



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS**

JÚLIA DE MATOS CARIBÉ

**AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM SALVADOR: UMA ANÁLISE DO
VOCABULÁRIO DE MOTIVOS DECISÓRIOS NO ANO DE 2018.**

Salvador – BA
2024

JÚLIA DE MATOS CARIBÉ

**AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM SALVADOR: UMA ANÁLISE DO
VOCABULÁRIO DE MOTIVOS DECISÓRIOS NO ANO DE 2018.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Estado da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Sociais.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Mariana Thorstensen Possas

Salvador – BA
2024

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Sistema Universitário de Bibliotecas (SIBI)
Biblioteca Universitária Isaias Alves (BUIA/FFCH)

C277 Caribé, Júlia de Matos
Audiências de custódia em Salvador: uma análise do vocabulário de motivos decisórios
no ano de 2018 / Júlia de Matos Caribé, 2024.
111 f.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Mariana Thorstensen Possas
Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Universidade
Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Salvador, 2024.

1. Direito penal. 2. Audiência de custódia. 3. Vocabulário. 4. Estado Nacional.
5. Autoritarismo. I. Possas, Mariana Thorstensen. II. Universidade Federal da Bahia.
Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. III. Título.

CDD: 300

Responsável técnica: Hozana Maria Oliveira Campos de Azevedo - CRB/5-1213


JÚLIA DE MATOS CARIBÉ

“Audiências de Custódia em Salvador: uma análise do vocabulário de motivos decisórios no ano de 2018”.


Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Ciências Sociais e, aprovada em nove de dezembro de dois mil e vinte e quatro, pela Comissão formada pelos professores:



Profa. Dra. Mariana Possas (FFCH – UFBA).
Doutorado em Criminologia pela University of Ottawa (Canadá).

Documento assinado digitalmente
 CAMILA CALDEIRA NUNES DIAS
Data: 16/12/2024 11:10:54-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Profa. Dra. Camila Caldeira Nunes Dias (UFABC).
Doutorado em Sociologia pela Universidade de São Paulo (USP).

Documento assinado digitalmente
 MANUELA ABATH VALENCA
Data: 13/12/2024 10:59:35-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Profa. Dra. Manuela Abath Valença (UFPE).
Doutorado em Direito pela Universidade de Brasília (UNB).

RESUMO

CARIBÉ, Júlia de Matos. Audiências de custódia em Salvador: uma análise do vocabulário de motivos decisórios no ano de 2018. 2024. 111 p. Dissertação (mestrado). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, 2024.

O presente trabalho tem por objeto de estudo o conteúdo de decisões judiciais proferidas em audiências de custódia, ocorridas no ano de 2018 no município de Salvador. Por meio da abordagem qualitativa, foram analisadas 145 (cento e quarenta e cinco) fundamentações, que contemplaram determinações pela prisão preventiva, pela liberdade provisória – condicionada e irrestrita – e pelo relaxamento da prisão em flagrante. O objetivo central residiu em mapear as justificativas utilizadas pelos magistrados, a partir das quais foram identificados os motivos estáveis na comunicação dos atores sociais (MILLS, 2016). A investigação buscou descentrar os sujeitos e dessubstancializar as categorias jurídicas, filiando-se à proposta metodológica de Margarida Garcia (2014). A partir do programa de linguagem aceito nas audiências observadas, investigamos de que forma as teorias legitimadoras da pena atualizam os seus sentidos na aplicação de medidas cautelares no curso da investigação criminal. Concluímos que as maneiras de pensar a punição da racionalidade penal moderna (PIRES, 2004) colonizaram o instituto, o que se manifesta não só pelo programa de pensamento dominante, bem como pela prevalência da imposição de sofrimento e pela dificuldade em alcançar a pretendida redução das prisões sem condenação.

Palavras-chave: audiência de custódia; vocabulário de motivos; racionalidade penal moderna.

ABSTRACT

CARIBÉ, Júlia de Matos. Custody hearings in Salvador: an analysis of the vocabulary of decisional motives in 2018. 2024. 111 p. Dissertation (master's degree). Faculty of Philosophy and Human Sciences, Federal University of Bahia, 2024.

This study focuses on the content of judicial decisions issued during custody hearings held in the city of Salvador in 2018. Through a qualitative approach, 145 (one hundred and forty-five) judicial rationales were analyzed, encompassing determinations for pretrial detention, provisional release – conditional and unconditional – and the dismissal of arrests in flagrante delicto. The central objective was to map the justifications used by judges, identifying stable motives in the communication of social actors (MILLS, 2016). The investigation aimed to decenter the subjects and desubstantialize legal categories, aligning with the methodological proposal of Margarida Garcia (2014). From the language program accepted in the observed hearings, we investigated how theories legitimizing punishment renew their meanings in the application of precautionary measures during criminal investigations. We concluded that the ways of thinking punishment in modern penal rationality (PIRES, 2004) have colonized the institute, which is evident not only through the dominant thought framework but also through the prevalence of imposed suffering and the difficulty in achieving the intended reduction in pretrial detentions.

Key-words: custody hearing; vocabularies of motive; modern penal rationality theory.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1 – Decisão ilustrativa.....	46
TABELA 1 – Procedimento de identificação dos motivos.....	51
TABELA 2 – Motivos estáveis na situação determinada.....	82
TABELA 3 – Dados sobre população prisional na Bahia.....	92

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPP	Código Processual Penal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
DPE/BA	Defensoria Pública do Estado da Bahia
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
IBADPP	Instituto Baiano de Direito Processual Penal
IDDD	Instituto de Defesa ao Direito de Defesa
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LASSOS	Laboratório de Estudos sobre Crime e Sociedade
TJ/BA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
OAB/BA	Ordem dos Advogados do Brasil, seccional da Bahia
ONU	Organização das Nações Unidas
RPM	Racionalidade Penal Moderna
SENAPPEN	Secretaria Nacional de Políticas Penais
SISDEPEN	Sistema Nacional de Informações Penais
RELIPEN	Relatórios de Informações Penais

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. CONTEXTO E DESCRIÇÃO DO CAMPO	15
3. REVISÃO DE LITERATURA	18
3.1. PESQUISAS SOBRE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL	18
3.2. TEORIAS SOBRE O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA PUNITIVO	26
3.3. TEORIAS DO ENCARCERAMENTO EM MASSA	29
4. MÉTODOS E TÉCNICAS	34
4.1. ALGUMAS REFLEXÕES EPISTEMOLÓGICAS SOBRE A PESQUISA EM DIREITO ..	34
4.3. SOBRE OS OLHARES DE QUEM PESQUISA	36
4.2. O CAMPO DA PESQUISA	38
4.3. “VOCABULÁRIO DE MOTIVOS” COMO FERRAMENTA DE ANÁLISE	41
5. ANÁLISE DOS DADOS	44
5.1. APRESENTAÇÃO DAS DECISÕES	44
5.2. EXTRAÇÃO DOS DADOS NOS DOCUMENTOS	48
5.3. IDENTIFICAÇÃO DOS MOTIVOS	50
5.3.1. Motivos para decretação da preventiva	52
5.3.2. Motivos para concessão da liberdade	57
5.3.3. Motivos para fixar cautelares	61
5.3.4. Motivos para o relaxamento	65
5.4. LINHA DE MONTAGEM E OS DESAFIOS DA FUNDAMENTAÇÃO	67
5.5. AFINAL, O QUE VALIDA UMA DECISÃO?.....	81
5.6. DIÁLOGOS ENTRE MANEIRAS DE PENSAR	88
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
REFERÊNCIAS	101
APÊNDICE	105
APÊNDICE I – MOTIVOS RELACIONADOS À PRISÃO PREVENTIVA.....	105
APÊNDICE II – MOTIVOS RELACIONADOS À CONCESSÃO DA LIBERDADE	108
APÊNDICE III - MOTIVOS RELACIONADOS À FIXAÇÃO DE CAUTELARES	110
APÊNDICE IV – MOTIVOS RELACIONADOS AO RELAXAMENTO.....	111

1. INTRODUÇÃO

Desde o ano de 2017, o Brasil ocupa o terceiro lugar no *ranking* mundial da população prisional, precedido na colocação tão somente pelos Estados Unidos e pela China. De acordo com a mais recente atualização da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), em junho de 2024, o país totalizava 663.387 (seiscentas e sessenta e três, trezentas e oitenta e sete) pessoas vinculadas ao sistema prisional (SISDEPEN, 2024). O número, ainda que elevado, fica aquém dos resultados divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. De acordo com o último Anuário (2024), que compilou os dados até o ano de 2023, a população prisional brasileira seria de 852.010 (oitocentas e cinquenta e duas mil e dez) pessoas

Não fosse o bastante, calcula-se o déficit entre 174.436 (cento e setenta e quatro mil, quatrocentas e trinta e seis vagas) (SISDEPEN, 2024) e 214.819 (duzentas e catorze mil, oitocentas e dezenove) (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2024) vagas. A expansão do encarceramento maciço e a superlotação dos presídios brasileiros remonta à década de 1990, período de reabertura democrática após os regimes ditatoriais:

Assim sendo, sublinhamos que o Estado Penal no Brasil possui uma inscrição de longa duração. Contudo, observamos que há uma potencialização deste Estado Penal a partir dos anos 1990, no Brasil, e, portanto, um dos sintomas mais visíveis do Estado Penal em ascensão, na sociedade brasileira, personifica-se na política do encarceramento em massa que é produzida de forma incessante ao longo das duas últimas décadas (SERRA, 2013, p. 34).

Ao lado do superencarceramento, integram a história das unidades prisionais brasileiras relatos de insalubridade, privações e arbitrariedades, circunstâncias que acarretam violação sistêmica a direitos humanos. Em momentos de colapsos, como nos casos de grandes rebeliões que alcançam alguma visibilidade através da mídia, as medidas de enfrentamento propostas pelos poderes públicos não são capazes de alterar as diretrizes da política penitenciária em voga desde meados do século XX. As soluções implementadas voltam-se à expansão das vagas, ao invés de reduzir a ocupação prisional (ADORNO e SALLA, 2007, p. 18).

O retorno ao estado democrático de direito a partir da segunda metade da década de 1980 não alterou substantivamente esse quadro, a despeito das mudanças institucionais que foram sendo introduzidas. Por longo tempo persistiram: prisões para averiguações sem ordem judicial; assombrosa atividade clandestina das organizações paramilitares; elevada impunidade nas graves violações de direitos humanos, mesmo naquelas de responsabilidade direta do Estado, tal como torturas como métodos usuais de investigação nas delegacias e distritos policiais; arbítrio na aplicação das normas regimentais, nisso incluído o uso de celas fortes como instrumento de contenção e repressão da massa carcerária e maus-tratos impingidos cotidianamente aos presos. Ademais, a ausência na proteção de direitos consagrados em convenções internacionais (direito ao trabalho, profissionalização, escolarização,

tratamento humano digno, assistência jurídica e social) colocou em evidência, nos dez anos seguintes ao retorno do país ao estado de direito (1985-1995), a falência das prisões (ADORNO e SALLA, 2007, p. 18)

Dentre as iniciativas legais com o intuito de frear o fenômeno do encarceramento em massa, destacamos a edição da Lei nº 7.209/1984, que instituiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. Nos termos legais, tal conversão somente seria possível para penas de até 01 (um) ano, o que limitava a incidência do instituto. Mais de uma década depois, momento em que as taxas de encarceramento já se encontravam em ascensão acentuada, editou-se a Lei nº 9.714/1998, ampliando a abrangência da substituição.

Inspirada pelos princípios garantistas da Constituição de 1988, a nova legislação pretendia reafirmar a subsidiariedade das soluções punitivas, tratando do direito penal como última alternativa à gestão pública dos conflitos sociais. No ano de 2015, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) realizou levantamento nacional a respeito da aplicação das penas alternativas. Quando da divulgação do relatório, sinalizou-se que apenas em 12,2% das sentenças criminais havia a substituição da pena por medida restritiva de direitos, contra 46,8% de prisões (IPEA, 2015).

Do universo de pessoas encarceradas, 183.781 (cento e oitenta e três mil, setecentos e oitenta e uma) ainda aguardam julgamento em primeira instância (SISDEPEN, 2024). Destacamos que o índice não abrange os indivíduos que recorreram das suas condenações (os quais, constitucionalmente, seriam considerados inocentes), mas já se encontram em cumprimento provisório de pena¹.

A rigor, nos termos da Constituição Federal, notadamente o princípio da presunção de inocência, tem-se como regra a garantia à liberdade de todos os indivíduos. Mesmo em relação aos que respondem a processo criminal, a segregação deve (ou deveria) aguardar o esgotamento de todas as vias recursais previstas (trânsito em julgado). Todavia, embora a privação à liberdade seja característica da pena (sanção aplicada após o julgamento), o instituto da prisão

¹ O debate a respeito da possibilidade de cumprimento provisório de sentença condenatória alcançou grande visibilidade entre os anos de 2016 e 2019. De início, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, após o julgamento do recurso de apelação (momento em que se esgota a apreciação dos fatos delitivos), seria possível executar a sanção penal sem se que configurasse violação à presunção de inocência; posteriormente, tal entendimento se inverteu. Contudo, na prática cotidiana dos sistemas criminais, é corriqueira a renovação da prisão preventiva quando da prolação da sentença condenatória – circunstância que implica, de fato, na execução provisória da pena. Paradoxalmente, tal violação pode trazer benefícios à pessoa detida, na medida em que autoriza a incidência dos institutos próprios da execução penal, como a progressão do regime.

preventiva permite a flexibilização da liberdade mesmo antes da sentença condenatória. Assim, os presos provisórios representam aqueles que não foram, até o momento, sentenciados.

No curso do processo criminal, flexibiliza-se o direito fundamental à liberdade nos casos em que houver risco à “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”, conforme sucessivas redações do artigo 312 do Código Processual Penal desde 1967. As prisões preventivas possuem natureza cautelar, ou seja, consistem em medidas decretadas por decisão judicial fundamentada no curso da investigação ou processo criminal. A decretação da prisão preventiva antecede a decisão de mérito do processo criminal, ocasião em que será determinada a condenação ou a absolvição. Por definição, não são confundidas com a pena: sanção penal formal determinada na sentença nos casos de condenação.

O Código Processual Penal prevê outras medidas cautelares, que consistem em restrições impostas durante o processo criminal para assegurar a produção das provas e o resultado útil do processo (artigo 282 do CPP). Uma análise sistêmica dos institutos penais, sem perder de vista a orientação garantista do texto constitucional, impõe à prisão preventiva a ideia de exceção, a ser evocada tão somente em circunstâncias extremas, quando frustradas as demais medidas cautelares previstas por lei. Não obstante, as prisões sem condenação respondem por quase um quarto da população prisional.

Seja pelo caráter relativista do direito à liberdade, seja pelas significativas taxas de aprisionamento cautelar, as prisões preventivas representam desafio particular dentre as medidas em prol da questão penitenciária brasileira. Em razão dessa peculiaridade, os órgãos do sistema de justiça criminal, bem como os poderes legislativo e executivo, são compelidos a pensar políticas específicas no sentido de refrear a expansão das prisões sem condenação.

Destaca-se, nesse sentido, a edição da Lei nº 12.403/2011, que alterou as disposições do Código Processual Penal no que diz respeito às medidas cautelares diversas da prisão. Por meio das novas disposições legais, pretendia-se relegar a prisão preventiva à última opção dentre as medidas restritivas a serem decretadas no curso do processo criminal, de forma a priorizar a liberdade dos acusados.

Não se pode afirmar que a pretendida redução das prisões cautelares tenha sido alcançada por meio dos novos dispositivos legais. Em 2011, ano de promulgação da Lei nº 12.403/2011, 33,8% da população carcerária era formada por presos provisórios; em 2012, 35,5%; em 2013, 37,2%; 2014, 40,1%. A partir de 2015, começam a serem percebidas reduções no índice, que nesse ano computou 37,5% (SISDEPEN, 2020).

Ao lado dos dados estatísticos, somam críticas da comunidade acadêmica aos efeitos contrários gerados pela Lei nº 12.403/2011, com especial destaque à ampliação da gestão penal por meio das medidas cautelares diversas da prisão. Ao invés de substituírem a prisão preventiva nos casos em que a medida se demonstrar excessiva, o regime de cautelares pode estimular a sua utilização de forma paralela às privações à liberdade. Ou seja: a partir da mencionada legislação, casos que seriam contemplados pela liberdade incondicionada passaram a ser geridos através das novas medidas restritivas, desvirtuando o declarado objetivo do legislador.

