento favorável para a aplicação da lógica atuarial na política criminal é a utilização de critérios objetivos para a análise de concessões de liberdades provisórias aos acusados, limitando a subjetividade dos magistrados no momento das decisões, subjetividade esta que muitas vezes acarreta insegurança jurídica, pois acusados em situações pessoais e processuais idênticas podem receber tratamento diferenciado a depender do critério subjetivo do magistrado.

4.3.2 Críticas desfavoráveis

Do estudo realizado, verificou-se a existência de grande voz quanto à rejeição da utilização da lógica atuarial no âmbito da política criminal no viés contemporâneo. (Feeley e Simonn, Harcourt, Monahan, Tonry, Anitua, Dieter, dentre outros). Para os críticos, entende-se que a política criminal atuarial simplifica e autoriza a atuação perversa do Estado, permitindo que o direito penal selecione os estigmas que mais lhe interessam, a exemplo de etnia, sexo, faixa etária, classe social, legitimando-os por meio dos dados estatísticos e os utilizando como fatores de risco, para, literalmente, fazer a escolha dos indivíduos que sofrerão a persecução penal. A aplicação da justiça passa a ser cartesiana, baseada em um critério atuarial que permite criminalizar não só quem cometeu objetivamente um delito, mas em última instância, também quem tem potencial para cometê-lo (HARCOURT, 2008).

Batista discorre que:

Estabelecer a quantidade de sofrimento punitivo a ser ministrado ao condenado a partir de ‘fatores de risco’ estatisticamente prováveis exprime sem dúvida a mais cabal negação do direito penal do fato e da culpabilidade. A pena é dimensionada não em nome de algo que o condenado *fez* nem mesmo – o que já seria monstruoso – de algo que ele *é*, e sim em nome de algo que *talvez ele venha a fazer*. (BATISTA, 2013, p. 11, grifo do autor).

Ainda, há argumento de que a utilização da política criminal atuarial mitiga e até mesmo sacrifica alguns princípios e postulados clássicos do Direito Penal, iniciando-se pelo **princípio da legalidade**, definido como o mais importante instrumento de proteção individual do Estado Democrático de Direito (DIETER, 2013). Sobre o assunto:

Com a origem nas Constituições liberais do fim do século XVIII, o princípio da legalidade incide sobre todo o processo de atribuição de responsabilidade

penal – isto é, da definição de condutas antijurídicas até a natureza e extensão das respostas oficiais por sua violação – e foi mais bem sintetizado sob a fórmula latina ‘*nullum crimen nulla poena sine lege*’, atribuída ao legatário do Iluminismo e fundador do Direito Penal científico na Alemanha, Paul Johann Anselm von Feuerbach. (DIETER, 2013, p. 197).

Significa *lex praevia, scripta, stricta e certa*. Ou seja, lei prévia proíbe a retroatividade da lei penal para criminalização ou agravação de fato anterior (com exceção da lei mais benigna); lei escrita proíbe o costume como fonte de lei penal para fundamentar ou agravar crimes e penas; lei estrita proíbe a analogia *in malam partem* como método de criminalização ou punição de condutas (sendo permitida a analogia *in bonam partem*) e; por fim, lei certa proíbe a indeterminação de tipos penais. Nesse contexto, entende-se que a política criminal atuarial viola o princípio da legalidade em todas as suas dimensões.

Também se argumenta que a política criminal atuarial fere os princípios da **lesividade, proporcionalidade, humanidade das penas e culpabilidade**. Em relação ao **princípio da lesividade** sua violação pelo uso de instrumentos atuariais no sistema de justiça criminal ocorre em todos os casos nos quais características e ações protegidas pelas liberdades constitucionais são consideradas como fatores de risco para justificar o agravamento de reação penal (DIETER, 2013), a exemplo de raça, etnia, sexo do indivíduo porque tais características pessoais são protegidas contra qualquer forma de discriminação.

Do mesmo modo, considerar como fator de risco outras liberdades individuais como crença, orientação sexual, uso de drogas ilícitas, local de residência, vocação para trabalho, também evidenciam a violação do princípio da lesividade.

No tocante ao **princípio da proporcionalidade**, sua violação decorre do fato da política criminal atuarial fixar padrões para a dosimetria da pena, incompatíveis com a hierarquia constitucional dos direitos fundamentais (GABOR, 1983).

Já em relação ao **princípio da humanidade das penas**, a violação exsurge do fato de permitir a incapacitação e neutralização do indivíduo sob o argumento de existência de “alto risco” ou “perigosidade individual” (DIETER, 2013).

Por fim, entende-se haver grande choque direto da política criminal atuarial com o **princípio da culpabilidade**, pois “[...] estabelece a diferença entre o Direito Penal do Fato e o Direito Penal do Autor, isto é, se o indivíduo deve ser punido por aquilo que fez ou por quem ele é.” (DIETER, 2013, p. 204).

O direito penal do autor consiste na norma penal que se preocupa com quem o agente é, e não com o fato por ele praticado. O direito penal de um estado democrático, baseado na igualdade entre seus cidadãos e fundado na dignidade humana, deve preocupar-se em limitar

o poder estatal que vise punir alguém pelo que ele é e não pelo que ele fez. No entanto, o uso de instrumentos de avaliação de risco baseados na lógica atuarial permitem a aplicação do direito penal do autor, este que se entende inconstitucional no ordenamento jurídico de um Estado democrático (Dieter, 2013).

Feitas essas considerações, passa-se ao estudo da contribuição empírica.

5 CONTRIBUIÇÃO EMPÍRICA

O trabalho apresentado foi desenvolvido mediante um processo de investigação dividido em várias fases. A primeira fase se consubstancia na parte teórica. A segunda e a terceira fases se tratam da parte metodológica e também da parte da pesquisa empírica. Estas duas últimas fases são objeto do estudo do capítulo em exame. Nesse capítulo, portanto, tem-se a abordagem do método utilizado, a definição e a caracterização do objeto do estudo, a definição da coleta de dados, a análise das informações recolhidas, a apresentação e a interpretação dos resultados.

5.1 Objetivo geral

O objetivo central da presente pesquisa consiste em analisar o resultado após a aplicação do instrumento de avaliação de risco numa amostra de processos criminais em andamento no Termo Judiciário de São Luis, da Comarca de São Luis/Maranhão/Brasil a fim de verificar se a sua utilização implicaria em um aumento de prisões e de liberdades provisórias comparadas com a realidade dos referidos processos.

5.2 Objetivos específicos

Como objetivos específicos, busca-se fazer uma análise comparativa entre as decisões judiciais dos juízes, bem como as impressões e os critérios que motivaram as referidas decisões, analisando-se, também, se a subjetividade conferida aos magistrados pela legislação brasileira pode representar algum prejuízo aos autuados ou violação aos princípios constitucionais, em especial a isonomia e segurança jurídica. Busca-se, por fim, analisar quais fatores de risco previstos no instrumento de avaliação foram os mais pontuados e significativos para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva dos autuados que compõem a amostra.

5.3 Metodologia

A parte metodológica foi fundamental para a realização da presente pesquisa, pois foi a partir dela que foi possível materializar a pretensão da investigação. Para o desenvolvimento da pesquisa, realizou-se um estudo quali-quantitativo para obter-se uma análise mais aprofundada sobre o tema pesquisado. Após definida a forma do estudo, passou-se a recolha

de dados, a avaliação e a aplicação do instrumento de avaliação de risco e, por fim, a interpretação e conclusão dos resultados.

5.4 Amostra

Para a realização da presente investigação, foram selecionados 42 (quarenta e dois) autos de prisão em flagrante, em diferentes períodos, distribuídos ao Termo Judiciário de São Luis, da Comarca de São Luis/Maranhão/Brasil. A amostra selecionada levou em consideração a prisão em flagrante dos indivíduos e a distribuição dos respectivos autos a juízes que atuavam em plantões criminais com o objetivo de verificar se a concessão de liberdade provisória ou conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva seria o mesmo resultado obtido após a aplicação do instrumento de avaliação de risco escolhido para a investigação.

5.5 Procedimentos realizados

Para realizar a investigação, em especial a análise da amostra, foi necessária a realização de várias etapas. A primeira delas foi requerer formalmente e por escrito a autorização judicial para o acesso e a obtenção de cópias dos autos de prisão em flagrante, bem como das respectivas decisões judiciais. No ponto, vale destacar que, embora se tenha a autorização para acesso, toda a documentação analisada é pública. De posse de tais documentos, passou-se a aplicação manual do instrumento de avaliação de risco escolhido, fazendo-se a contagem também de forma manual da pontuação obtida. Em seguida, passou-se a analisar cada caso e verificar se o resultado obtido na aplicação do instrumento de avaliação de risco importaria em decretação da prisão ou em concessão de liberdade provisória ao flagrado e, também, se tal conclusão foi a mesma que aquela aplicada para o caso em concreto da amostra pelos magistrados brasileiros.

Para a realização da pesquisa empírica, foi necessária a elaboração de um formulário no qual se fez constar o número do processo, a incidência penal, a data do crime, se o autuado/flagrado responde o processo em liberdade ou preso e, ainda, os fatores de risco constantes do instrumento de verificação de risco objeto do presente estudo. Segue abaixo a figura do formulário (FIGURA 2).

Figura 2 – Descrição do formulário

NUMERO DO PROCESSO:

INCIDÊNCIA PENAL:

DATA DO CRIME:

ACUSADO RESPONDE O PROCESSO: EM LIBERDADE () PRESO ()

FATORES DE RISCO:

Fator de Risco	Pesos
Falha em Comparecer (total máximo de pontos = 7 pontos)	
Acusação pendente no momento do delito	
Condenação prévia	
Prévia falha em comparecer (na corte) nos últimos dois anos	
Prévia falha em comparecer (na corte) em mais tempo do que os dois anos anteriores	
Nova Atividade Criminal (total máximo de pontos = 13 pontos)	
Idade na prisão atual/corrente	
Acusação pendente no momento do delito	
Condenação por contravenção prévia	
Condenação criminosa prévia	
Condenação violenta prévia	
Prévia falha em comparecer (na corte) nos últimos dois anos	
Sentença de encarceramento anteriormente (emitida)	
Nova Atividade Criminal Violenta (pontuação máxima = 13 pontos)	
Trangressão violenta corrente	
Trangressão violenta corrente e os que têm 20 anos ou menos	
Acusação pendente no momento do delito	
Condenação prévia	
Condenação violenta prévia	

Fonte: Autora da pesquisa.