Falar em reformas parciais em um Processo Penal que implora por uma mudança estrutural exige cuidado. A promulgação de leis esparsas acarreta a perda de um referencial ideológico consistente, permitindo que a modificação legislativa escape da lógica sistêmica e enfraqueça a proteção das garantias, concebidas e preordenadas fundamentais (PRADO, MELCHIOR, 2011).

De acordo com o Instituto de Defesa ao Direito de Defesa (IDDD), a imposição de medidas cautelares diversas da prisão prevalece em 40% dos casos, contra 1% de liberdade provisória incondicional. A conversão em prisão preventiva, por sua vez, abrange 57% dos flagrantes (IDDD, 2019).

Compartilhando do mesmo intuito de refrear o crescimento das prisões sem condenação, o procedimento jurídico-criminal brasileiro passou a contemplar nova etapa, inaugurada pela Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)². O referido ato se ampara na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, 1969), que determina em seu artigo 8.1 que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CADH, 1969).

Em suas considerações iniciais, a Resolução menciona outros marcos antecedentes à sua edição, todos no sentido de salvaguardar os direitos e garantias de pessoas detidas por suspeita de prática criminosa. Com o intuito de compreender os objetivos da normativa, destacamos as considerações que seguem.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, proferiu decisão paradigmática em relação à “situação

² Somente a partir da edição da Lei nº 13.963/2019 (denominada “Pacote Anticrime”) as audiências de custódia passaram a ter previsão legal.

degradante das penitenciárias no Brasil”. Nos termos do julgado, a superlotação carcerária brasileira configura “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”. Por tais razões, concluiu a Corte Constitucional que “o sistema penitenciário nacional [deve] ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’”. Ao final, determinou-se que os juízes e tribunais brasileiros implementassem a realização obrigatória das audiências de custódia.

A Resolução considerou, ainda, relatórios produzidos pelo Subcomitê de Combate à Tortura e pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, ambos da Organização das Nações Unidas (ONU), além dos diagnósticos apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo antigo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), os quais dão destaque ao “contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente” (CNJ, 2015). Menciona-se, também, a Lei nº 12.403/2011, anteriormente citada, ressaltando o caráter subsidiário da prisão preventiva.

A partir das considerações levantadas pela Resolução nº 213/2015, percebemos diversos esforços empreendidos pelas instituições vinculadas à administração da justiça criminal em diagnosticar e sistematizar dados da situação prisional brasileira, com o intuito de promover estratégias de enfrentamento e mitigação. É neste contexto que são implementadas as audiências de custódia, representando um esforço em desafogar o sistema penitenciário e conter arbitrariedades por parte do poder público – principalmente a ocorrência de violência policial e o excesso de prisões preventivas desnecessárias.

As audiências de custódia consistem na apresentação ao judiciário dos indivíduos detidos em flagrante (surpreendidos no ato da atividade criminosa ou imediatamente após, conforme o artigo 302 do CPP), presencialmente e no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Neste momento, ainda não existe, tecnicamente, o processo criminal, que se inicia após o recebimento da denúncia (proposição de ação penal pelo Ministério Público, após encerramento das atividades investigativas preliminares). Os indivíduos detidos não são considerados réus, nem mesmo acusados no sentido formal dos termos jurídicos, devendo ser tratados como custodiados.

Por se tratar de relativa novidade no funcionamento da justiça criminal brasileira, as audiências de custódia representam um campo de estudo em construção. No presente trabalho, apresentaremos um panorama dos estudos que se voltaram para o mesmo objeto, com o intuito de compreender quais abordagens estão sendo desenvolvidas, os métodos de pesquisa utilizados

e quais os conhecimentos produzidos a partir de então. Dentre os trabalhos que tivemos acesso, destacamos, para análise em profundidade, pesquisas que adotaram recortes e/ou procedimentos que se aproximam da nossa investigação.

Dentre as possibilidades de investigação que se apresentam nesse campo, elegemos as decisões proferidas pelos magistrados como objeto de estudo. No teor do ato exclusivamente atribuído ao juiz, está contido o que podemos chamar de resultado das audiências de custódia: a determinação da prisão preventiva, a concessão da liberdade provisória ou o relaxamento do flagrante. Em outras palavras: quem manda prender ou soltar, ao fim e ao cabo, é o judiciário.

De acordo com o levantamento realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD, 2019) ao longo do ano de 2018, a conversão do flagrante em prisão preventiva, nas audiências de custódia, representou a determinação judicial de preferência. No município de Salvador, o percentual de segregações cautelares foi abaixo da média nacional, alcançando 36%; a liberdade provisória condicionada a cautelares diversas, por seu turno, totalizou 50% dos casos analisados.

Contudo, a proporção de presos sem condenação no estado, historicamente, ultrapassa a média nacional. No ano de 2018, das 14.896 (catorze mil, oitocentas e noventa e seis) pessoas que compunham a população prisional estadual, 7.252 (sete mil duzentos e cinquenta dois) correspondiam a presos provisórios, o que equivalia a aproximadamente 47%. De acordo com o último Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2024), enquanto os presos sem condenação no Brasil equivalem a 24,5%, na Bahia a proporção é de 44,1%, o que situa o estado entre as piores posições do *ranking* nacional.

Importante registrar, também, que o estado da Bahia concentra 06 (seis) das 10 (dez) cidades mais violentas do país. A Região Metropolitana de Salvador alcançou, em 2023, a marca de 3ª região intermediária com maior taxa de mortes violentas intencionais, com destaque para a proporção de vítimas decorrentes da atividade policial – que, em Salvador, alcançou 30,6% das mortes (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2024).

Tais dados são relevantes, para a presente pesquisa, pois as pessoas apresentadas em audiência de custódia são alvo do policiamento ostensivo. Na cidade de Salvador, temos, ao mesmo tempo, não só uma das polícias mais violentas, como uma das maiores taxas de encarceramento provisório do país. O que separa a prisão em flagrante e a prisão cautelar é, precisamente, a decisão do juiz.

Ao nos debruçarmos sobre as decisões, pretendemos identificar quais são as justificativas mobilizadas pelos magistrados para sustentar a determinação – tanto pela

segregação cautelar, quanto pela manutenção da liberdade ou pelo relaxamento. A partir do mapeamento das justificativas, pretendemos identificar o vocabulário de motivos incorporados ao processo decisório.

Para a construção do vocabulário de motivos, partimos da ferramenta de análise proposta por Charles Wright Mills (MILLS, 2016). Para o autor, a comunicação em situações sociais determinadas orienta a conduta dos agentes. O vocabulário de motivos, por sua vez, cumpre funções de integração, controle e especificação, de forma que a identificação dos motivos estáveis permite antecipar as consequências da ação social naquela situação delimitada. A partir do momento em que são identificadas as justificativas aceitas pela situação, é possível compreender quais motivos são aptos a produzir o resultado observado.

Alcançado o mapeamento das justificativas mobilizadas nas decisões, acreditamos que será possível identificar as maneiras de pensar que orientam a atividade dos magistrados. Para a compreensão do sistema de pensamento prevalente no exercício judicante, nos aproximaremos das lentes propostas pela teoria da Racionalidade Penal Moderna (PIRES, 2004). De acordo com Álvaro Pires, a rede de sentidos que constitui o sistema criminal é marcada por uma estrutura que privilegia a imposição da sanção penal aflitiva, negativa, hostil e atomizada. Tais aspectos são dominantes tanto na concepção teórica quanto na aplicação da sanção penal.

A construção teórica da racionalidade penal moderna não se refere, especificamente, às medidas determinadas no curso do processo (como a prisão preventiva), mas sim à imposição da pena após a condenação. Contudo, tanto a pena quanto a prisão preventiva têm em comum a privação à liberdade e, na prática, pouco se diferenciam. Resta-nos questionar se as demais características do discurso de justificação da punição também estão presentes nas decisões proferidas no âmbito das audiências de custódia.

Portanto, ao longo da presente pesquisa, pretendemos identificar as maneiras de pensar (CAPPI, 2020) que orientam a atividade dos magistrados no âmbito das audiências de custódia analisadas. Esse mapeamento ocorrerá por meio da identificação do repertório das categorias discursivas, ou vocabulário de motivos (MILLS, 2016), incorporadas às decisões. Ao final, pretendemos identificar se, e de que maneira, as ideias dominantes a respeito da penalidade (PIRES, 2004) estão presentes no campo da pesquisa.

2. CONTEXTO E DESCRIÇÃO DO CAMPO

No estado da Bahia, a implementação das audiências de custódia foi regulamentada pelo Provimento Conjunto nº 01/2016, da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça da Bahia. À época, a estrutura judiciária estadual já contava com o Núcleo de Prisões em Flagrante, projeto inaugurado no ano de 2013 para regulamentar as prisões em flagrante e a consequente custódia dos detidos, com o intuito de evitar a indevida restrição à liberdade nas carceragens das delegacias.

Para ingressar no Núcleo, era preciso se dirigir aos fundos da Central de Flagrantes da Polícia Civil, passando pela grade de acesso à carceragem. Na recepção, encontrava-se o balcão do cartório e a sala dos advogados, mantida pela Ordem dos Advogados do Brasil, seccional da Bahia (OAB/BA). Por uma porta com tranca elétrica eram acessadas as salas de audiência, a sala do Ministério Público, copa, banheiros, a sala da Defensoria Pública e a sala de espera dos custodiados (espaços elencados na ordem em que se dispunham).

O ingresso dos custodiados à sala de audiências não passava pelas instalações acima descritas. Na sala de espera havia uma passagem pelos fundos do edifício, um corredor aberto logo após a porta da recepção, utilizado pelos agentes da Polícia Civil para conduzirem os custodiados desde a carceragem. Também pelos fundos se acessava a sala destinada ao programa Corra pro Abraço³.

A sala de audiência era composta por uma mesa retangular, localizada no centro do ambiente, na qual se posicionavam o promotor de justiça (à direita do magistrado), o representante da defesa (à esquerda do magistrado), e o custodiado (na cabeceira oposta ao magistrado, próxima à porta de acesso). No fundo da sala se encontrava a mesa da magistratura, na qual se posicionavam o juiz e seus assessores, por trás de computadores. Ao longo da parede lateral, atrás da defesa, foram posicionadas cadeiras para espectadores – em maioria, estudantes de direito, vez que as disciplinas de prática jurídica têm o hábito de requisitar o acompanhamento de audiências diversas como meio de avaliação.

³ “O Programa Corra pro Abraço é uma iniciativa do Governo do Estado da Bahia, através da Superintendência de Política sobre Drogas e Acolhimento a Grupos Vulneráveis (Suprad), da Secretaria de Assistência e Desenvolvimento Social (SEADES), que tem como objetivo promover cidadania e garantir direitos de pessoas que fazem uso abusivo de drogas em contextos de vulnerabilidade, ou afetadas por problemas relacionados a criminalização das drogas. Baseado nas estratégias de Redução de Danos físicas e sociais, o Programa aproxima seus beneficiários das políticas públicas existentes, uma vez que o estigma e as desigualdades interferem em suas capacidades de busca, acesso e acolhimento pelos serviços públicos, prioritariamente nas áreas de saúde, assistência social, educação e justiça”. Disponível em: <https://corraproabraco.ba.gov.br/o-corra/>, acesso em 17/07/2023.

As audiências em si duravam entre sete e quinze minutos, a depender do número de flagranteados. De qualquer forma, a celeridade e a padronização marcavam o ato. Ao dar início à audiência, o juiz explicava ao custodiado, em linhas gerais, a finalidade do procedimento: verificar a legalidade da prisão e decidir a respeito da sua liberdade. Em seguida, passava-se à qualificação: quesitos relacionados ao nome completo, documentos oficiais, residência, escolaridade, ocupação, contatos, familiares etc.

Entre as perguntas formuladas a título de identificação, costumavam surgir questionamentos a respeito do uso de entorpecentes e passagens anteriores pelo sistema criminal – questões que, a rigor, não se relacionam à qualificação do indivíduo. Por fim, questionava-se sobre a ocorrência de violência ou coação policial, seja na abordagem, na condução até a delegacia ou no interrogatório.

Passada a palavra ao Ministério Público, a manifestação do promotor de justiça se iniciava pela análise das formalidades do auto de prisão em flagrante, com o intuito de identificar se os requisitos legais do documento foram atendidos. A lavratura incorreta do auto conduz ao relaxamento da prisão em flagrante; em sentido contrário, caso se conclua pela legalidade do ato, o promotor de justiça requer a sua homologação.

Por fim, o Ministério Público se posicionava sobre a conversão da custódia em prisão preventiva ou pela concessão da liberdade provisória, com a determinação de medidas cautelares ou não. Para tanto, explanava brevemente sobre as circunstâncias que, no seu entender, justificariam a medida requerida. Em geral, são elas: a gravidade da conduta, manutenção da ordem pública, segurança social ou prevenção à reiteração delitiva.

Em regra, a audiência de custódia não se destina a discutir os fatos pelos quais o custodiado foi detido, ou seja, se houve ou não cometimento de algum crime. Contudo, era comum ocorrerem perguntas nesse sentido, seja no intuito de averiguar a conduta dos policiais responsáveis pela abordagem, seja para verificar a autoria delitiva. Nos casos em que houve relaxamento da prisão em flagrante, as perguntas giravam em torno do fato em si, a fim de classificar a conduta como criminosa ou não. De qualquer forma, principalmente nas hipóteses em que os fatos não são discutidos, há a presunção da veracidade do relato apresentado pelo auto de prisão em flagrante.

Passada a palavra à defesa, esta se posicionava em contraposição aos requerimentos ministeriais. Tratava-se de uma manifestação reativa, voltada à desconstrução do opinativo do promotor de justiça. A acusação tende a não requerer a liberdade provisória incondicionada, de forma que cabe à defesa sustentar a sua possibilidade. Em decorrência da excepcionalidade da

liberdade provisória incondicionada, decretada em apenas 1% dos casos (IDDD, 2019), exigia-se dos defensores a articulação de argumentos e teses jurídicas mais detalhadas.

Recordamos que as audiências, em sua grande maioria, não passavam de 10 (dez) minutos de duração. As manifestações pelas partes, apesar de sugerirem maior atenção aos detalhes e à fundamentação dos pedidos, em verdade não contemplavam explicações minuciosas.

Por fim, retornava-se a palavra ao magistrado, que poderia proferir a decisão ainda em audiência ou disponibilizar posteriormente em meio escrito, lançando a decisão no auto de prisão em flagrante. Desde à qualificação aos pedidos – ou à decisão oral, se houver –, as audiências de custódia eram gravadas em meio audiovisual.

Após a realização das audiências de custódia, o auto de prisão em flagrante contará com dois novos documentos: o termo de audiência e a decisão interlocutória. O termo consiste em uma ata, documento sucinto que se limita à qualificação e aos requerimentos, não contemplando os argumentos apresentados pelos operadores jurídicos. A decisão apresenta a breve especificação das condutas tidas como criminosas, bem como a fundamentação do magistrado para embasar sua determinação. Trata-se de um documento exclusivo do judiciário, que abrange tão somente o opinativo do juiz.

3. REVISÃO DE LITERATURA

3.1. PESQUISAS SOBRE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL

A implementação das audiências de custódia em todos os tribunais de justiça brasileiros, de forma obrigatória, tem como marco temporal o ano de 2015, quando editada a Resolução nº 213/2015 do CNJ. O procedimento somente foi inserido na legislação brasileira em 2021, a partir da promulgação da Lei nº 13.964/2019 (conhecida como Pacote Anticrime). Apesar dos oito anos de vigência, o procedimento ainda representa um momento processual relativamente recente no trâmite da justiça criminal e ainda enfrenta desafios à sua consolidação.

De semelhante maneira, também para a academia as audiências de custódia representam um objeto de pesquisa em construção. Mais recentemente, assistimos ao crescimento do número de publicações científicas relacionadas à temática, as quais vão sendo divulgadas à medida que a presente pesquisa se desenvolveu. Por tal razão, acreditamos ser interessante traçar um breve panorama a respeito das possibilidades de abordagem das audiências de custódia como objeto de pesquisa sem, contudo, pretender esgotar a matéria.

Dentre os trabalhos que sucederam quase imediatamente a edição da Resolução, percebemos a preocupação inicial em situar, cronologicamente, os eventos legislativos e jurisdicionais responsáveis pela concepção das audiências de custódia no país. Em geral, as publicações desse estilo sustentam a necessidade de adequação do sistema criminal brasileiro a tratados internacionais, principalmente a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, normas subscritas pelo Brasil desde a década de 1990. Os autores de formação jurídica tendem a se preocupar com aspectos normativos do instituto, a exemplo da maneira que os textos legais deveriam disciplinar o instituto (CORDEIRO e COUTINHO, 2018; CHOUKR, 2015; GIACOMOLLI e GALÍCIA, 2017; LOPES JR. e PAIVA, 2014; MASI, 2015).

A partir da lógica dos referidos tratados internacionais – que se voltam à proteção de direitos humanos indisponíveis –, as audiências de custódia foram pensadas como instituto destinado à efetivação das garantias processuais. Dentre os objetivos declarados, a implementação do instituto se destinaria à redução das prisões preventivas desnecessárias, por força do caráter excepcional da segregação cautelar. Contudo, sinalizam os autores para a necessária transformação da mentalidade punitiva entre os atores do sistema criminal, sem o que as novas disposições normativas não alcançariam os objetivos pretendidos. A título

exemplificativo, criticam o desvio das finalidades almejadas pela Lei nº 12.403/2011, a denominada Lei das Cautelares, a despeito da clareza dos seus dispositivos jurídico-legais.

Por outro lado, observamos o desenvolvimento de pesquisas que priorizam abordagens quantitativas, que deram origem aos primeiros dados estatísticos sobre o fluxo do sistema das audiências de custódia. Para os fins da presente investigação, situada no município de Salvador, destacamos os relatórios publicados pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP) e pela Defensoria Pública do Estado da Bahia (DPE/BA).

O IDDD, organização da sociedade civil voltada ao desenvolvimento de projetos que fiscalizam o cumprimento das garantias constitucionais dentro das instituições do sistema criminal, acompanha a realização das audiências de custódia desde o ano de 2011, no estado de São Paulo. Após a implementação nacional, em 2015, o monitoramento já realizado pelo Instituto foi ampliado para acompanhar diversos tribunais de justiça do país, projeto desenvolvido em cooperação técnica com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Até o momento, o monitoramento nacional realizado pelo IDDD divulgou dois relatórios sistematizados de dados, o primeiro no ano de 2017 e o segundo, de maior abrangência, no ano de 2019. Para a realização das observações diretas e coleta de dados, o Instituto conta com a colaboração de pesquisadores locais dos estados monitorados. No estado da Bahia, o projeto foi implementado, nas duas edições, em parceria com o Laboratório de Estudos sobre Crime e Sociedade (LASSOS/UFBA), vínculo que nos permitiu participar diretamente dos levantamentos.

O relatório intitulado O Fim da Liberdade (IDDD, 2019), resultante do segundo monitoramento nacional, abrange dados coletados em 12 (doze) cidades brasileiras, onde foram acompanhadas audiências de custódia realizadas entre os meses de abril e dezembro de 2018. Ao longo da observação direta, foram acompanhadas, pelo menos, 10% da média mensal de audiências de custódia realizadas em cada cidade. Os atos observados foram selecionados de forma a contemplar a maior variedade possível de situações: dias da semana alternados e distintas composições dos atores jurídicos.

Para a coleta de dados do monitoramento, foram utilizados três formulários com quesitos de múltipla escolha. O primeiro, a ser preenchido por observação direta, voltou-se para a dinâmica das audiências de custódia: cumprimento dos requisitos legais previstos pela Resolução nº 213/2015 do CNJ, postura dos atores envolvidos (juízes, promotores, defensores, custodiado), os pedidos formulados pelas partes e a correspondente fundamentação.

O segundo formulário se dedicou às informações documentais extraídas dos autos de prisão em flagrante e boletins de ocorrência. Por meio do instrumento, foram coletadas informações sobre o perfil sociodemográfico do custodiado, o crime supostamente cometido, circunstâncias da prisão e o teor da decisão judicial. O terceiro formulário, por fim, a ser preenchido a partir de entrevistas semiestruturadas, voltou-se para a percepção dos custodiados a respeito da audiência e ao acesso à defesa.

O levantamento realizado pelo IDDD atende à importante demanda estatística sobre a implementação das audiências de custódia, mas não só. O esforço de contextualização e descrição do funcionamento e desdobramentos das audiências, em diferentes cenários nacionais, resultou em detalhado diagnóstico acerca do instituto jurídico, além de contribuir para a identificação das dificuldades e desafios em efetivar os objetivos declarados do instituto.

Também no ano de 2019, a Defensoria Pública do Estado da Bahia lançou o próprio relatório institucional de acompanhamento das audiências de custódia (DPE, 2019), contemplando informações coletadas entre os anos de 2015 e 2018 no município de Salvador. Os dados compilados dizem respeito ao perfil sociodemográfico dos custodiados, à prestação de assistência jurídica, ao conteúdo da decisão judicial, aos crimes supostamente cometidos e à taxa de retorno dos custodiados (como uma reincidência específica em audiência de custódia). Desde então, os relatórios elaborados pela DPE/BA vem sendo lançados anualmente.

Assim como o monitoramento realizado pelo IDDD, a iniciativa da DPE/BA atende, principalmente, à demanda por dados estatísticos. A posição privilegiada da instituição, que atua diretamente no sistema de justiça criminal, permite o acesso a todos os flagrantes realizados no município, o que contribui para uma análise mais abrangente do instituto na cidade de Salvador. O índice de retorno, por exemplo, constitui importante dado apresentado pelo relatório, o qual somente é alcançado através do acesso ilimitado ao fluxo do sistema.

O terceiro relatório de pesquisa mencionado, elaborado pelo IBADPP em convênio de cooperação técnico-científico com o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ/BA), resultou do monitoramento das audiências de custódia ocorridas no ano de 2016 em Salvador, logo após a implementação do instituto jurídico no município. A pesquisa representou o primeiro esforço local em produzir dados sobre o fluxo das audiências de custódia.

Apesar de contemplar informações estatísticas como os demais relatórios, a pesquisa realizada pelo IBADPP apresenta como diferencial a análise do conteúdo das decisões proferidas no âmbito das audiências de custódia. Foram analisadas, qualitativamente, 590 (quinhentas e noventa) decisões, oportunidade em que os pesquisadores se detiveram na

fundamentação jurídica em torno da decretação de prisão preventiva, da concessão de liberdade provisória e do relaxamento da prisão em flagrante (IBADPP, 2017).

Além das pesquisas empíricas voltadas à análise do fluxo do sistema, dos institutos jurídicos e da observância às disposições legais, ascendem pesquisas qualitativas que priorizam a compreensão acerca da violência policial e seus desdobramentos (BALLESTEROS, 2016). Como mencionamos anteriormente, o controle da violência policial figura entre os objetivos primordiais das audiências de custódia, na medida em que o contato presencial logo após o flagrante permitiria a verificação das possíveis marcas resultantes de agressões físicas. Tal potência, entretanto, ainda não se converteu em efetivo controle da atividade policial (JESUS *et al*, 2018).

Desde os primeiros contatos com o campo (quando da observação direta do segundo levantamento nacional do IDDD), considerando o curto período desde a formal implementação das audiências de custódia, a busca por pesquisas relacionadas ao instituto recomendou a consulta aos diversos repositórios de teses e dissertações das universidades públicas brasileiras. Percebemos que a temática ensejou a elaboração de diversas monografias junto às faculdades de Direito e, ao longo dos anos, notamos também a divulgação de trabalhos mais robustos, com destaque para abordagens empíricas.

Dentre os resultados encontrados nos acervos, chamou a atenção o trabalho realizado por Laís Küller, no qual a pesquisadora apresenta os resultados de muitos meses de observação direta às audiências de custódia realizadas no Fórum Criminal da Barra Funda, na cidade de São Paulo. A primeira visita ao local, em fevereiro de 2015, precedeu a Resolução nº 213/2015 do CNJ, quando as audiências de custódia naquele tribunal consistiam em projeto piloto. A abordagem etnográfica adotada pela pesquisadora permitiu descrever os primeiros momentos de implementação do novo instituto, bem como as tensões causadas entre os operadores do sistema de justiça criminal.

Diante da carência de fontes bibliográficas específicas sobre o tema à época, Küller embasou suas observações a partir de referências voltadas ao sistema de justiça criminal como um todo. Além de direcionar seu olhar para questões já conhecidas em torno das instituições punitivas, a pesquisadora confrontou as informações observadas com as diretrizes apresentadas pela bibliografia selecionada, com o intuito de compreender se as audiências de custódia estariam alinhadas à prática punitiva em voga ou, ao contrário, representariam “um ponto de inflexão”.

Apesar de afirmar o protagonismo dos juizes no desfecho das audiências de custódia, as observações de Küller dedicam especial atenção à violência policial. Sustenta a autora que os processos criminais são um contínuo dos flagrantes, nos quais prevalece a fé pública do policial. Dessa forma, observar a atividade policial permite compreender de que forma as condutas desviantes são adequadas aos tipos penais.

Dentre as inúmeras questões que as audiências de custódia permitem observar, destacamos quanto à prisão em flagrante: os tipos de crime, os mecanismos do flagrante, as narrativas, os discursos, a dinâmica, o processo segundo o qual o flagrante se constrói. Essas observações permitem preencher de conteúdo os números apresentados mensalmente pela secretaria de segurança pública quanto à produtividade policial e compreender melhor as dinâmicas de produção e reprodução da delinquência (KÜLLER, 2016, p. 67).

Para além das análises realizadas pela pesquisadora, alguns pontos metodológicos da sua investigação chamaram a nossa atenção, vez que em muito se assemelham à presente pesquisa. Conforme descreve a autora, não havia problema de pesquisa, recorte, métodos nem procedimentos quando das primeiras idas ao campo. Cada uma dessas etapas foi desenvolvida empiricamente, provocadas pelas inquietações suscitadas pelo objeto de estudo. A sinceridade com que os contornos da pesquisa foram apresentados por Küller, assim como o questionamento central (“ponto de inflexão”), em muito inspiraram a nossa investigação.

Em suas considerações finais, Küller pontuou que o advento das audiências de custódia “foge à lógica que preside as estratégias reativas de combate ao crime” (KÜLLER, 2016, p. 121). Alguns são os argumentos que a permitem concluir nesse sentido: primeiro, o fato de terem sido fomentadas por instituições voltadas à contenção do poder punitivo; segundo, o intuito em reduzir o encarceramento provisório e, por consequência, a população prisional; terceiro, o compromisso de fiscalizar o acesso a direitos fundamentais. Entretanto, a despeito do caráter inovador, as audiências de custódia não se mostraram aptas a coibir a reprodução de estruturas arcaicas presentes no sistema de justiça criminal.

Tais constatações nos levam a uma construção sobre as audiências de custódia em que o instituto pode ser lido enquanto uma estratégia do poder punitivo porque, embora pareçam estar inseridas em uma chave diversa de um projeto de recrudescimento das políticas da justiça criminal, parecem constituir um mecanismo necessário à manutenção do poder punitivo vigente, estando inclusive inseridas num contexto em que parecem deslocadas (KÜLLER, 2016, p. 55).

Para a pesquisadora, imprescindível a realização de alterações na cultura organizacional do sistema de justiça criminal. A permanência das lógicas de funcionamento cristalizadas pelas instituições do aparato punitivo, dentre as quais se destacam o policiamento repressivo e o

encarceramento em massa, inibem os efeitos pretendidos por alterações formais. As conclusões alcançadas por Küller em 2016, referentes ao cenário paulistano, vão ao encontro dos resultados obtidos por outras pesquisas desenvolvidas nos anos subsequentes em distintas cidades do país, a exemplo do mencionado relatório divulgado pelo IDDD no ano de 2019 – sugestivamente intitulado de O Fim da Liberdade.

Como o nome deste relatório sentencia, para a clientela preferencial do sistema de Justiça penal, o direito à liberdade irrestrita acabou. Menos de 1% dos casos monitorados teve como desfecho a concessão de liberdade provisória sem medida cautelar (...). Também é chocante a informação de que relatos de tortura são absolutamente negligenciados por todas as instituições (...). Se em pesquisas anteriores realizadas pelo Instituto levava-se em conta os desafios inerentes a um processo de implantação dessa magnitude, que teve a difícil tarefa de derrubar barreiras físicas, materiais, operacionais e culturais, agora é possível olhar para as audiências como um fato dado. A falta de maturidade do instrumento já não pode ser usada como ressalva e é preciso que as audiências de custódia deem sinais de que foram fortalecidas, e não absorvidas de maneira disfuncional pelo sistema de Justiça (IDDD, 2019, p. 120/121).

Em semelhante sentido conclui o pesquisador Paulo Victor Leôncio Chaves após se debruçar sobre o funcionamento das audiências de custódia no município de Teresina, no Piauí. Em sua pesquisa, Chaves se propôs a realizar uma etnografia documental das decisões proferidas em audiências de custódia naquela cidade, relacionadas às prisões em flagrante ocorridas entre os meses de agosto do ano de 2017 e julho do ano de 2018.

Ao longo da análise, foram priorizadas as decretações de prisão preventiva, mais especificamente as que se fundamentavam na garantia da ordem pública – um dos requisitos previstos pelo Código Processual Penal para justificar a privação da liberdade no curso do processo. A expressão normativa não encontra limites conceituais bem definidos. Por consequência dessa plasticidade, como define o autor, o requisito permitiu a banalização das prisões preventivas, servindo de justificativa legitimadora para a decretação de prisões preventivas arbitrárias. A garantia da ordem pública torna-se ainda mais questionável quando constatada a ausência de relação entre o fundamento arguido e a cautelaridade processual⁴.

Por meio da análise do conteúdo decisório, o autor desenvolveu um mapeamento demonstrativo do “senso comum teórico dos juristas” (CHAVES, 2020, p. 153), que seria a fonte de fundamentação das decisões judiciais. Como a própria expressão sugere, a motivação em torno da manutenção da liberdade (ou não) estaria impregnada das impressões pessoais dos magistrados, os quais decidiriam com base nas suas próprias ideologias e concepções. Portanto,

⁴ Ao menos em tese, a prisão preventiva deveria servir à proteção do resultado útil do processo, tendo em vista que constitui uma medida cautelar – por definição, uma medida assecuratória do processo em si.

através das decisões, Chaves pretendia extrair elementos que demonstrassem as compreensões individuais dos julgadores sobre o sistema criminal.

Quanto aos documentos analisados, o autor dedicou especial atenção à identificação de trechos repetitivos em diferentes decisões, em relação aos quais desenvolveu uma interpretação dos seus significados. Ao mesmo tempo, a partir dos sentidos atribuídos às expressões, delineou um sistema de correlatos semânticos que servem de “coringas argumentativos” (CHAVES, 2020, p. 106): construções discursivas que induzem uma conclusão decisória sem, contudo, estarem diretamente relacionadas ao caso sob análise do julgador.

Para o autor, a análise dos índices relativos às prisões preventivas após a implementação das audiências apresenta um “falso impacto positivo” (CHAVES, 2020, p. 142). Apesar de os gráficos comparativos indicarem, a partir do ano de 2015, a redução das prisões preventivas, o número absoluto de pessoas privadas de liberdade ascendeu de tal maneira que, apenas relativamente, os números de prisões preventivas aparecem como decrescentes – quando, na verdade, aumentaram.

Ainda de acordo com Chaves, a condução das audiências de custódia na capital piauiense se dissocia dos objetivos almejados pelo instituto. Para o autor, o procedimento se converteu em antecipação da instrução processual e, por consequência, em antecipação do juízo de culpa e execução da pena privativa de liberdade (CHAVES, 2020, p. 125).

Diante dos resultados obtidos, concluiu o pesquisador que alterações legislativas por si só, a exemplo da introdução das audiências de custódia nos diplomas legais brasileiros, não são capazes de alcançar os resultados pretendidos quando não se fazem acompanhar de transformações na mentalidade social (CHAVES, 2020, p. 162). As novidades técnicas, ainda que pretendam diminuir dos efeitos indesejáveis da justiça punitiva, filiam-se ideologicamente à legitimação do sistema criminal como resposta à resolução dos conflitos sociais (CHAVES, 2020, p. 169).

Investigar as audiências de custódia por meio das decisões judiciais também foi o caminho percorrido pelas pesquisadoras Livia Bastos Lages e Ludmila Ribeiro (LAGES e RIBEIRO, 2019). Em sua pesquisa, as autoras pretendiam identificar quais critérios orientam a tomada de decisão a respeito da privação à liberdade, e de que maneira as variáveis identificadas são determinantes.