O método utilizado foi o manual, portanto, analisou-se manualmente e individualmente cada processo para verificar os fatores de risco em cada caso específico.

Para análise, seguiram-se os critérios adotados pela The Laura and John Arnold Foundation para a aplicação do instrumento, conforme informações extraídas do site da referida fundação e já detalhadas no corpo do presente trabalho. De todo modo, a fim de facilitar a compreensão, abaixo constam os quadros explicativos de como calcular a pontuação para alcançar-se a sinalização dos fatores de riscos (QUADROS 5 e 6).

Quadro 5 – Fatores de risco

FATORES DE RISCO	PESOS
Falha em Comparecer (total máximo de pontos = 7 pontos)	
Acusação pendente no momento do delito	Não = 0; Sim = 1
Condenação prévia	Não = 0; Sim = 1
Prévia falha em comparecer (na corte) nos últimos dois anos	0 = 0; 1 = 2; 2 ou mais = 4
Prévia falha em comparecer (na corte) em mais tempo do que os dois anos anteriores	Não = 0; Sim = 1
Nova Atividade Criminal (total máximo de pontos = 13 pontos)	
Idade na prisão atual/corrente	23 anos ou mais velho = 0; 22 anos ou mais novo = 2
Acusação pendente no momento do delito	Não = 0; Sim = 3
Condenação por contravenção prévia	Não = 0; Sim = 1
Condenação criminosa prévia	Não = 0; Sim = 1
Condenação violenta prévia	0 = 0; 1 ou 2 = 1; 3 ou mais = 2
Prévia falha em comparecer (na corte) nos últimos dois anos	0 = 0; 1 = 1; 2 ou mais = 2
Sentença de encarceramento anteriormente (emitida)	Não = 0; Sim = 2
Nova Atividade Criminal Violenta (pontuação máxima = 13 pontos)	
Delito violento corrente	Não = 0; Sim = 2
Delito violento corrente e os que têm 20 anos ou menos	Não = 0; Sim = 1
Acusação pendente no momento do delito	Não = 0; Sim = 1
Condenação prévia	Não = 0; Sim = 1
Condenação violenta prévia	0 = 0; 1 ou 2 = 1; 3 ou mais = 2

Fonte: Autora da pesquisa.

Quadro 6 – Pontuação dos fatores de risco

FC	FC	NAC	NAC	NACV	NACV
PONTOS BRUTOS	ESCALA DE SEIS PONTO	PONTOS BRUTOS	ESCALA DE SEIS PONTO	PONTOS BRUTOS	SINALIZAÇÃO
0	1	0	0	0	Não
1	2	1	2	1	Não
2	3	2	2	2	Não
3	4	3	3	3	Não
4	4	4	3	4	Sim
5	5	5	4	5	Sim
6	5	6	4	6	Sim
7	6	7	5	7	Sim
		8	5		Sim
		9 A 13	6		Sim

Fonte: Autora da pesquisa.

A amostra selecionada é composta de 42 autos de prisão em flagrante delito, escolhidos de forma aleatória em relação ao período. Selecionou-se, entretanto, processos com crimes diversos e também com decisões de 5 juízes de direito. A amostra está apresentada abaixo (QUADRO 7).

Quadro 7 – Amostra da pesquisa empírica

IDENTIFICAÇÃO AUTO DE PRISÃO	CRIME PRATICADO	IDENTIFICAÇÃO MAGISTRADO
Auto de Prisão 1	Art. 333, do Código Penal	01
Auto de Prisão 2	Art. 14, Lei n. 10.826/2003	01
Auto de Prisão 3	Art. 33, Lei n. 11.343/2006	01
Auto de Prisão 4	Arts. 12 e 16, caput, Lei n. 10.826/2003	01
Auto de Prisão 5	Art. 33, Lei n. 11.343/2006	01
Auto de Prisão 6	Art. 33, Lei n. 11.343/2006	01
Auto de Prisão 7	Art. 33, Lei n. 11.343/2006	01
Auto de Prisão 8	Art. 33, Lei n. 11.343/2006	01
Auto de Prisão 9	Art. 33, Lei n. 11.343/2006	01
Auto de Prisão 10	Art. 306, Lei n. 9.503/97	01
Auto de Prisão 11	Art. 33, Lei 11.343/2006	01
Auto de Prisão 12	Art. 157, §2º, II, do Código Penal	01
Auto de Prisão 13	Art. 157, §2º, II, do Código Penal	01
Auto de Prisão 14	Art. 33, § 1º, Lei n. 11.343/2006 e art. 16, parágrafo único, V, Lei n. 10.826/2003	01
Auto de Prisão 15	Art. 33, § 1º, Lei n. 11.343/2006 e art. 16, parágrafo único, V, Lei n. 10.826/2003	01
Auto de Prisão 16	Art. 33, § 1º, Lei n. 11.343/2006 e art. 16, parágrafo único, V, Lei n. 10.826/2003	01
Auto de Prisão 17	Art. 157, §2º, II, do Código Penal	01
Auto de Prisão 18	Art. 157, §2º, II, do Código Penal	01
Auto de Prisão 19	Art. 157, §2º, II, do Código Penal	01
Auto de Prisão 20	Art. 33, Lei n. 11.343/2006 e art. 14, Lei n. 10.826/2003, art. 2º, § 2º, Lei n. 12.850/2013	01
Auto de Prisão 21	Arts. 33 e 35, Lei n. 11.343/2006	02
Auto de Prisão 22	Arts. 33 e 35, Lei n. 11.343/2006	02
Auto de Prisão 23	Art. 24-A, Lei 11.340/2006 e art. 129, § 9º e art. 147, ambos do Código Penal	02
Auto de Prisão 24	Art. 33, Lei n. 11.343/2006	02
Auto de Prisão 25	Art. 33, Lei n. 11.343/2006	02
Auto de Prisão 26	Art. 33, Lei n. 11.343/2006	02
Auto de Prisão 27	Art. 157, §2º, II, Código Penal	03
Auto de Prisão 28	Art. 157, §2º, II, Código Penal	03
Auto de Prisão 29	Art. 157, §2º, II, Código Penal	03
Auto de Prisão 30	Art. 157, §2º, II, Código Penal	03
Auto de Prisão 31	Art. 157, §2º, II, Código Penal	03
Auto de Prisão 32	Art. 33, Lei n. 11.343/2006	03
Auto de Prisão 33	Art. 157, §2º, II, Código Penal e art. 244, ECA	03
Auto de Prisão 34	Art. 157, §2º, II, Código Penal	03
Auto de Prisão 35	Art. 157, §2º, II, Código Penal	04
Auto de Prisão 36	Art. 157, caput, Código Penal	04