No primeiro momento, através de observação direta, as pesquisadoras acompanharam as audiências de custódia ocorridas entre setembro de 2015 e março de 2016 em Belo Horizonte. Em seguida, em consulta aos autos de prisão em flagrante, foram extraídas as informações sobre

o perfil sociodemográfico dos custodiados, os crimes atribuídos e as determinações judiciais em si. Por fim, foram realizadas entrevistas em profundidade com os juízes, promotores e defensores públicos atuantes nos procedimentos, a partir das quais foram destacadas as palavras-chave que, para a análise das variáveis independentes, constituíram as categorias extrajurídicas.

A pesquisa se filia a outros estudos que se propuseram a “descortinar as engrenagens tecnicistas” (LAGES e RIBEIRO, 2019, p. 09) do processo decisório jurisdicional. Para além da mensuração de parâmetros, pretendiam as autoras problematizar se as determinações judiciais seriam orientadas por fatores técnicos ou, em sentido oposto, se funcionariam como reforço da seletividade própria das abordagens policiais.

Os sujeitos submetidos às audiências de custódia, tanto em Belo Horizonte como nas demais cidades do país, correspondem ao estereótipo do “elemento suspeito” discriminado pelo policiamento ostensivo que, ao invés de perseguir os crimes, inverte a lógica para vigiar as classes tidas como perigosas. Diante de tal realidade, questionam as autoras se, no âmbito das audiências, seriam observados os mesmos determinantes discriminadores, ou seja: qual o perfil dos indivíduos prioritariamente submetidos à prisão preventiva.

Através das entrevistas, verificaram as autoras que, entre os atores do sistema de justiça, persiste a crença da neutralidade da atuação. Por consequência, a seletividade é atribuída à atividade policial, enquanto a aplicação da lei seria técnica e neutra, ao largo das desigualdades estruturais. Os resultados obtidos pela análise, contudo, apontam em sentido contrário.

De acordo com os dados levantados por Lages e Ribeiro, é possível delimitar um perfil de indivíduos mais suscetíveis à prisão preventiva. No âmbito das audiências de custódia realizadas na capital mineira, os determinantes de maior significância seriam a reiteração delitiva e o tráfico de entorpecentes, o que aponta para a consolidação de um sistema de justiça criminal alinhado à campanha política de enfrentamento às drogas e à periculosidade social. Para as autoras, portanto, as audiências de custódia não só estão distantes da tecnicidade, como contribuem para o aprofundamento das desigualdades sociais:

Por essa lógica, a Audiência de Custódia pode ser vista como agente de manutenção das desigualdades sociais: ao mesmo tempo que a posição social do indivíduo influencia a medida cautelar que será adotada, essa determinação também demarca e reforça – pelo estigma da prisão – o lugar social a que o indivíduo pertence (...). Constatamos, portanto, que a decisão produzida na Audiência de Custódia é construída em linha de montagem (SAPORI, 1995), posto que alguns perfis de indivíduos e de crimes são mais suscetíveis à prisão preventiva do que outros. Todavia, essa decisão também passa por uma escolha política, muito conectada ao discurso de guerra às drogas (GRILLO, POLICARPO e VERÍSSIMO, 2011) e ao entendimento

de que determinados sujeitos são naturalmente mais perigosos do que os demais (ALVAREZ, FRAGA e CAMPOS, 2017), o que apontaria para o papel político do Judiciário (LAGES e RIBEIRO, 2019, p. 27).

Como dissemos anteriormente, os trabalhos aqui mencionados foram selecionados por apresentarem, de alguma forma, convergências com a presente investigação – seja quanto às inquietações, seja em relação à metodologia adotada. A partir do breve panorama a respeito dos estudos que se propuseram a investigar as audiências de custódia, longe de promover um esgotamento, pretendemos demonstrar de que forma está sendo construído esse novo campo de pesquisa, bem como apresentar as conclusões já alcançadas a respeito do instituto.

3.2. TEORIAS SOBRE O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA PUNITIVO

Apresentamos, até então, pesquisas que elegeram as audiências de custódia como objeto de estudo, que nos auxiliam a compreender a construção do campo de pesquisa escolhido. Contudo, a delimitação de tal campo não ignora que o novo instituto se insere no procedimento de justiça criminal como um todo e, por isso, o seu funcionamento tende a observar as regras operacionais desse microcosmo.

A partir do momento em que elegemos analisar as decisões proferidas pelos magistrados, por meio das quais pretendemos mapear o repertório de motivos que servem de fundamento ao desfecho das audiências de custódia, faz-se necessário compreender as maneiras de pensar que já orientam a imposição oficial da punição. É nesse sentido que nos auxiliam as construções teóricas de Álvaro Pires.

De acordo com a teoria da Racionalidade Penal Moderna (RPM) (PIRES, 2004), a justiça criminal é dotada de uma unidade de sentido própria. Tal maneira de pensar é caracterizada pelo imbricamento entre fatos e valores, configurando-se uma estrutura normativa de justaposição entre a norma de comportamento e a norma de sanção. Por consequência, traça-se uma armadilha cognitiva através da qual, ante o cometimento de um crime, tem-se a obrigatoriedade de imposição da sanção, sem a qual não se considera possível reafirmar o valor da norma de comportamento infringida.

Por força da colonização exercida pela racionalidade penal moderna sobre as tentativas de se refletir a respeito do aparato punitivo, cria-se a falsa ilusão de que a pena se reveste de caráter obrigatório. Além de necessária, a sanção imposta deverá ser negativa, voltada a causar sofrimento àquele que tenha cometido um crime. A própria compreensão da justiça criminal como punitiva decorre da maneira de pensar da racionalidade penal moderna:

A partir do século XVIII o sistema penal projeta um autorretrato identitário essencialmente punitivo, em que o procedimento penal hostil, autoritário e acompanhado de sanções aflitivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime (“só convém uma pena que produza sofrimento”). Esse núcleo identitário dominante da racionalidade penal moderna foi reproduzido incondicionalmente pelas teorias da pena aflitiva (da dissuasão ou da retribuição), que, valorizando tão somente os meios penais negativos, excluem as sanções de reparação pecuniária ou outras alternativas, e ainda por certas teorias contemporâneas (por exemplo, as principais variantes da teoria da prevenção positiva) (PIRES, 2004, p. 43).

Ainda de acordo com Pires, o sistema de pensamento da racionalidade penal moderna enxerga os indivíduos que incorreram em condutas criminalizadas como inimigos sociais, em relação aos quais se mostra necessária a intervenção hostil. Ao longo dos séculos, tal modelo de imposição de sofrimento vem sendo legitimado tanto pelas teorias que compreendem a pena como medida retributiva ao mal causado, quanto como instrumento de prevenção a novos delitos. Por qualquer aspecto que se analise, a forma de pensar o sistema criminal na modernidade cria a ilusão da obrigatoriedade punitiva (PIRES, 2004, p. 44).

Para o autor, a armadilha cognitiva que sustenta as sanções penais como negativas e hostis independe das visões políticas dos atores do sistema criminal. Desta maneira, configura-se um subsistema cultural “pré-político” ou “trans-político” (PIRES, 2005, p. 45). Em outras palavras: o posicionamento individual, seja de promotores ou juízes em atuação no sistema de justiça criminal, não é capaz de enfrentar ou mitigar o mecanismo de imposição da pena aflitiva, legitimada e naturalizada pela racionalidade penal moderna.

A constante referência à pena e à sanção penal, como sinônimos, sugere que a teoria da racionalidade penal moderna privilegiou, quando da sua formulação, a resposta dada pelo sistema punitivo ao final do processo, após a condenação. Todavia, a forma de pensar a punição atravessa o sistema de justiça criminal como um todo, modelando as modalidades de intervenção face ao crime de acordo com o *status quo* estabilizado pelas teorias clássicas da pena.

As prisões preventivas, por definição, não equivalem à pena. Na prática, entretanto, a segregação cautelar em muito se assemelha à sanção penal: em ambas, há a intervenção hostil, negativa e aflitiva, impondo a privação à liberdade e infligindo sofrimento. O obstáculo epistemológico representado pela racionalidade penal moderna, responsável pela marginalização de alternativas não punitivas, parece apresentar-se de semelhante maneira quando da decretação de medidas restritivas no curso do processo – não por coincidência, a

prisão preventiva representa a maior parte das determinações em sede de audiência de custódia no Brasil.

Para a análise do conteúdo das decisões a partir das lentes da racionalidade penal moderna, privilegamos a investigação a respeito da forma como as teorias clássicas da pena se manifestam nas justificativas apresentadas pelos julgadores. As teorias clássicas da pena representam o núcleo duro das modalidades de intervenção penal, consistindo em discursos autorizados em matéria punitiva. A racionalidade penal moderna, por sua vez, reúne cada uma das construções teóricas sob uma mesma rede de sentidos (CAPPI, 2020, p. 21).

De acordo com Cappi, as teorias legitimadoras da pena – retribuição, dissuasão, denunciação e reabilitação – reafirmam “a obrigação de punir e a valorização da (severidade da) pena aflitiva; a valorização da exclusão social e do encarceramento em detrimento das medidas alternativas” (CAPPI, 2020, p. 27). Assim como a armadilha cognitiva da racionalidade penal moderna impede a dissociação entre o crime e a imposição da pena, a maneira de pensar a responsabilização penal, a partir das mencionadas teorias, resiste à ascensão de respostas oficiais que escapem ao sofrimento e à privação da liberdade.

Do ponto de vista retributivo, a imposição do sofrimento por meio da pena devolve ao indivíduo o mal por ele causado, a título de reestabelecimento da justiça. Assim compreendida, a sanção penal representa uma obrigação moral reparatória. Em sentido diverso, a teoria da dissuasão defende que a punição se revestiria de utilidade, na medida em que a certeza da aplicação da pena seria apta e necessária para desencorajar a população como um todo de incorrer em condutas criminalizadas.

Para a teoria da denunciação, a resposta oficial à prática de delitos deve reafirmar o valor da norma violada. Para tanto, a pena deve representar a indignação causada pelo crime, perspectiva que confere ao castigo um valor simbólico. Por fim, para a teoria da reabilitação, marcada pela ideia da periculosidade, a pena se destina à recuperação e reeducação do indivíduo segregado.

Ainda de acordo com Cappi, as novidades em matéria punitiva, para que sejam aptas a produzir inovações no sistema de justiça criminal, devem se opor às bases da racionalidade penal moderna (CAPPI, 2020, p. 30). Para que uma novidade possa ser considerada inovadora, é preciso que a mudança se estabilize no procedimento punitivo e transforme a maneira de pensar e aplicar a penalidade – ou seja, é preciso que as alterações se oponham à barreira cognitiva da justaposição entre crime e sanção, bem como às teorias legitimadoras da pena.

Para o autor, as mudanças nas respostas oficiais ao crime podem ser compreendidas em etapas. O simples surgimento de novidades no procedimento ou nas modalidades de responsabilização é denominado de complexificação, a qual não necessariamente representa a transformação na maneira de pensar a punição. Mais além, é possível que a novidade seja selecionada pelo sistema, passando a integrar o seu funcionamento ao ser incorporada pelo programa normativo. Ainda assim, somente é possível falar em inovação quando as complexificações, além de selecionadas, são adotadas de maneira estável pelo sistema de justiça criminal e promovem a ascensão de uma nova racionalidade, etapa denominada de estabilização (CAPPI, 2020, p. 33/34).

Lembramos que as audiências de custódia, de acordo com os textos normativos que inauguraram o instituto no sistema processual brasileiro, visavam reduzir o contingente excessivo de presos provisórios. Assim formulada, a medida pretendia provocar uma inversão no fluxo do sistema de justiça criminal, complexificando o procedimento de responsabilização penal para permitir a alteração dos resultados observados.

A partir dos aportes teóricos delineados por Pires e Cappi, pretendemos identificar de que maneira as ideias dominantes acerca da penalidade estão presentes no material empírico coletado a partir das audiências de custódia. Pretendemos identificar se, e de que forma, a estrutura cognitiva da racionalidade penal moderna se apresenta no novo procedimento. Em outras palavras: de que forma as teorias legitimadoras da pena se manifestam na decisão que aprecia da possibilidade de segregação cautelar.

3.3. TEORIAS DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

Como dissemos, a delimitação do objeto de pesquisa não ignora o pertencimento das audiências de custódia ao aparato punitivo oficial como um todo. Ao passo em que a teoria da Racionalidade Penal Moderna contribui para a compreensão das armadilhas cognitivas e das maneiras de pensar a punição, outros são os aportes teóricos que nos acompanham no que diz respeito às manifestações da resposta penal institucionalizada.

Ao se debruçar sobre o sistema prisional estadunidense, Loïc Wacquant (WACQUANT, 2007) traça um panorama analítico desde a decadência do Estado de Bem-Estar Social até a ascensão do que denomina Estado Penal. O recorte temporal estabelecido pelo autor contempla o declínio dos investimentos públicos em serviços sociais, paulatinamente substituídos por políticas de criminalização das consequências da miséria de Estado, até a priorização da construção de unidades de encarceramento entre as décadas de 1960 a 1990 nos Estados Unidos.

A subversão das prioridades políticas é percebida não só através da reversão dos montantes direcionados a cada área de atuação do Estado, mas também na transformação dos serviços sociais em mecanismos de gestão das novas classes tidas como perigosas, bem como na vertiginosa ascensão do encarceramento. Para o autor, ampliou-se a imposição de penas privativas de liberdade não em resposta ao aumento da criminalidade, mas à neutralização e ao estoque das “frações excedentes da classe operária, notadamente os membros despossuídos dos grupos estigmatizados que insistem em se manter ‘em rebelião aberta contra seu ambiente social’” (WACQUANT, 2007, p. 16).

Ao analisar o perfil sociodemográfico dos sujeitos majoritariamente atingidos pela expansão do punitivismo – ou, na expressão utilizada por Wacquant, os “alvos privilegiados” do encarceramento massivo estadunidense –, concluiu o autor que a criminalização se direciona, por excelência, à população afroamericana. Para compreender tal cenário, Wacquant promove uma releitura histórica.

Desde a escravidão, os Estados Unidos desenvolveram uma série de mecanismos (políticos, governamentais, legais, ideológicos) voltados ao controle e sujeição das populações negras. Tais mecanismos são denominados pelo autor como “instituições peculiares”, em referência à nomenclatura adotada para designar a escravização nos estados sulistas (WACQUANT, 2007, p. 331).

Observa o autor que, entre os sistemas de dominação, existe uma relação de continuidade quanto aos fins, adequando-se às peculiaridades de cada período histórico para manter a relação de sujeição e controle da população afroamericana. Após a abolição, são editadas as leis de Jim Crow – sistema jurídico que prescrevia a segregação racial e restringia a autonomia de pessoas negras.

A partir do início do século XIX, o sistema Jim Crow progressivamente cede espaço à ascensão da terceira instituição peculiar. A expansão industrial e a oferta de mão de obra, associada ao declínio das plantações de algodão no sul do país, incentivou a massiva migração da população afroamericana para os centros urbanos. Surgem, então, os “guetos”, aglomerados populacionais nos arredores das cidades que permitiam a exploração da mão de obra negra, mas, ao mesmo tempo, garantiam a separação étnica.

Mudanças na conjuntura país, como o enfrentamento e aquisição dos direitos civis pela população afroamericana, bem como o crescimento de uma economia de serviços, tornaram obsoletas as funções de controle e sujeição do gueto, abrindo espaço para novas políticas de segregação. Face à decadência do gueto, sustenta o autor que a prisão ascende como quarta

instituição peculiar estadunidense, vinculando-se ao gueto e suplementando as funções que este não mais exercia.

A breve incursão aqui relatada é necessária para compreender o argumento defendido por Wacquant: a ascensão do sistema penitenciário como quarta instituição peculiar dos Estados Unidos (WACQUANT, 2007, p. 332). Assim como a escravidão, o sistema Jim Crow e o gueto, a prisão assume a função de estigmatizar, coagir, confinar e segregar a população afroamericana, garantindo a sujeição e o controle dos indesejáveis. Lembramos que o recorte temporal analisado pelo autor se insere no período destacado por Pires em relação à racionalidade penal moderna.

Destacamos, com Azevedo, Sinhoretto e Silvestre (2022, p. 267-270), que o modelo explicativo proposto por Wacquant não responde totalmente às peculiaridades brasileiras. Desde a Constituição de 1988, ascenderam políticas de bem-estar social no país, as quais coexistiram com a expansão do sistema prisional. Contudo, a partir de 2016, vivenciamos o declínio das iniciativas voltadas à redução da desigualdade social e o recrudescimento do punitivismo, o que aproxima o Brasil do modelo estadunidense.

Compreender o desenvolvimento do sistema punitivo nos Estados Unidos se justifica não só por sua posição privilegiada no *ranking* do encarceramento mundial, mas também pela representatividade que as respostas penais adotadas pelo país assumem na cultura do controle contemporânea (GARLAND, 2008, p. 33/34). Tal conhecimento, antes de enfraquecer a necessidade de desenvolvimento de pesquisas com recortes mais focais, contribui com a formulação de parâmetros estruturais que inspiram e complementam as análises em outras escalas e contextos.

Assim como as prisões estadunidenses são destinadas à sujeição e ao controle da população não-branca, precarizada, periférica e empobrecida, como demonstrado por Wacquant, fenômeno similar é observado nos cárceres latinoamericanos. A seletividade das agências penais, antes de corresponder a um efeito colateral remediável, encontra-se no cerne do aparato repressivo.

Sustenta Rosa Del Olmo que a política criminal pós-moderna em voga na América Latina orienta-se para a utilização das prisões como depósito de populações tidas como perigosas e “descartáveis”, selecionadas a partir dos setores sociais mais pobres (DEL OLMO, 2002, p. 375). Nesse cenário, a observação do sistema punitivo a partir dos seus efeitos em sentido macro – como o fenômeno do encarceramento em massa e a seletividade social do

público-alvo –, permite concluir que as pretensões normativas, em regra, não encontram correspondência na realidade.

Se a discrepância entre as funções pretendidas e as funções latentes do sistema criminal já se fazia perceber em contextos sociopolíticos distintos, a calamitosa situação dos cárceres latinoamericanos, nos quais há sistêmica violação aos direitos humanos, põe abaixo a falsidade do discurso jurídico-penal (ZAFFARONI, 2001, p. 35).

A eficácia invertida significa, então, que a função latente e real do sistema não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construí-la seletiva e estigmatizantemente, e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, de gênero, de raça) (ANDRADE, 2012, p. 136).

Avançando no debate proposto pela criminologia crítica, Ana Luiza Pinheiro Flauzina sustenta que o Estado brasileiro é responsável pela implementação de um projeto genocida dirigido à população negra, projeto este que se fundamenta em torno do racismo. Para a autora, a partir de uma releitura da história brasileira registrada pelos sistemas de controle social, o mito da democracia racial serviu de sustentação às assimetrias raciais, preservando-as do confronto direto e mantendo a discussão sobre o racismo “pelo acostamento” (FLAUZINA, 2016).

Dessa maneira, efetivou-se o silenciamento a respeito do mecanismo ideológico originado na escravização, do qual herdamos a lógica de dominação étnica que, ainda hoje, justifica o direcionamento da violência legítima à população negra.

Dialogando com essas indagações, acreditamos que esse excedente de violência assumido pelas práticas penais latino-americanas tem se avaliado em dois níveis interdependentes. Primeiro, devemos levar em conta que a forma de atuação dos sistemas penais está intimamente relacionada ao tipo de pacto social a que deve dar sustentação. E em segundo lugar, que sua forma de agir está condicionada pelos seus destinatários. E é aí que entra o grande complicador. Porque, na América Latina, o racismo é a variável que dá conta dessas formulações. Em outras palavras, defendemos que o racismo é o fundamento que justifica a existência de sistemas penais de caráter genocida em nossa região (FLAUZINA, 2016, p. 30).

As construções teóricas aqui referenciadas materializam o tão mencionado sistema punitivo, ou sistema de justiça criminal. Mencionamos, anteriormente, que as audiências de custódia representam apenas um dos procedimentos de um mecanismo mais amplo, dotado de unidade de sentido própria – a racionalidade penal moderna. Dissemos, também, que a inserção nesse sistema tende a impor a sua lógica de funcionamento, marcada pela predileção às respostas aflitivas. Entretanto, a investigação a respeito do programa de linguagem que se opera

nas decisões judiciais, em decorrência do objeto e método escolhidos, pode dar origem a análises abstratas.

Do que já conhecemos das decisões judiciais que integram o corpo da análise, não há menção à raça ou à classe dos custodiados. Essas ausências corroboram (e são corroboradas por) a crença, compartilhada pelos operadores jurídicos, no sentido de que a sua atuação seria puramente técnica e neutra (LAGES e RIBEIRO, 2019). Todavia, não podemos nos esquecer que, enquanto a população prisional brasileira é constituída, majoritariamente, de pessoas negras, jovens, empobrecidas e de baixa escolaridade, o Poder Judiciário é integrado por:

As mulheres representam 38% da magistratura (...). A idade média do magistrado brasileiro é 47 anos (...). Pouco mais de um quarto dos magistrados nasceu no Estado de São Paulo (...). A maior parte dos magistrados (80%) é casada ou possui união estável. Entre os homens, o percentual de casados é de 86%, e entre as mulheres, 72% (...). No que se refere ao perfil étnico-racial, a maioria se declara branca (80,3%), 18,1% negros (16,5% pardos e 1,6% pretos), e 1,6% de origem asiática (amarelo) (CNJ, 2018).

Como nos ensina Angela Davis (2023), as prisões são destinadas à parcela indesejável da população, ali depositada para nos livrar da “responsabilidade de nos envolver seriamente com os problemas da nossa sociedade, especialmente aqueles produzidos pelo racismo e, cada vez mais, pelo capitalismo global” (DAVIS, 2023, p. 17). Quando nos propomos a analisar o conteúdo das decisões judiciais que privam a liberdade de uma pessoa que deveria ser tratada como inocente, não podemos permitir que o aparente tecnicismo do objeto de pesquisa esconda o que o sistema punitivo, de fato, representa.

4. MÉTODOS E TÉCNICAS

4.1. ALGUMAS REFLEXÕES EPISTEMOLÓGICAS SOBRE A PESQUISA EM DIREITO

As pesquisas qualitativas, voltadas para a compreensão em profundidade e complexidade dos fatos sociais, proporcionam diversas possibilidades de abordagem face a objetos inseridos no campo jurídico. As instituições da administração da justiça, embora operem a partir de um sistema codificado dogmático, produzem processos e relações sociais que são passíveis de observação multidisciplinar, das quais se destacam as abordagens sociológicas.

As questões contemporâneas da sociedade (...) são reguladas cada vez mais por figuras jurídicas caracterizadas por uma *textura normativa aberta* (...) e as Ciências Sociais serão assim mais e mais consideradas como recursos cognitivos importantes para a determinação e a especificação jurídicas – serão essenciais portanto para aqueles que *pensam e dizem* o Direito (GARCIA, 2014, p. 183).

Os documentos produzidos ao longo do trâmite jurisdicional, na maioria dos casos, tendem a se revestir de vocabulário técnico em excesso, aliado à escolha por expressões formais. Por consequência, os textos podem se apresentar de difícil compreensão não só para as pessoas em geral, mas também para profissionais e pesquisadores vinculados a outras áreas do conhecimento (BOURDIEU, 1989).

Acreditamos que a graduação em Direito, aliada à experiência profissional em instituições auxiliares da justiça, poderá contornar as dificuldades de compreensão das categorias propriamente jurídicas. Ao mesmo tempo, permanece o desafio em compreender o objeto de pesquisa através de outras lentes, respeitando o sistema de referências das Ciências Sociais.

Quando mencionamos as categorias jurídicas, queremos nos referir aos termos e expressões previstos por textos legais, os quais se vinculam a institutos próprios do direito. No âmbito das audiências de custódia, o mais forte exemplo é a categoria da ordem pública. Não nos propomos, contudo, a esmiuçar as construções doutrinárias próprias do conhecimento jurídico para compreender a sua mobilização e abrangência, nem mesmo a legalidade da sua aplicação nas audiências observadas.

Na medida em que as leis consistem em instrumentos de mediação das relações sociais e resolução de conflitos, as figuras jurídicas, invariavelmente, dizem respeito a questões sociais. Assim, a investigação das instituições e comunicações jurídicas, através de métodos e

conhecimentos próprios das Ciências Sociais, apresenta-se como recurso cognitivo essencial para a construções de saberes sobre e para o Direito (GARCIA, 2014, p. 182). No intuito de conciliar as potências e desafios mencionados, pretendemos observar as seguintes posturas:

As três propostas epistemológicas que exploraremos no interior deste artigo – e que têm o potencial de favorecer o diálogo entre o Direito e as Ciências Sociais – podem ser formuladas provisoriamente do seguinte modo: (i) o “descentramento” do sujeito (retirando-lhe o lugar de destaque na análise) é uma estratégia que permite melhor descrever e captar a distância que pode existir entre as representações dos atores e a comunicação do sistema (ao qual eles se filiam) – a qual mais produz o ator, do que o inverso; (ii) a entrevista qualitativa concebida como “entrevista reflexiva” com o sistema é uma metodologia promissora para *observar* a comunicação do sistema – a *comunicação* do sistema jurídico se torna o elemento a partir do qual podemos captar *empiricamente* o Direito como sistema social; (iii) finalmente, a dessubstancialização das categorias jurídicas nos parece uma condição necessária para poder desenvolver um olhar *externo* sobre o Direito e tornar possível a pesquisa multidisciplinar neste domínio (GARCIA, 2014, p. 185).

Para Margarida Garcia, os debates a respeito da relação entre o Direito e as Ciências Sociais, em grande medida, promovem a distinção entre duas posturas tidas como incompatíveis para se observar os objetos inseridos no campo jurídico: o olhar interno e o olhar externo. As pesquisas sociológicas “sem o Direito”, a partir do olhar externo, tendem a não abordar os sistemas de ideias próprios do conhecimento jurídico. As abordagens que conciliem os olhares, por sua vez, podem contribuir para a evolução do conhecimento na medida em que agreguem informações proporcionadas tanto pelo Direito quanto pelas Ciências Sociais (GARCIA, 2014, p. 187/188).

A postura metodológica de “descentrar” os sujeitos em atuação no campo jurídico permite privilegiar as estruturas cognitivas do sistema, compreendidas em sua historicidade. O nível de análise proposto se distingue da observação da psicologia dos atores envolvidos: o objeto da investigação deixa de ser as concepções particulares dos juízes, pois os discursos por eles proferidos respondem às expectativas normativas vinculadas ao sistema que integram.

De acordo com a perspectiva adotada por Margarida Garcia, os sistemas detêm autonomia na criação de significados. A legitimidade das justificativas formais adotadas no processo decisório é alcançada a partir da utilização “em cadeia” dos argumentos. Consideradas, enfim, legítimas, as justificativas são mobilizadas em um “processo de reciclagem cognitiva”, que orienta as decisões em função do sistema de pensamento dominante mesmo que os atores envolvidos não se filiem, individualmente, às motivações institucionais (GARCIA, 2014, p. 193).

O que pretendemos compreender, portanto, “são as constrações comunicativas sistêmicas que enquadram o discurso dos atores” (GARCIA, 2014, p. 193). No âmbito das audiências de custódia no município de Salvador, quais os meios de comunicação sistêmica? O que esses meios de comunicação têm a nos dizer a respeito dos sistemas de pensamento e constructos cognitivos que orientam as decisões proferidas?

Para a construção sociológica das categorias mobilizadas pela comunicação sistêmica, as categorias jurídicas passam pelo processo de “dessubstancialização”. Com dissemos anteriormente, não nos cabe questionar e enfrentar as construções teórico-dogmáticas das categorias jurídicas, mas identificar os sentidos a elas atribuídos no quadro de referência das audiências de custódia. Desta maneira, permite-se a observação externa do direito e a realização de pesquisas multidisciplinares a respeito de objetos jurídicos (GARCIA, 2014, p. 204).

As posturas metodológicas sugeridas por Garcia se apresentam como possibilidade de ruptura epistemológica com o objeto e, ao mesmo tempo, como um caminho para conciliar os olhares interno e externo sobre o campo em análise. Assim, ao invés de afastar o método científico sociológico do universo de referências do direito, pretendemos aproximar as abordagens.

4.3. SOBRE OS OLHARES DE QUEM PESQUISA

Aproveito o ensejo das contribuições de Margarida Garcia, sobre conciliar os olhares, para apresentar um pouco sobre a minha formação. O interesse pelo Direito Penal surgiu desde os primeiros anos da graduação, o que me fez buscar leituras que ultrapassassem a visão dogmática sobre o crime. Foi nesse percurso que conheci, ao lado de professores e amigos com as mesmas afinidades e alinhamento, a Criminologia Crítica, literatura marcante nas nossas investigações além dos manuais jurídicos, bem como na minha formação.

Mais para o final da graduação, participei do Patronato de Presos e Egressos da Bahia, que presta assessoria jurídica gratuita em unidades prisionais de Salvador. Na época, maior parte dos assistidos correspondia a presos sem condenação, de forma que o trabalho se voltava para a elaboração de pedidos de liberdade provisória, relaxamento da prisão e *Habeas Corpus*.

Ao mesmo tempo, prestei estágio no Ministério Público do Estado da Bahia, também na área criminal. O contraste entre os papéis sempre foi estimulante: ao acompanhar o raciocínio da acusação e a construção dos argumentos contrários à defesa, acreditava que poderia instrumentalizar esse conhecimento. Era uma visão em parte apaixonada, em parte ingênua, mas que desde então despertou meu interesse para o discurso dos atores do sistema de justiça.

Sempre me intitulei garantista, inclusive para aqueles que me orientaram junto ao Ministério Público. Uma das minhas mentoras no órgão, que ainda hoje considero amiga, chegou a me presentear com o clássico *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli. Era uma postura curiosa, contribuir para a acusação sem acreditar no que estava escrevendo. Talvez a compreensão de que o sistema se reproduz independentemente das pessoas tenha surgido a partir de então.

Retornei ao Ministério Público anos depois, na posição de assessora jurídica – sob muitas piadas dos amigos, que seguem alinhados à defesa. Permaneço no órgão, e devo confessar que a potência da instituição me admira. Às vezes me preocupo em perder parte da minha indignação para com o sistema punitivo, absorvida pelas engrenagens da instituição. Mas, para o meu consolo, não lido com os casos que correspondem à tradicional clientela do sistema penal.

Passados muitos anos nessa função, para além do aprimoramento do aprendizado técnico, acredito ter me tornado uma expectadora privilegiada da construção do raciocínio da acusação. Não só expectadora, na verdade, mas também replicadora – não sem algum sofrimento em certas situações, muito contrastantes com o marco teórico que ainda me inspira.

A questão central é que meu cotidiano, assim como o meu interesse, tornou-se a análise e a construção de peças jurídicas. O discurso é fascinante na sua lógica e nas suas contradições, a despeito das quais permanece alcançando os efeitos pretendidos. Por trabalhar com situações que fogem à regra da esteira de produção, sei exatamente o tempo e esforço que pronunciamentos minuciosos exigem, condições que não são dadas em todos os setores que lidam com demandas judiciais.

Não por acaso, quando acompanhei as audiências de custódia na posição de pesquisadora, concentrei a atenção nas falas dos atores ali presentes. O interesse em investigar as decisões se situa no ponto de convergência entre os caminhos que percorri até aqui: da formação técnica em direito, das pesquisas para além das formas jurídicas, da atuação pela liberdade dos presos sem condenação, da prática cotidiana em construir discursos semelhantes aos que gostaria de enfrentar.

Tudo isso só seria possível se eu me despisse, em parte, das lentes jurídicas. Com a *Criminologia Crítica*, no início dessa jornada, ouvi pela primeira vez sobre a virada sociológica. A partir de então, compreendi que seria necessário me aproximar de outras formas de se investigar o meu campo de atuação, o que me levou, enfim, ao mestrado em Ciências Sociais.

Aprender a transformar o Direito em objeto de estudo sociológico foi, e segue sendo, dos maiores desafios que já me propus. É difícil analisar um processo, ou parte dele, sem me questionar quais os caminhos jurídicos de resposta. Graças, também, às Ciências Sociais, compreendi que o olhar treinado dentro do sistema pode representar uma ferramenta, não um obstáculo.

Na esteira de Margarida Garcia, mais uma vez, espero ter contribuído para a aproximação entre os olhares “com” e “sem” o Direito. Da minha parte, o desafio não só acalmou inquietações sobre esse universo que denominamos sistema de justiça criminal, como, sem dúvidas, transformou em definitivo a minha maneira de olhar.