Auto de Prisão 37	Art. 157, §2º, II, e art. 2º, A, I, ambos do Código Penal	04
Auto de Prisão 38	Art. 33, Lei n. 11.343/2006	05
Auto de Prisão 39	Art. 33, Lei n. 11.343/2006	02
Auto de Prisão 40	Art. 121, §2º, II e IV, art. 14, II, 61, II e 70, todos do Código Penal	02
Auto de Prisão 41	Art. 157, §2º, II, 2º, A, I, art. 158, §3º, art. 69, todos do Código Penal	03
Auto de Prisão 42	Art. 121, §2º, II, art. 14, II, Código Penal	05

Fonte: Autora da pesquisa.

5.6 Apresentação e discussão dos resultados

Na apresentação de resultados, o critério será apurar o resultado da aplicação do instrumento de avaliação de risco e, com o auxílio de tabelas e gráficos, comparar se após a aplicação do referido instrumento, o resultado do número de prisões e liberdades seria ou não diferente do resultado de prisões e liberdades, efetivamente, existente nos processos da amostra. Além desse objetivo, também será feita uma análise comparativa entre as decisões judiciais dos distintos juízes, bem como as impressões e os critérios que motivaram os juízes a prolatarem as referidas decisões.

Feitas estas breves considerações, passa-se à apresentação do resultado e a discussão da pesquisa empírica realizada.

Conforme já apresentado, a amostra é composta por 42 autos de prisão em flagrante delito com decisões judiciais de 5 juízes de direito. Desses 42 autos de prisão em flagrante delito, 29 receberam decisões de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e 13 receberam liberdades provisórias mediante a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Após a aplicação do instrumento de verificação de risco nomeado de *PSA*, apurou-se que, dos 42 autos de prisão em flagrante delito, 11 apresentaram indicação para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e 31 apresentaram indicação para concessão de liberdade provisória. Confirmam-se os dados da Tabela 3.

Tabela 3 – N° real da amostra e n° após aplicação do instrumento de avaliação de risco

N° DE CASOS VÁLIDOS	Qt.	%	N° DE CASOS VÁLIDOS APÓS APLICAÇÃO DO INSTRUMENTO	Qt.	%
Prisão em flagrante com conversão em prisão preventiva	29	69,04	Indicação de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva	11	26,19
Prisão em flagrante com concessão de liberdade provisória mediante aplicação de medidas cautelares diversas da prisão	13	30,96	Indicação de concessão de liberdade provisória	31	73,81
TOTAL	42	100	TOTAL	42	100

Fonte: Dados da pesquisa.

Fazendo-se um comparativo, verificou-se uma grande diferença entre a realidade dos processos e o resultado após a aplicação do instrumento de avaliação de risco. No tocante ao número de prisões, apurou-se que a realidade judicial demonstrou um número de 29 prisões, equivalente a 69,04%, da amostra analisada (42 autos de prisão em flagrante), ao passo que, após a aplicação do instrumento de avaliação de risco nessa mesma amostra, esse número reduziu para apenas 11 prisões, equivalente a 26,19% dos processos analisados.

Note-se que, em que pese as críticas já apresentadas a utilização da lógica atuarial na justiça criminal, por meio de instrumentos de avaliações de riscos, no caso específico da pesquisa empírica realizada, verificou-se que a aplicação do instrumento de avaliação de risco importaria em redução do número de prisões e também um número maior de concessões de liberdades provisórias.

Em relação às liberdades provisórias, a realidade processual demonstrou que, dos 42 autos de prisão em flagrante analisados, apenas 13 receberam concessão de liberdade provisória, mediante a aplicação de outras cautelares diversas da prisão, representando um percentual de 30,96% da amostra.

Após a aplicação da lógica atuarial por meio do instrumento de avaliação de risco, apurou-se que, dos 42 autos de prisão em flagrante delito que compõem a amostra, 31 apresentaram indicativo para a concessão de liberdade provisória, o que representa um percentual de 73,81%.

Além da diferença apurada entre o número de prisões e o de liberdades provisórias entre a prática judicial e o instrumento de avaliação de risco objeto do estudo empírico, outros critérios merecem destaque na discussão dos resultados. Veja-se.

Conforme já foi salientado, a amostra selecionou 42 autos de prisão em flagrante com atuação de 5 juízes de direito distintos, conforme números abaixo (QUADRO 8).

Quadro 8 – Divisão de processos por juiz

IDENTIFICAÇÃO DO JURISTA	DESCRIÇÃO
Juiz 1	20 autos de prisões em flagrantes
Juiz 2	8 autos de prisões em flagrantes
Juiz 3	8 autos de prisões em flagrantes
Juiz 4	4 autos de prisões em flagrantes
Juiz 5	2 autos de prisões em flagrantes

Fonte: Autora da pesquisa.

Da pesquisa, também foram analisadas as decisões judiciais de cada juiz, analisando-se o número de prisões e o de liberdades efetivamente decretadas na prática judicial e também

após o número virtual, mediante a aplicação do instrumento de verificação de risco. Seguem os dados da Tabela 4.

Tabela 4 – Presos e em liberdade provisória após decisões judiciais e pós aplicação de instrumento

Identificação do Jurista	Nº de Processos	PRESOS E EM LIBERDADE PROVISÓRIA POR DECISÃO JUDICIAL			PRESOS E EM LIBERDADE PROVISÓRIA PELO INSTRUMENTO		
		Descrição	Qt.	%	Descrição	Qt.	%
Juiz 01	20	Presos	12	60	Presos	05	25
		Em liberdade	08	40	Em liberdade	15	75
Juiz 02	08	Presos	04	50	Presos	00	0
		Em liberdade	04	50	Em liberdade	08	100
Juiz 03	08	Presos	08	100	Presos	03	37,5
		Em liberdade	00	0	Em liberdade	05	62,5
Juiz 04	04	Presos	04	100	Presos	02	50
		Em liberdade	00	0	Em liberdade	02	50
Juiz 05	02	Presos	01	50	Presos	01	50
		Em liberdade	01	50	Em liberdade	01	50

Fonte: Autora da pesquisa.

Após a análise detalhada e individual de todos os processos e das decisões judiciais que compõem a amostra, algumas questões importantes chamaram a atenção e merecem destaque. A primeira se refere à diferença de tratamento conferida a acusados que praticaram crimes com a mesma tipificação legal e que possuem condições pessoais iguais de acordo com os fatores de risco do instrumento de avaliação de risco. Explica-se.

Os autos de prisão em flagrante de números 40 e 42 se referem ao mesmo crime, tentativa de homicídio, com agravantes (artigo 121, cumulado com artigo 14, ambos do Código Penal). Ambos os acusados não apresentaram nenhum fator de risco após a aplicação do instrumento de avaliação de risco. Os autos de prisão em flagrante foram analisados por juízes de direito distintos. Assim, cada juiz de direito prolatou a decisão de acordo com as suas convicções e experiências.

O acusado do auto de prisão em flagrante de número 40 teve a prisão em flagrante delito convertida em prisão provisória. Já o acusado do auto de prisão em flagrante delito de número 42 teve a liberdade provisória concedida, embora, como já destacado, ambos não tendo apresentado nenhuma pontuação como sinalização de risco.

De acordo com o artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro, 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.

Já o artigo 315 também do Código de Processo Penal brasileiro disciplina que “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada [...]” (BRASIL, 1941, n. p.). Assim, se por um lado o juiz é livre para formar o seu convencimento acerca da prova, de outro lado, é necessário que exponha, por meio da motivação da decisão, os elementos de prova que fundamentam suas decisões, bem como as razões pelas quais esses elementos serão considerados determinantes.

Entretanto, no caso específico dos dois autos de prisão em flagrante analisados e ora citados, percebe-se que a existência de decisões judiciais que conferem tratamento diferenciado aos acusados, não havendo, de outro lado, argumentos plausíveis a justificar as decisões, salvo o critério subjetivo e a experiência pessoal dos magistrados que as prolataram.

O que se quer dizer com essa observação é que, se por um lado, a subjetividade e a liberdade que a lei processual confere aos magistrados de prolatarem decisões segundo suas convicções e experiências pessoais, por outro lado, isso colide com o princípio da isonomia, representando, também, um ambiente de insegurança jurídica, pois acaba por criar um tratamento diferenciado a acusados que se encontram em situações semelhantes.

O artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra que “todos são iguais perante a lei”, com a garantia de “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Vê-se, assim, que a liberdade, a igualdade e a segurança são princípios que interagem mutuamente, e conjugados à perfeição, formarão a feição mais límpida da Justiça, na concepção apropriada de Estado Democrático de Direito (POLICHUK, 2011).