4.2. O CAMPO DA PESQUISA

Ao longo do ano de 2018, participamos do monitoramento nacional promovido pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), na condição de pesquisadoras do grupo de pesquisa parceiro, o LASSOS/UFBA. Durante o projeto, que resultou no relatório O Fim da Liberdade (IDDD, 2019), acompanhamos presencialmente audiências de custódia do município de Salvador, adotando a observação direta para levantar as informações requeridas pelo primeiro formulário de coleta proposto pelo IDDD.

Nesse momento da pesquisa idealizada pelo Instituto, o referido formulário se destinava à verificação dos requisitos legais previstos pela Resolução nº 213/2015 (CNJ), à observação da postura dos atores envolvidos (juízes, promotores, defensores, custodiado), os pedidos formulados pelas partes e a correspondente fundamentação. Lembramos que as audiências duram aproximadamente 10 (dez) minutos; considerando a celeridade do procedimento, o questionário contemplava respostas estruturadas de múltipla escolha.

Em campo, para além dos itens contemplados pelo formulário, chamaram a nossa atenção os comentários emitidos pelos operadores jurídicos. O teor das comunicações entre os representantes das instituições da justiça criminal se adequava de acordo com o momento: quando as audiências estavam sendo gravadas, o tratamento era formal, protocolar, como um *script*. Por outro lado, entre uma audiência e outra, os agentes se permitiam comentários coloquiais sobre os casos, até mesmo para com os custodiados.

A partir das observações diretas, identificamos padrões nas comunicações que permitiram antecipar o desfecho da audiência: referências à ficha criminal do custodiado e à sua aparência, comentários sobre o crime supostamente cometido (a respeito, por exemplo, do emprego de arma de fogo e uso de violência física), informações sobre o local do flagrante, a

quantidade de entorpecentes apreendida etc. Até mesmo a postura, a escolha das palavras e o tom empregado por cada um dos operadores, se mais rígido ou mais jocoso, davam indícios da decisão. Notamos, também, a mobilização de categorias jurídicas específicas, como “ordem pública”, “periculosidade”, “gravidade”, “reiteração delitativa” e “defesa social”.

O campo da pesquisa desenvolvida pelo IDDD nos permitiu explorar outras possibilidades investigativas a respeito das audiências de custódia. Naquela oportunidade, não nos detínhamos em objeto de pesquisa específico, de forma que as inquietações causadas pelo campo precederam a definição dos métodos e procedimentos da presente pesquisa.

Percebemos que o incômodo para com as audiências de custódia se voltava, principalmente, à motivação atrelada à decisão. Ocorre que, mesmo antecipando o desfecho a partir das comunicações no curso do procedimento, a determinação judicial em si, na maioria dos casos, não era proferida durante a audiência. Portanto, recorrer à análise documental era imprescindível para conhecer o resultado da audiência – etapa também contemplada pela pesquisa do Instituto.

É a partir desse momento que a presente pesquisa ganha contornos mais precisos, diferenciando-se do levantamento organizado pelo IDDD. Considerando a especial inquietação para com a comunicação entre os operadores jurídicos, delimitamos o nosso próprio objeto de pesquisa: as justificativas em torno da determinação de liberdade ou segregação do custodiado, elegendo as decisões judiciais como fonte de dados.

Diante da escolha por conhecer o teor das decisões, tornando-as a principal fonte de informação para o desenvolvimento da presente pesquisa, recorreremos à análise documental. As decisões podem ser classificadas como arquivos públicos, o que significa dizer que, paradoxalmente, nem sempre o seu conteúdo é acessível (CELLARD, 2008, p. 296). A primeira dificuldade nesse sentido foi superada pelo próprio monitoramento nacional do IDDD, já que a pauta das audiências disponibilizada aos pesquisadores continha os números dos processos.

Todos os processos e procedimentos criminais em curso no município de Salvador são digitais, armazenados na plataforma virtual do Tribunal de Justiça da Bahia. Contudo, somente é possível acessar o seu conteúdo de duas formas: a primeira, através da chave do processo, senha disponibilizada apenas aos envolvidos; a segunda, por cadastro autorizado aos membros e servidores das instituições auxiliares da justiça e à advocacia – categoria profissional que fazemos parte.

Após a observação direta, tivemos acesso a 119 (cento e dezenove) procedimentos apreciados em audiência de custódia no município de Salvador, entre os meses de abril e junho

do ano de 2018, documentos que compõem o nosso acervo. Destacamos que, do universo de audiências observadas ao longo do monitoramento do IDDD, não pudemos aproveitar na presente pesquisa os possíveis casos de crimes sexuais, vez que os processos costumam tramitar em segredo de justiça. Os casos, classificados a partir da tipificação jurídico-penal, contemplam: crimes de ameaça (cinco), porte de arma de fogo (cinco), homicídio (cinco), lesão corporal (quatro), desacato (um), estelionato (dois), furto (dez), receptação (oito), roubo (trinta e três), tráfico (quarenta e cinco) e trânsito (um).

Com os documentos em mãos, adotamos como primeiro passo conhecer todo o acervo selecionado. Assim, é possível identificar quais questionamentos podemos dirigir aos documentos – ou seja, quais perguntas as decisões podem nos responder. O que as decisões contemplam? Quais informações estão inseridas nesses documentos? Como conhecê-los? E mais: o que há nas decisões, para além das categorias jurídicas?

Isso porque a pesquisa documental exige, desde o início, um esforço firme e inventivo, quanto ao reconhecimento dos depósitos de arquivos ou das fontes potenciais de informação, e isto não apenas em função do objeto da pesquisa, mas também em função do questionamento. Uma preparação adequada é também necessária, antes do exame minucioso de fontes documentais previamente identificadas. Nesse estágio, o principal erro consiste em se precipitar sobre o primeiro bloco de documentos obtido, antes de realizar um inventário exaustivo e uma seleção rigorosa da informação disponível (...). Uma pessoa que deseje empreender uma pesquisa documental deve, com o objetivo de constituir um *corpus* satisfatório, esgotar todas as pistas capazes de lhe fornecer informações interessantes (CELLARD, 2008, p. 298).

Em sequência, para a análise do conteúdo dos documentos, o acervo foi organizado em sessões, da seguinte forma: *a)* de acordo com o tipo penal preponderante⁵, e *b)* de acordo com o resultado – se conversão em prisão preventiva, se concessão da liberdade provisória, se relaxamento da prisão em flagrante.

Sabemos, a partir da experiência profissional em instituições auxiliares da justiça, que a confecção das manifestações jurídicas é marcada pelo uso de modelos, expressão adotada entre os próprios atores do sistema. A cada novo caso, seleciona-se um documento relacionado a um caso anterior que guarde o maior número possível de semelhanças (mesmo crime e mesma determinação, por exemplo). Assim, somente será necessário ao operador do direito adequar as partes específicas do novo caso, aproveitando as informações já utilizadas e validadas pelo sistema.

⁵ Nos casos em que houver o concurso de crimes, ou seja, a responsabilização por mais de um tipo penal, prevalecerá a classificação de acordo com o crime de maior pena.

Cada subdivisão foi analisada integralmente, antes de partirmos para outro grupo de decisões. Sem perder de vista o procedimento adotado pelos atores do sistema de justiça para a elaboração das manifestações escritas, o procedimento assim escalonado auxiliou não só na identificação dos meios de comunicação sistêmica, mas também no mapeamento do vocabulário de motivos vinculados a cada uma das situações – categoria de análise que abordaremos mais adiante.

Para a tabulação dos dados, foram registrados: *a)* o crime, de acordo com as macro categorias anteriormente mencionadas (ameaça, porte de arma, homicídio, lesão corporal, desacato, estelionato, furto, receptação, roubo, tráfico e trânsito), sem especificações quanto à presença de causas de aumento ou qualificadoras; *b)* o/a magistrado/a; *c)* a determinação judicial (conversão em prisão preventiva, liberdade provisória incondicionada, aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, ou relaxamento do flagrante); *d)* a categoria jurídica utilizada para fundamentar a determinação; *e)* os motivos de justificação e *f)* a presença de citações jurisprudenciais e doutrinárias.

Com relação às causas de aumento e qualificadoras do tipo penal, a não especificação se justifica pela necessidade em tornar as variáveis mais concisas, que agreguem à análise comparativa ao invés de enfraquecê-la. Quanto ao agente subscritor da decisão (o magistrado, que não terá o nome divulgado), consideramos que a especificação é importante para testar a hipótese de que a comunicação sistêmica independe da subjetividade dos autores envolvidos – aspecto elaborado mais adiante.

As categorias jurídicas usadas correspondem aos requisitos expressamente previstos em lei. Em relação à prisão preventiva, são elas: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. Quanto à imposição de cautelares diversas, tem-se: necessidade de aplicação da lei penal; necessidade para a investigação ou instrução, e evitar a prática de (outras) infrações penais.

4.3. “VOCABULÁRIO DE MOTIVOS” COMO FERRAMENTA DE ANÁLISE

Para o mapeamento da fundamentação adotada para justificar a determinação judicial, adotaremos a concepção de Charles Wright Mills (MILLS, 2016) a respeito dos “motivos”. De acordo com o autor, o comportamento linguístico atende a uma função social. Em contraposição à ideia da linguagem como manifestação de estados psicológicos individuais, sustenta Mills que o discurso e as palavras, por si sós, correspondem e equivalem a ações, que funcionam como mediação da comunicação entre os atores sociais.

Dentro dessa abordagem, os motivos são considerados como as palavras empregadas em situações consequenciais. Compreender os motivos como fatos sociais permite deslocar o questionamento de “por que” os atores se comportam de uma maneira ao invés de outra, preocupação própria da psicologia, para “como” esse comportamento se efetiva, sempre considerando situações determinadas.

A partir do momento em que um motivo é estabilizado na comunicação da situação determinada, ele passa a ser aceito como justificção. Identificado o vocabulário típico em ações situadas, os motivos funcionam como pistas para antecipar a comunicação, pois se vinculam a situações específicas e passam a integrá-las. Em sentido oposto, quando uma fundamentação não é aceita, sua mobilização cai em desuso por não produzir os efeitos pretendidos face aos demais atores relacionados.

(...) motivos padronizados promovem ações prescritas e dissuadem as proscritas. Junto com as regras e normas de ação para várias situações, aprendemos os vocabulários de motivos adequados a cada uma delas. Estes são os motivos que devemos usar, uma vez que eles fundamentam uma parte da nossa linguagem e são componentes do nosso comportamento (MILLS, 2016, p. 15).

Para o autor, ainda em contraposição à ideia segundo a qual os discursos são dotados de motivação implícita, a observação empírica somente pode nos fornecer dados sobre as verbalizações do agente que, em ações situadas, teve o seu comportamento orientado e controlado pelas regras do programa de linguagem. A mobilização de motivos que integram o vocabulário da situação consiste em ação estratégica. Assim, os motivos não se prestam a exprimir estados da consciência do ator social, mas a vinculação deste a um vocabulário típico. A referência, ainda que sucinta, a esse vocabulário, permite ao operador não se aprofundar em sua fundamentação da decisão.

Desde as primeiras análises do acervo documental, percebemos que alguns motivos se apresentam por meio de ideias centrais – por exemplo, a referência a princípios constitucionais ou à garantia da ordem pública. Em outros casos, o motivo se desenvolve em passagens longas, que desenvolvem a justificção de maneira mais elaborada. Ainda que, neste segundo caso, possamos reduzir o argumento a uma ideia central, a seleção de passagens completas permite a verificação dos trechos padronizados.

Mencionamos anteriormente que, dentre os critérios destacados para a tabulação dos dados, incluímos a especificação do magistrado subscritor da decisão (sem identificação do nome). Como sustentado por Mills, a mobilização de motivos em ações situadas não representa estados da consciência do ator social, mas sim estratégias lançadas pelo operador para se inserir

na comunicação. Assim, pretendemos verificar se há significativas divergências entre os motivos utilizados pelos juízes ou, em sentido distinto, se o vocabulário típico de motivos da situação se sobrepõe ao operador individualmente considerado.

Mapeado o repertório de justificações aceitas, acreditamos que será possível identificar quais as maneiras de pensar que orientam a tomada de decisões dos atores jurídicos. A partir de então, poderemos analisar se, e de que forma, a racionalidade penal moderna se manifesta no âmbito das audiências de custódia que integram o nosso objeto de pesquisa.

5. ANÁLISE DOS DADOS

5.1. APRESENTAÇÃO DAS DECISÕES

As audiências de custódia ocorrem logo após a prisão em flagrante, ou seja, sucedem imediatamente a ocorrência do fato tido como delitivo. A investigação sobre o evento, destinada a coletar indícios que demonstrem a prática do crime, ainda se encontra em curso. Não há denúncia, ato privativo do Ministério Público por meio do qual se acusa o investigado, formalmente, de ser o responsável pelo delito. Por consequência, também não há ação penal, processo que somente se inicia quando o Poder Judiciário recebe a proposta da acusação.

Considerando que ainda não foram documentadas as informações que comprovam a ocorrência do fato, nem mesmo se definiu qual a resposta penal aplicável, não é possível discutir o mérito da imputação ao longo da audiência de custódia. Em termos formais, as audiências de custódia se destinam e se limitam a verificar a legalidade da prisão em flagrante, bem como a presença, ou não, dos requisitos necessários à decretação da prisão preventiva.

As decisões se iniciam pela breve apresentação do caso, que contém a especificação da pessoa custodiada e a conduta criminosa a ela atribuída. Em geral, consta-se: a qualificação do agente (nome completo, documentos, filiação, data de nascimento, endereço, profissão etc., quando disponíveis; em parte das decisões, consta apenas o nome, acompanhado de “já qualificado”); a data, o horário e o local do fato; o tipo penal que poderá corresponder à conduta. Denominamos essa seção do documento de singularização, pois se destina a delimitar a qual evento e sobre qual pessoa a decisão se refere.

Após o momento descritivo, passa-se à análise da regularidade da prisão. Considera-se em flagrante delito aquele que é surpreendido no curso do ato, aquele que é perseguido logo após cometê-lo, ou aquele que se encontra em poder dos instrumentos ou produtos do crime (por exemplo, a arma de fogo eventualmente utilizada, ou os bens subtraídos da vítima) (artigo 302, CPP). Presentes os requisitos legais, homologa-se o flagrante; em sentido contrário, caso se conclua pela ilegalidade do ato, o juiz deverá relaxar a prisão.

Homologado o flagrante, passa-se à análise sobre a necessidade, ou não, de se decretar a prisão preventiva do custodiado. Nesse momento, avalia-se se a pessoa detida poderá permanecer solta enquanto os fatos são apurados, o que pode se estender ao longo da investigação, perdurar pela instrução do processo e se manter até a sentença.

A imposição de restrições à liberdade, denominadas medidas cautelares diversas, se sujeita aos seguintes requisitos: “necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação

ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais” (artigo 282, CPP). Em qualquer situação, ainda é preciso verificar se a restrição é adequada à gravidade da conduta, às circunstâncias do ocorrido e às condições pessoais do investigado.


A prisão preventiva também representa uma medida cautelar, alçada a patamar diferenciado em razão do rigor da restrição. A sua decretação somente é possível nos seguintes casos: crimes dolosos que preveem, na hipótese de condenação, pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos; reincidência em crimes dolosos; delitos praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, contra menores, idosos, enfermos ou pessoas com deficiência. Há, ainda, a previsão dos seguintes critérios: para a “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal” (artigo 312, CPP⁶).

Por fim, expostos os fundamentos que justificam a determinação judicial, o documento se encerra com o dispositivo, terminologia jurídica dada à conclusão do ato decisório. Ao longo do presente trabalho, trataremos por decisão o documento analisado em si, e as conclusões do julgador serão tratadas por determinações. Portanto, na parte dispositiva da decisão, tem-se a determinação. Nas decisões objeto de análise, as determinações possíveis são: relaxamento, liberdade provisória incondicionada, liberdade provisória condicionada a cautelares diversas da prisão e prisão preventiva.

Em geral, as decisões que integram o nosso acervo se estendem por duas páginas. Para ilustrar as seções acima especificadas – singularização, fundamentação e dispositivo –, apresentamos:

⁶ Redação legal vigente à época das decisões objeto de análise. Em 2021, entrou em vigor a Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime” – que, dentre outras alterações, inaugurou na legislação criminal a audiência de custódia. Em atenção ao recorte temporal, a presente pesquisa irá referenciar as normas então aplicáveis. De qualquer forma, os requisitos da prisão preventiva foram mantidos pelo novo texto legal, acrescidos de “[... quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria] e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”.

FIGURA 1 – Decisão ilustrativa

	PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA Comarca de Salvador Núcleo de Prisão em Flagrante Avenida ACM, S/N, Ao lado da Igreja Universal, Brotas - CEP 41815-420, Fone: (71) 3406-1656, Salvador-BA - E-mail: npf@tjba.jus.br npf@tjba.jus.br	Justiça Gratuita Réu Preso
DECISÃO INTERLOCUTÓRIA		
Processo nº:	[REDACTED]	
Classe – Assunto:	Auto de Prisão Em Flagrante - Roubo Majorado	
Autor:	GRUPO ESPECIAL DE REPRESSÃO A ROUBOS EM COLETIVOS-GERRC	
Réu:	[REDACTED]	
Vistos etc.		
<p>Trata-se de comunicação da prisão em flagrante de [REDACTED] [REDACTED] qualificado nos autos, pela suposta prática do delito tipificado nos arts. 157, §2º, inciso II, do CP, fato ocorrido no dia 02 de maio de 2018, na Rua Almirante Barroso, Federação, nesta Capital, onde teria, juntamente com um indivíduo ainda não identificado, e simulando encontrar-se portando uma arma de fogo, subtraído os pertences dos passageiros de um transporte coletivo da empresa Integra CSN, que fazia a linha Rio das Pedras/Boca do Rio, havendo sido preso por uma guarnição em ronda no local.</p>		
<p>Durante a audiência de custódia procedeu-se à oitiva do conduzido, do <i>Parquet</i> e da Defesa, com gravação dos atos em mídia digital, conforme determina a Resolução nº. 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça.</p>		
<p>É o relatório, PASSO A DECIDIR:</p>		
<p>Nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal, o juiz, ao receber o auto flagrancial, deverá relaxar a prisão ilegal, converter o flagrante em prisão preventiva, ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.</p>		
<p>A prisão preventiva pode ser ordenada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, observadas as regras de iniciativa, quando preenchidos os requisitos do art. 313, do CPP, e desde que presente, pelo menos, um dos motivos autorizadores do art. 312 do mesmo diploma legal, nos casos em que as providências cautelares diversas do cárcere (art. 319 do CPP) se revelarem inadequadas ou insuficientes.</p>		
<p>A imposição da medida cautelar extrema também pressupõe a presença concomitante do <i>fumus commissi delicti</i> – consubstanciado pela prova da existência material do fato (típico, ilícito e culpável), e pelos indícios suficientes da autoria ou da participação – e do <i>periculum libertatis</i>, compreendido como o perigo concreto que o estado de liberdade do agente representa para a ordem pública ou para a ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou à aplicação da lei penal.</p>		



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Justiça Gratuita

Comarca de Salvador

Núcleo de Prisão em Flagrante

Réu Preso

Avenida ACM, S/N, Ao lado da Igreja Universal, Brotas - CEP
41815-420, Fone: (71) 3406-1656, Salvador-BA - E-mail:
npf@tjba.jus.br
npf@tjba.jus.br

In casu, o delito atribuído é de natureza dolosa e comporta a fixação de pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, em caso de futura condenação. A lavratura do auto de prisão em flagrante não apresenta irregularidades, tendo obedecido aos ditames dos artigos 301 e ss. do Código de Processo Penal. Dos depoimentos e declarações colhidos, bem como do auto de apreensão, podem ser extraídos a prova da materialidade do fato e os indícios suficientes da sua autoria. Também não incide a vedação do art. 314 do CPP, que remete às causas excludentes de ilicitude.

As medidas cautelares diversas da prisão não se adequam à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do flagrantado, vez que, além de reincidente na prática de condutas delituosas, já tendo sido condenado mais de uma vez pela prática de crime semelhante, incorreu agora em delito de natureza grave, ocasião em que, juntamente com um comparsa, simulou o uso de arma para subtrair a *res*. Ademais, teria sido reconhecido pela vítima como um dos autores do fato, demonstrando-se, desse modo, a necessidade de sua segregação cautelar, ante o risco de reiteração criminosa, apresentando-se a conversão da prisão preventiva como a medida que se impõe, a bem da ordem pública.

Efetivamente, quando a gravidade concreta, o *modus operandi* e as circunstâncias do delito indicam a perigosidade real do agente, sobressai fundado receio de reiteração criminosa, plenamente legitimada a decretação ou a manutenção da prisão preventiva. Em tais situações, a constrição da liberdade tem por objetivo proteger a sociedade de pessoas que, uma vez soltas, possam colocar em risco a coletividade e a paz social.

Ex positis, tendo em vista tudo mais que nos autos consta, e com fundamento nos arts. 310 e ss. do Código de Processo Penal, **HOMOLOGO E CONVERTO EM PREVENTIVA** a prisão em flagrante de [REDACTED] qualificado nos autos, para garantia da ordem pública.

Vale o presente *decisum* como mandado de prisão.

Adotadas as providências de praxe no âmbito deste NPF, remeta-se o APF (com a folha de antecedentes e a cópia da ata da audiência de custódia) à SECODI, para livre distribuição.

Intimações necessárias.

Salvador(BA), 04 de maio de 2018.

[REDACTED]

[REDACTED] de Direito

Nesta decisão, o primeiro parágrafo corresponde à singularização; a fundamentação se estende do parágrafo terceiro ao oitavo; o dispositivo, no nono parágrafo.

5.2. EXTRAÇÃO DOS DADOS NOS DOCUMENTOS

De cada documento analisado, foram extraídas as seguintes informações: número do processo; nome do custodiado; tipo penal atribuído; magistrado subscritor da decisão; determinação; categorias jurídicas aplicadas para justificar a determinação; singularização; fundamentação; citações jurisprudenciais; citações doutrinárias.

Quando os fatos são atribuídos a múltiplos custodiados, a mesma decisão se referirá a todos eles. Contudo, é possível que o magistrado conclua por determinações distintas para cada envolvido. Por esse motivo, ao longo da tabulação das informações extraídas dos documentos, foram especificados os nomes de cada custodiado, vinculando a fundamentação à pessoa, não à decisão. Nos casos em que foram atribuídos crimes distintos ao custodiado, a subdivisão pelo tipo penal priorizou o delito de maior gravidade – aquele que a legislação penal atribui pena privativa de liberdade mais alta.

Quanto à especificação do magistrado, lembramos que as audiências de custódia das quais coletamos o acervo documental funcionavam em regime de plantão. Como não existia um órgão jurisdicional especializado, juízes de distintas varas se revezavam nas audiências. Para os fins da presente pesquisa, especificamos o magistrado subscritor da decisão com o objetivo de analisar diferenças entre os motivos utilizados, se existentes.

Apesar do destaque, mantivemos a postura metodológica de descentramento do sujeito (GARCIA, 2014), pois as perguntas da pesquisa permaneceram direcionadas à comunicação. Não se questionou a respeito do estado de consciência dos magistrados, nem mesmo sobre as crenças individualmente defendidas por cada um deles; o nível da observação se centrou no sistema social e na sua linguagem.

As categorias jurídicas correspondem aos requisitos legais indicados pelos magistrados para justificar a determinação. No caso de cautelares diversas da prisão, são eles: para a aplicação da lei penal; para a investigação ou instrução criminal; para evitar a prática de infrações. Em relação à prisão preventiva, tem-se: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; para assegurar a aplicação da lei penal.

Como mencionado anteriormente, a singularização corresponde às informações que especificam sobre qual custodiado e qual fato se está tratando. Quanto à fundamentação, observamos que, em grande parte das decisões, esta seção se inicia com a apresentação dos

requisitos legais, da forma como previstos pelo Código de Processo Penal. Para ilustrar, retornamos ao documento acima apresentado:

Nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal, o juiz, ao receber o auto flagrancial, deverá relaxar a prisão ilegal, converter o flagrante em prisão preventiva, ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

A prisão preventiva pode ser ordenada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, observadas as regras de iniciativa, quando preenchidos os requisitos do art. 313, do CPP, e desde que presente, pelo menos, um dos motivos autorizadores do art. 312 do mesmo diploma legal, nos casos em que as providências cautelares diversas do cárcere (art. 319 do CPP) se revelarem inadequadas ou insuficientes.

A imposição da medida cautelar extrema também pressupõe a presença concomitante do *fumus commissi delicti* – consubstanciado pela prova da existência material do fato (típico, ilícito e culpável), e pelos indícios suficientes da autoria ou da participação – e do *periculum libertatis*, compreendido como o perigo concreto que o estado de liberdade do agente representa para a ordem pública ou para a ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

In casu, o delito atribuído é de natureza dolosa e comporta a fixação de pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, em caso de futura condenação. A lavratura do auto de prisão em flagrante não apresenta irregularidades, tendo obedecido aos ditames dos artigos 301 e ss. do Código de Processo Penal. Dos depoimentos e declarações colhidos, bem como do auto de apreensão, podem ser extraídos a prova da materialidade do fato e os indícios suficientes da sua autoria. Também não incide a vedação do art. 314 do CPP, que remete às causas excludentes de ilicitude (decisão 01).

Para os objetivos da presente pesquisa, concluímos que os quatro parágrafos citados não apresentam informações pertinentes aos motivos decisórios. Nestes, não se está justificando porque aquele custodiado, em relação àquele fato, deve ou não ser preventivamente preso. Ao longo dos três primeiros parágrafos, o magistrado apenas apresenta os dispositivos legais aplicáveis às audiências de custódia; no último, justifica que o caso em análise se adequa aos requisitos anteriormente apresentados.

Assim, optamos por diferenciar a fundamentação que corresponde a uma das seções dos documentos analisados, da fundamentação a partir da qual os motivos serão identificados. Em relação a esta, ao longo da tabulação, extraímos integral e exatamente como consta na decisão. Na decisão acima apresentada, temos:

As medidas cautelares diversas da prisão não se adequam à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do flagranteado, vez que, além de reincidente na prática de condutas delituosas, já tendo sido condenado mais de uma vez pela prática de crime semelhante, incorreu agora em delito de natureza grave, ocasião em que, juntamente com um comparsa, simulou o uso de arma para subtrair a res. Ademais, teria sido reconhecido pela vítima como um dos autores do fato, demonstrando-se, desse modo, a

necessidade de sua segregação cautelar, ante o risco de reiteração criminosa, apresentando-se a conversão da prisão preventiva como a medida que se impõe, a bem da ordem pública.

Efetivamente, quando a gravidade concreta, o modus operandi e as circunstâncias do delito indicam a perigosidade real do agente, sobressai fundado receio de reiteração criminosa, plenamente legitimada a decretação ou a manutenção da prisão preventiva. Em tais situações, a constrição da liberdade tem por objetivo proteger a sociedade de pessoas que, uma vez soltas, possam colocar em risco a coletividade e a paz social (decisão 01).

Por fim, escolhemos registrar a presença, ou não, de citações jurisprudenciais e doutrinárias, com o objetivo de analisar se as fundamentações recorrem a fontes argumentativas externas. O destaque para possíveis referências não se confunde com o teor da citação; quando presentes, o conteúdo foi considerado como parte integrante da fundamentação. Se uma citação jurisprudencial se refere à habitualidade delitiva como suficiente para a decretação da prisão preventiva, por exemplo, tal justificativa foi considerada como motivo decisório.

5.3. IDENTIFICAÇÃO DOS MOTIVOS

O acervo da presente pesquisa contemplou 119 (cento e dezenove) decisões proferidas em audiência de custódia, as quais afetaram 145 (cento e quarenta e cinco) pessoas custodiadas. Lembramos que a fundamentação extraída dos documentos para a identificação dos motivos decisórios foi atrelada à pessoa, pois cada decisão pode se referir a múltiplos custodiados e concluir por determinações diferentes para cada um deles.

Portanto, realizamos os procedimentos de identificação das justificativas e categorização dos motivos em 145 (cento e quarenta e cinco) fundamentações. Nestas, decretou-se a prisão preventiva de 55 (cinquenta e cinco) custodiados, concedeu-se a liberdade provisória a 71 (setenta e um) – sendo que em apenas 01 (um) caso não foram fixadas medidas cautelares diversas da prisão – e, por fim, relaxou-se a prisão de 19 (dezenove) custodiados.

Para ilustrar de que forma identificamos os motivos decisórios no acervo analisado, voltamos, mais uma vez, à decisão anteriormente citada. Da forma como apresentadas no documento, as justificativas para se decretar a prisão preventiva foram: “as medidas cautelares diversas da prisão não se adequam à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do flagranteado”; “reincidente na prática de condutas delituosas”; “incorreu agora em delito de natureza grave”; “juntamente com um comparsa”; “simulou o uso de arma”; “reconhecido pela vítima”; “risco de reiteração criminosa”; “a bem da ordem pública”; “a gravidade concreta, o modus operandi e as circunstâncias do delito indicam a perigosidade real

do agente”; “fundado receio de reiteração criminosa”; “proteger a sociedade de pessoas que, uma vez soltas, possam colocar em risco a coletividade e a paz social”.

Diante das justificativas identificadas em cada decisão, o primeiro esforço de categorização se voltou a padronizar expressões utilizadas pelos magistrados. As referências à pessoa, por exemplo, variam de agente, flagranteado, autuado, flagrado; em todos os casos, optamos por tratar as pessoas submetidas à audiência de custódia por custodiado, terminologia que nos parece mais adequada ao momento procedimental.

Expressões sinônimas, que não configurem motivos decisórios, também foram padronizadas. Em muitos casos, o uso de determinada palavra é representativo do estilo de escrita do magistrado, não interferindo no conteúdo do motivo em si. São exemplos: segregação, constrição, restrição, privação, prisão cautelar; em todos os casos, utilizamos, apenas, preventiva. De semelhante maneira, as referências às medidas cautelares diversas da prisão foram padronizadas, apenas, como cautelares.

Padronizadas as expressões, passamos aos esforços em identificar as ideias centrais de cada justificativa destacada. Voltamos, mais uma vez, à decisão anteriormente apresentada:

TABELA 1 – Procedimento de identificação dos motivos

Justificativa como consta da decisão	Ideias centrais
“as medidas cautelares diversas da prisão não se adequam à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do flagranteado”	Inadequação das cautelares à gravidade do crime; Inadequação das cautelares às circunstâncias do fato; Inadequação das cautelares às condições pessoais do custodiado;
“reincidente na prática de condutas delituosas”	Reincidência;
“incorreu agora em delito de natureza grave”	Nova prática delitiva; Prática de delito de natureza grave;
“juntamente com um comparsa”	Concurso de agentes;
“simulou o uso de arma”	Uso de arma de fogo;
“reconhecido pela vítima”	Reconhecimento pela vítima;
“risco de reiteração criminosa”	Risco de reiteração;
“a bem da ordem pública”	Ordem pública;
“gravidade concreta, o modus operandi e as circunstâncias do delito indicam a perigosidade real do agente”	Gravidade concreta indica periculosidade do custodiado; Modus operandi indica periculosidade do custodiado; Circunstâncias indicam periculosidade do agente;
“fundado receio de reiteração criminosa”	Receio de reiteração;
“proteger a sociedade de pessoas que, uma vez soltas, possam colocar em risco a coletividade e a paz social”	Risco à coletividade;

Fonte: elaboração própria.

Durante o procedimento de identificação dos motivos, observamos que as justificativas podem articular ideias centrais distintas. Por exemplo, quando se diz que “as medidas cautelares diversas da prisão não se adequam à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do flagranteado”, argumenta-se que as medidas cautelares diversas da prisão são inadequadas a três fatores diferentes.

No trecho referenciado, ponderamos, de início, que as circunstâncias e a gravidade poderiam se referir à mesma ideia, reiterada para reforçar o motivo. Ponderamos, também, que a justificativa apenas transcrevia o requisito legal, dada a exata coincidência com o segundo inciso do artigo 282 do CPP. Contudo, observamos que outras decisões mobilizavam a inadequação das cautelares em referência, apenas, à gravidade, ou às condições pessoais do custodiado. Portanto, no primeiro momento de identificação dos motivos, optamos por cindir as justificativas que articulavam ideias centrais distintas, como demonstrado na tabela acima.

Se a mesma ideia central é mobilizada de diferentes maneiras, contabilizamos o motivo a cada ocorrência. Na decisão ilustrativa, “reincidente na prática de condutas delituosas” e “incorreu agora em delito de natureza grave” são formas de referência e reforço da ideia da habitualidade delitiva. Assim, teremos o mesmo motivo mobilizado duas vezes.