Segundo proclama Silva, a segurança jurídica consiste, justamente, no “[...] conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida.” (SILVA, 2001, p. 431). As decisões devem seguir um padrão estabelecido pelas normas abstratas e concretas, à medida que são previsivelmente determinadas.

Em que pese haver críticas acerca da utilização da lógica atuarial na justiça criminal e, por vezes, críticas justificáveis que merecem atenção e reflexão, nos dois processos aqui citados, a utilização do instrumento de verificação de risco representaria um tratamento igual aos acusados, pois ambos não apresentaram qualquer sinalização de risco a justificar a manutenção da prisão dos acusados pela prática do crime a eles atribuída.

Nessa mesma linha de raciocínio, encontra-se o segundo ponto que merece reflexão e chamou a atenção na pesquisa realizada, que se refere ao fato de haver evidente demonstração de inclinação de alguns juízes para uma decisão já predeterminada em razão do

tipo de crime cometido. Isso se verifica nas decisões do juiz 01, este que, dos 11 autos de prisão em flagrante delito pela prática do crime de tráfico (art. 33, da Lei 11.343/2006), foi convertida a prisão em flagrante em preventiva em 08 deles, mesmo sem haver qualquer sinalização de risco dos acusados, conforme verificado após a aplicação do instrumento de avaliação de risco.

Assim, conforme já salientado, a liberdade conferida pela legislação para a utilização da subjetividade dos magistrados, pode representar, em alguns casos, algo negativo aos acusados, pois provoca instabilidades que não concorrem para o aperfeiçoamento do estado democrático de direito ao conferir tratamento desigual a acusados em situações semelhantes.

Nas palavras de Polichuk (2011), o ato interpretativo, realizado pela autoridade julgadora, que se desprenda absolutamente de qualquer parâmetro, cria uma pura e simples "casuística", na qual o juiz passa a interpretar a lide levando em conta exclusivamente o caso concreto, seus conceitos pessoais e convicções próprias, o que não se amolda aos objetivos e preceitos que devem ser buscados incansavelmente por todas as esferas de atuação do Estado.

O terceiro ponto que merece registro, refere-se ao fator de risco que mais foi pontuado por ocasião da aplicação do instrumento, que foi “acusação pendente no momento do delito” e, em segundo lugar, o fator de risco “idade na prisão atual/corrente”.

Em relação ao fator mais pontuado “acusação pendente no momento do delito”, dos 42 autos de prisão em flagrante analisados, 20 pontuaram nesse quesito, representando 47,61%.

Esse considerável percentual abre margem para algumas reflexões. A primeira, reside na possibilidade de uma possível morosidade processual, haja vista que 20 dos 42 autuados se encontram com processos pendentes de julgamento. A segunda, poderia representar a existência de um elevado número de reiteração de conduta delitiva; e, conseqüentemente, como terceira reflexão, poderia haver um elevado volume processual existente pendente de julgamento por inúmeras outras razões.

Essas observações são necessárias, pois acaso os processos já tivessem sido julgados, os autuados poderiam ter sido absolvidos e, assim, não contariam com pontuação no quesito “acusação pendente no momento do delito”, ou se condenados, pontuariam em outro quesito referente a condenação prévia.

O segundo fator de risco que teve maior pontuação e que também merece uma breve análise, foi a “idade na prisão atual/corrente”, que é considerado para aqueles que contam com 22 anos ou menos. Dos 42 autos de prisão em flagrante analisados, 12 apresentaram referida pontuação, representando um percentual de 28,57%.

Também merece registro a questão idade a ser considerada como fator de risco, haja vista existir críticas quanto a existência desse quesito. Isso porque, há quem defenda que os jovens ainda estão a se desenvolver cognitivamente o que os coloca em um nível mais baixo de culpabilidade moral. Para Tonry (2014), os jovens são inexperientes e emocionalmente imaturos e mais suscetíveis às más influências, apresentando um maior risco de se envolverem em atividades criminosas que os mais velhos. Por tais motivos é que as curvas idade-crime, há décadas, apresentam o pico na adolescência.

No caso em estudo, verificou-se um número considerável de jovens (22 anos ou menos) na amostra examinada, sendo que desses 12 autuados jovens, 8 tiveram indicativo para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, o que evidencia que a pontuação idade foi fundamental para esse resultado.

Por fim, importa registrar que o instrumento de avaliação de risco examinado, denominado *PSA*, ao contrário de vários outros instrumentos de avaliação de risco existentes, não apresentou fatores de risco referentes à raça, etnia, religião, gênero, condição financeira, nacionalidade e escolaridade. Tais critérios são objetos de muitas críticas e motivos para parte de estudiosos repudiarem a utilização de instrumentos de verificação de risco como fundamento para análise de decisões judiciais (TONRY, 2014).

6 CONCLUSÕES

Os grandes problemas que afetam o sistema prisional brasileiro remontam longa data e, infelizmente, contam com pouca aplicação de alternativas, ideias ou propostas para solução desse grave e grande problema.

No último relatório realizado pelo Ministério da Justiça, cujos dados são compilados até junho 2016 (último relatório existente), o Brasil contava com uma população prisional de 726.712 presos, um déficit de 358.663 vagas prisionais e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país (INFOPEN, 2017).

Do referido relatório, consta que, além da necessidade de construção de vagas para o sistema prisional, é preciso analisar a qualidade das prisões efetuadas e também o perfil das pessoas que tem sido encarceradas, para que seja possível problematizar a porta de entrada e as práticas de gestão dos serviços penais, desde a aplicação de medidas cautelares e de liberdades penais até a organização das diversas rotinas do cotidiano das unidades prisionais (INFOPEN, 2017). Nesse sentido, a necessária busca por alternativas penais tão ou mais eficazes que o encarceramento é um desafio de alta complexidade que depende de estreita articulação com os órgãos do sistema de justiça criminal.

De outro lado, nas últimas décadas, há uma forte tendência da utilização da lógica atuarial na justiça criminal, principalmente na justiça norte-americana, que a utiliza como ferramenta de gestão de grupos sociais indesejados e, com base nos resultados das avaliações e nos perfis dos criminosos, auxilia na tomada das decisões judiciais, especialmente no que tange às prisões.

Para a corrente que defende a utilização da lógica atuarial no sistema de justiça criminal, os resultados são compensadores e atrativos, pois além de desenvolverem formas de custódia e controle com melhor custo-benefício, utilizam técnicas de identificação e classificação do risco, permitindo-se a segregação dos presos que apresentam alto índice de risco e periculosidade e libertando-se provisoriamente aqueles com baixo risco do cometimento de novos crimes.

Com base nessa perspectiva e, aliado aos graves problemas no sistema prisional brasileiro, conforme já mencionado, é que surgiu a ideia e o interesse em fazer a presente pesquisa, objetivando-se aplicar a lógica atuarial, por meio do instrumento de avaliação de risco denominado PSA, em processos criminais brasileiros a fim de analisar o impacto que a referida aplicação causaria no tocante ao número de prisões e de liberdades provisórias.

Após o estudo realizado, constatou-se que, embora tenha se verificado a existência de muitas críticas quanto à utilização da lógica atuarial no sistema de justiça criminal, na amostra pesquisada, o resultado da aplicação do instrumento apresentou uma drástica redução no número de prisões e maior número de liberdades provisórias em comparação com a realidade processual.

Verificou-se que a aplicação do instrumento manteve no cárcere apenas aqueles indivíduos que já contavam com pontuação em vários fatores de risco, a exemplo de outros processos em andamento e outras condenações criminais anteriores. A propósito, o fator de risco mais pontuado foi a existência de “acusação pendente no momento do delito”, representando 47,61% da amostra pesquisada.

Também se verificou que, no Brasil, a subjetividade conferida pela lei aos magistrados acarreta um tratamento diferenciado aos autuados, fazendo com que autuados que cometeram o mesmo crime e que possuem condições pessoais idênticas definidas no instrumento de avaliação de risco, recebam tratamento diferenciado. Acredita-se que isso ocorre em razão da liberdade do julgador que atribui aos casos a sua experiência pessoal, suas convicções e valores. Em que pese a lei permitir a livre convicção do julgador, há uma possível violação aos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica.

Diferentemente de inúmeros outros instrumentos analisados, o PSA não apresentou fatores de risco referente à raça, etnia, religião, gênero, condição financeira, nacionalidade e escolaridade, que pudessem representar um etiquetamento humano, identificando, classificando e administrando um grupo populacional com níveis de periculosidade previamente definidos. Tais critérios são fundamentais para os críticos da utilização da lógica atuarial no sistema de justiça criminal.

Importante destacar que, surgida no final da década de 1960, a teoria do etiquetamento, relaciona o problema da criminalidade à consequência da intervenção do controle estatal, defendendo o entendimento de que a condição da delinquência é um resultado direto da estigmatização produzida pelo próprio sistema penal (DEL OLMO, 2004).

Deve-se salientar que a pesquisa se mostrou altamente interessante e desafiadora, sobretudo em razão da ausência de identificação de investigação científica empírica sobre o tema no Brasil, e também pelo fato de o assunto mostrar-se relevante ao abordar enfoques antagônicos, já que a aplicação da lógica atuarial no sistema de justiça criminal pode representar uma redução no número de encarceramento e, conseqüentemente, de gastos pelo Poder Público, mas, de outro lado, conforme as várias críticas de estudiosos, pode representar

a perpetuação do etiquetamento de classes já marginalizadas como grupos perigosos, reafirmando processos de exclusão social.

REFERÊNCIAS

- AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina (1800-1940). *In*: MAIA, Clarissa Nunes et. Al. (org.). **História das prisões no Brasil**. Volume I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigues. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. atual e ampl. De acordo com a Resolução nº213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- ASSIS, Rafael Damasceno. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil**. 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/As-prisoas-e-o-direito-penitenciario-no-Brasil>. Acesso em 18 de julho de 2018.
- BATISTA, Nilo. **Política crimina atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução por Torrieri Guimaraes. São Paulo: Hemus, 1983.
- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna, São Paulo: Editora Abril, 1974.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 4 de out. 2019.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 28 de set. 2019.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm Acesso em: 28 de set. 2019.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4898.htm Acesso em: 3 de out. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em: 4 de out. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm Acesso em: 3 de out. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072. Acesso em: 3 de out. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Medida provisória n. 111, de 24 de novembro de 1980**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1988-1989/111.htm Acesso em: 29 de set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 102.098**, São Paulo, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2011. Acesso em: 3 de mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 74.666**, Rio de Grande do Sul, Relator Ministro Celso de Mello, 2016. Acesso em: 3 de mar. 2020.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: o caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Trad. por Luis Leiria. São Paulo: Forense, 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **2017**. Disponível em: - <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>. Acesso em: 28 de out. 2018.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

DEPEN. Departamento de Execução Penal. **A história das prisões e o sistema de punição**. Disponível em: <http://www.espen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1102>. Acesso em: 18 de julho de 2018.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DOTTI, Rene Ariel. **Bases alternativas para um sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ESPEN. **A história das prisões e dos sistemas de punições**. [Home page]. 2006. <http://www.espen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=102>

FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan. The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications. **Criminology**, 449, 1992. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/718>.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. Tradução por Raquel Ramallete. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GABOR, Thomas. **The Dangerous criminal and incapacitation policies**. 1983. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Universidade de Ohio, Michigan, 1983.

GARAPON, Antoine. **La raison du moindre état: Le néolibéralisme et la justice.** Paris: Odile Jacob, 2010.

GARLAND, D. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: ICC-Revan, 2008. (Col. Pensamento Criminológico, n. 16).

HARCOURT, Bernard E. H. **Um gainst prediction.** 2005. Disponível em: https://translate.google.com/translate?hl=pt-PT&sl=en&u=https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi%3Farticle%3D1021%26context%3Dpublic_law_and_legal_theory&prev=search&pto=aue.

INFOPEN. **Relatório do Infopen.** 2016. Disponível em: Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf

KEHL, Danielle, Priscila Guo e Samuel Kessler. **Algoritmos no sistema de justiça criminal: avaliando o uso de avaliações de risco em sentenças: Iniciativa de comunidade responsivas.** [S. l.]: Berkman Klein Center for Internet & Society, Harwar Law School, 2017. Disponível em: <https://translate.google.com/translate?hl=pt-PT&sl=en&u=https://dash.harvard.edu/handle/1/33746041&prev=search&pto=aue> Acesso em: 28 de fev. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Ed. Ímpetus, 2013.

LOPES, Aury Jr e Gustavo Badaró. **Direito ao Processo penal no prazo razoável.** Rio de Janeiro. Editora Lúmen Júris, 2006.

MARTINS, Sérgio Henrique Schaefer. **Prisão Provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro.** Editora Juruá, 2004.

MENDES, Rita Mabília Sampaio. **Avaliação da psicopatia e dos fatores de avaliação do risco de reincidência geral em traficantes de estupefacientes.** 2015. Disponível em: <http://repositorio.ispa.pt/bitstream/10400.12/4495/1/14959.pdf>

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal.** Editora Atlas, 2001.

MONAHAN, John. **Avaliação de riscos em sentenças criminais.** (Tradução própria). 2015. Disponível em: https://translate.google.com/translate?hl=pt-PT&sl=en&u=https://gspp.berkeley.edu/assets/uploads/research/pdf/09-2015_Risk_Assessment_in_Criminal_Sentencing.pdf&prev=search&pto=aue Acesso em: 28 de jun. 2020

MONAHAN, John. **Redux de Risco: O Ressurgimento da Avaliação de Riscos em Sanções Penais.** Revisão por: John Monahan e Jennifer L. Skeem . Repórter Federal de Sentenças, vol. 26, nº 3, p. 158-166, fev. 2014. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/10.1525/fsr.2014.26.3.158>. Acesso em: 28 de jun. 2020

PACELLI e FISCHER, **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. **O Mito da Função Ressocializadora da Pena**. São Luis: Ampem Editora, 2006.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **O repressivismo pós-moderno brasileiro de alta intensidade. O direito penal na encruzilhada entre o pensar calculador e a fundamentação ético-política**. 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/doi/pdf/270172655>

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. **Breves considerações sobre a história da pena no direito brasileiro**. Revista Cesumar Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, n. 3, vol. 2, 1998.

SOUZA, Luiz Antônio F. **A obsessão securitária e a cultura do controle**. Revista de Sociologia e Política, Curitiba (PR), n. 20, p. 161-165, jun. 2003.

TAKADA, Mário Yudi. **Evolução histórica da pena no Brasil**. ETIC - encontro de iniciação científica, n. 6, vol. 6, 2010.

TÁVORA, Nestor e Rosmar Rodrigues Alencar. **Direito Processo Penal**. Editora Juspodivn. 2017.

TONRY, M. Legal and ethical issues in the prediction of recidivism. **Federal Sentencing Reporter**, 26(3): 167-176, 2014. Disponível em: https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/525

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003,

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Mateus de Oliveira Fornasier. **Criminologia atuarial e novas tecnologias na investigação e na persecução criminal**. 2016. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=87451bf26644cf99> , Acesso em: 7 de jul. de 2020.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal**. Direito & Praxis. Rio de Janeiro, 2016.

YOUNG, J. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul et. al. **Manual de Direito Penal brasileiro**. 7^a. ed. rev. e atual.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. ***Direito penal brasileiro***. – **Teoria geral do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. vol. 1.

ZAVALETA, Arturo J. **La prision preventiva y La libertad provisória**. Buenos Ayres, Arayu, 1954