5.3.1. Motivos para decretação da preventiva

As pesquisas que se debruçam sobre a prisão preventiva costumam criticar, com acerto, a falta de precisão conceitual da categoria legal da ordem pública, prevista como condicionante para se restringir cautelarmente a liberdade. Encontramos menção expressa à ordem pública em todas as decisões que decretaram a prisão preventiva e, em alguns casos, mais de uma vez. Ao todo, a ordem pública foi mobilizada 67 (sessenta e sete) vezes, no universo de 55 (cinquenta e cinco) fundamentações.

O protagonismo da ordem pública para a decretação da prisão preventiva não é novidade, nem no âmbito científico nem na prática forense. Por se tratar de uma das condições previstas pela legislação, a expressa menção à ordem pública pode representar, apenas, a referência ao dispositivo legal que autoriza a determinação judicial. As demais condições igualmente previstas pelo artigo 312 do CPP, que são a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a salvaguarda da aplicação da lei penal, apareceram, apenas, 14 (catorze) vezes.

A ordem pública assume *status* de requisito formal da fundamentação. Se todas as decisões referenciam a categoria, não é possível identificar quais as particularidades do caso que implicariam violação ou risco à ordem pública. Como motivo decisório, pode aparecer dissociada de circunstâncias da conduta tida como criminosa, ou mesmo das condições subjetivas da pessoa custodiada, o que torna a sua mobilização descolada do fato.

Outros foram os motivos descolados nas fundamentações que concluíram pela prisão preventiva. A ideia central do receio da reiteração delitiva foi mobilizada 55 (cinquenta e cinco) vezes, por meio de expressões como “para evitar a reiteração delitiva”, “diante da possibilidade de reiteração delitiva” e “fundado receio de reiteração criminosa”.

A ideia aqui apresentada, contudo, não se confunde com a menção à habitualidade delitiva do custodiado. Apesar de ambos os motivos utilizarem a expressão “reiteração”, no primeiro caso não se está referindo aos antecedentes do custodiado – o qual, inclusive, pode ser primário –, mas sim ao requisito legal para a decretação de qualquer medida cautelar: “para evitar a prática de infrações penais”.

Ainda em relação aos motivos que não remetem a circunstâncias da conduta ou às condições pessoais do custodiado, identificamos a ideia de inadequação ou insuficiência das cautelares diversas da prisão. Aqui se anuncia outro dado da análise: alguns motivos se apresentam em graus de elaboração, ora mais sucintos, ora mais complexos.

Em 23 (vinte e três) ocorrências, mobilizou-se, apenas, a inadequação das cautelares – “apresentando-se as medidas cautelares inadequadas”, “não se vislumbra a adequação de outras medidas cautelares”, “revelando-se as medidas cautelares inadequadas”, “as medidas cautelares diversas do cárcere não se mostram suficientes e adequadas para os investigados”. Em outras 13 (treze) ocasiões, a ideia da inadequação se fez acompanhar diretamente da ideia de prevenção à reiteração delitiva – por exemplo: “as medidas cautelares impostas foram insuficientes e inadequadas para afastá-lo da criminalidade” – e, em outras 02 (duas), da ideia de repressão ao crime – “as medidas cautelares diversas da prisão não se mostram capazes de prevenir e reprimir a prática futura de semelhantes delitos”.

Observamos que os graus de elaboração dos motivos articulam ideias centrais que, por si sós, constituem justificativas autônomas. Como no exemplo acima, foram imbricados os motivos da inadequação das cautelares e do receio da reiteração. Nesse caso, as ideias centrais de ambos os motivos não se vinculam a elementos da realidade. Em outros casos, a inadequação das cautelares é complexificada com referências ao fato ou à pessoa.

Até o momento, apresentamos os motivos categorizados como descolados, dentre os quais se sobressaem a ordem pública, a prevenção à reiteração e a inadequação das cautelares. Dissemos, também, que tais motivos não fazem referência às circunstâncias do fato ou às condições da pessoa custodiada, antecipando as demais categorias em torno das quais organizamos os motivos decisórios.

Em relação ao fato, a identificação dos motivos se orientou, primeiro, pelas seguintes palavras-chaves: gravidade, circunstâncias e *modus operandi*. Aqui, também, os graus de complexificação dos motivos aparecem, pois as expressões destacadas podem aparecer sozinhas ou articuladas com outras ideias. De maneira isolada, a gravidade da conduta foi mobilizada 18 (dezoito) vezes, as circunstâncias do fato 06 (seis) e o *modus operandi* 03 (três).

A inadequação das cautelares, anteriormente apresentada como motivo descolado, foi articulada com a gravidade do crime em 31 (trinta e uma) ocasiões e, com as circunstâncias do fato, em outras 27 (vinte e sete). Na maioria das vezes, essa articulação ocorreu de forma conjunta: “as medidas cautelares diversas da prisão não se adequam à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do flagranteado”.

Como destacamos em momento anterior, o trecho acima transcrito corresponde ao segundo inciso do artigo 282 do CPP: “[As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a] adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”. Ao longo da análise, identificamos que o dispositivo legal foi parafraseado e utilizado como justificativa.

Ainda que a gravidade, as circunstâncias e o *modus operandi* se refiram ao fato, não necessariamente as mobilizações se fizeram acompanhar de informações sobre o caso, a partir das quais seria possível compreender o que tornou aquela conduta mais grave do que as demais. Nesse sentido, identificamos a menção ao uso de arma de fogo, ao concurso de agentes e ao emprego de violência física, em 15 (quinze), 05 (cinco) e 02 (duas) vezes, respectivamente.

As referências a elementos da realidade foram percebidas com maior destaque nos casos de tráfico de drogas. Nestes, identificamos os seguintes motivos: quantidade de entorpecente apreendido, 09 (nove) vezes; lesividade do entorpecente apreendido, 08 (oito) vezes; variedade/diversidade de entorpecente apreendido, 03 (três) vezes; apreensão de apetrechos relacionados ao tráfico, 01 (uma) vez. Identificamos, ainda: circunstâncias sugerem/indicam envolvimento com o tráfico de drogas, por 06 (seis) vezes, ainda que não se especifique quais circunstâncias seriam essas.

Por fim, dentre os motivos relacionados ao fato, identificamos a menção às vítimas. Em 22 (vinte e duas) ocorrências, mobilizou-se a ideia de exposição das vítimas a perigo como reforço da gravidade da conduta – “se utilizaram do revólver apreendido para intimidar a vítima e subtrair a *res*, expondo-a a risco concreto de evento lesivo ou fatal”, “ameaça à integridade física das vítimas, por meio de uso de arma de fogo e concurso de agentes, o que sempre causa grande temor e abalo psicológico”, “violência gratuita impingida à vítima”, “mediante a utilização de arma de fogo, expondo a perigo real a integridade física das vítimas”.

A ideia central não reside na vítima em si, ou todos os crimes com vítimas poderiam conduzir automaticamente à prisão preventiva. Do que observamos, o cerne da justificativa reside na ideia de exposição ao risco de lesão mais grave do que o crime praticado, o que permite a mobilização do motivo, até mesmo, nos casos em que não houver vítima. Por exemplo, em um caso de tráfico de entorpecentes, identificamos a seguinte justificativa: “as circunstâncias e o local da prática do delito revelam grande audácia do autuado e são dignas de grande censura, pois expõem crianças e adolescentes ao risco de dependência química”.

Observamos, ainda, especial ênfase à proteção da vítima nos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. Apesar de contarmos com apenas 02 (duas) decisões dessa natureza, dentre as 55 (cinquenta e cinco) que determinaram a prisão preventiva, identificamos 07 (sete) motivos que reforçam a ideia de vulnerabilidade da ofendida frente ao agressor, bem como a ideia de habitualidade delitiva no contexto da relação conjugal. Por exemplo: “esta não é a primeira vez que ofendido agride e ameaça à vítima de morte”; “o agressor é pessoa violenta, com histórico de agressividade em face da vítima”; “a possibilidade de prática de novos delitos, principalmente, contra a vítima, familiares ou pessoas com que a vítima venha a se relacionar, uma vez que tais crimes são quase sempre progressivos”.

Todos os motivos relacionados ao fato remetem à ideia central da gravidade. Ainda que não sejam utilizados elementos do caso, a justificativa para se decretar a prisão preventiva consiste em destacar que aquela conduta é grave o suficiente para se restringir a liberdade de quem a praticou. Importante diferenciarmos a gravidade da conduta do “crime de natureza grave”, distinta justificativa que encontramos 08 (oito) vezes ao longo da análise. Neste caso, referencia-se a gravidade do tipo penal conforme a legislação, considerado mais lesivo do que outros delitos, em abstrato.

A terceira categoria de motivos decisórios reúne as justificativas que se referem à pessoa custodiada. Neste grupo, a ideia central de maior recorrência se refere à habitualidade delitiva, mobilizada 127 (cento e vinte e sete) vezes, por meio de expressões como: reiteração,

contumácia, habitualidade, “maus antecedentes”, “vasta ficha criminal”, “ações penais em curso”, “passagens anteriores”, “registros policiais”, “vida pregressa”, “inquéritos em curso”, “execução penal em curso”, “antecedentes desfavoráveis”.

Destacamos que a habitualidade não se confunde com a reincidência, instituto jurídico que somente se configura quando a pessoa tem contra si sentença penal transitada um julgado. Em todos os outros casos, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa é considerada primária. Em contraposição, a prática forense cunhou a expressão “tecnicamente primário”, referenciando-se àqueles que respondem a investigações ou ações penais ainda em curso.

Cabe registrar que o motivo da habitualidade delitiva para legitimar prisões preventivas não se restringe às audiências de custódia observadas. Trata-se de uma construção jurisprudencial que atravessa todas as instâncias, com amparo em entendimentos consolidados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Dentre as justificativas que mobilizam a habitualidade delitiva, identificamos, desde a observação direta, a construção de motivo específico para o momento procedimental analisado: a ideia de reincidência em audiência de custódia. Em 07 (sete) oportunidades, argumentou-se que o custodiado fora beneficiado com a liberdade provisória em ocorrência pretérita, o que justificaria a prisão preventiva diante do não cumprimento das restrições anteriormente fixadas.

Nesse sentido, por exemplo: “flagranteado que é reincidente na prática de delitos semelhantes, havendo sido preso no mês de dezembro de 2017, por prática delituosa dessa mesma natureza, ocasião em que lhe foi concedida a liberdade provisória”; “foi preso em 19/09/2017 e obteve deste NPF o benefício da liberdade provisória com medidas cautelares, as quais, como se vê, não foram suficientes e adequadas para prevenir e reprimir o cometimento de novos ilícitos”.

Ainda a respeito dos motivos relacionados à pessoa, identificamos a ideia central da periculosidade ou perigosidade do custodiado. A justificativa padronizada “a gravidade concreta, o *modus operandi* e as circunstâncias do delito indicam a periculosidade real do agente” foi identificada 31 (trinta e uma) vezes, com pequenas variações.

Além da passagem citada, mencionou-se a periculosidade ou perigosidade em outras 10 (dez) justificativas, seja em associação com a gravidade, com as circunstâncias, com as condições pessoais ou, ainda, de maneira isolada. Por exemplo: “resta evidente sua periculosidade”, “diante dos meios de execução utilizados nas práticas delituosas, demonstra

ser dotado de alta periculosidade”, “as condições pessoais do agente indicam sua periculosidade”.

De modo geral, as menções à periculosidade se destinam a associar a pessoa custodiada à ideia de risco à sociedade. Outras foram as expressões mobilizadas no mesmo sentido: “insensibilidade moral”, “personalidade desviada”, “temibilidade social”, “nocividade social”, “ausência de qualquer freio inibitório”, “descompromisso com as ações das autoridades constituídas”, “pessoa violenta”. Há, ainda, outra passagem padronizada que reforça o mesmo sentido: “a constrição da liberdade tem por objetivo proteger a sociedade de pessoas que, uma vez soltas, possam colocar em risco a coletividade e a paz social”, utilizada 32 (trinta e duas) vezes.

A paráfrase do segundo inciso do artigo 282 do CPP, citada anteriormente (“as medidas cautelares diversas da prisão não se adequam à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do flagranteado”), também repercute nos motivos relacionados à pessoa. Em referência às condições pessoais do custodiado, a justificativa foi identificada 30 (trinta) vezes.

Dentre os requisitos legais previstos pelo artigo 312 do CPP, tem-se: “a prisão preventiva poderá ser decretada (...) para assegurar a aplicação da lei penal”. O objetivo é garantir que o sistema de justiça criminal saiba a localização do investigado ou processado, principalmente para permitir o cumprimento da sanção ao final imposta. Em 07 (sete) ocasiões, identificamos justificativas relacionadas à tentativa de fuga quando da prisão, ou em flagrantes anteriores: “evasão em ocorrência anterior”, “indícios de evasão”, “custodiado foragido nas demais ações penais em curso”, “tentativa de evasão”.

Por fim, identificamos argumentos que se contrapõem a motivos associados à concessão da liberdade provisória – os quais veremos em sequência. A ideia central consiste em afastar o que se consideraria como condição pessoal favorável, para fazer prevalecer motivos relacionados à prisão preventiva. Nesse sentido: “condições pessoais favoráveis não obstam a preventiva”, “apesar de não ter havido violência e grave ameaça”, “apesar de não ostentar antecedentes”, “primariedade, residência fixa e ocupação lícita não são suficientes”, mobilizados em 11 (onze) oportunidades.

5.3.2. Motivos para concessão da liberdade

Dentre as 145 (cento e quarenta e cinco) fundamentações analisadas, 70 (setenta) concluíram pela concessão da liberdade condicionada ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão. Em apenas 01 (um) caso determinou-se a liberdade provisória irrestrita, o que, dada a excepcionalidade, acreditamos ter se tratado de lapso do julgador.

A decisão em comento se refere a dois custodiados, detidos pela suposta incursão no crime de tráfico. O primeiro deles foi preso preventivamente, sob os motivos da reincidência, receio de reiteração delitiva e garantia à ordem pública. Em relação ao outro, a fundamentação consiste, apenas, em: “Entretanto, recomendável que o segundo denunciado responda o processo em liberdade, já que primário e sem contar com qualquer antecedente criminal”.

É possível que a centralidade conferida ao primeiro custodiado tenha contribuído para a pouca atenção dada ao segundo, o que acabou por favorecê-lo. É possível, ainda, que essa priorização tenha interferido na escolha do documento utilizado como modelo para a decisão e, nesse procedimento, não foi inserido trecho específico sobre as cautelares diversas da prisão. Abordaremos a utilização de modelos mais detidamente adiante.

Com exceção do único caso não condicionado a medidas restritivas, cindimos a análise da fundamentação entre as justificativas relacionadas à liberdade e as justificativas relacionadas às cautelares. Quanto à primeira determinação, reunimos os motivos sob as mesmas categorias utilizadas para as justificativas da prisão preventiva: relacionadas ao fato, relacionadas à pessoa e descoladas.

Qualquer que seja a dimensão do motivo, observamos que as justificativas para se conceder a liberdade provisória têm em comum a contraposição aos requisitos da prisão preventiva. A ausência destes, inclusive, corresponde à ideia central de maior recorrência, mobilizada 211 (duzentas e onze) vezes, por meio de justificativas como: “não se fazem presentes todos os requisitos para a imposição da cautelar extrema”, “desnecessidade da segregação do autuado, não se encontrando (...) os requisitos restritivos presentes nos artigos 282, 310, inciso II e 312 do Código de Processo Penal”, “nenhuma das hipóteses que legitimam a decretação da prisão preventiva se faz presente”.

A argumentação relacionada à desnecessidade e excepcionalidade da preventiva costuma se fazer acompanhar da referência ao princípio da presunção de inocência. Em 45 (quarenta e cinco) ocorrências, identificou-se menção expressa à garantia e, em outras 60 (sessenta) ocasiões, a ideia foi mobilizada por meio da cautelaridade da prisão preventiva, do que decorre a vedação ao cumprimento antecipado da pena. Nessa mesma linha, tem-se o

princípio da homogeneidade ou proporcionalidade, citado 41 (quarenta e uma) vezes, segundo o qual as medidas cautelares não podem ser mais graves do que a eventual condenação.

A medida constritiva não deve afrontar os Princípios da Presunção de Inocência, da Dignidade da Pessoa Humana, desembocando em cumprimento de pena antecipadamente, se houver pena, ou condenação, não se podendo esquecer que o Estado Democrático de Direito assegura ao agente o Princípio da Não Culpabilidade, e de responder ao processo solto (decisão 02).

A privação cautelar da liberdade individual qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a ideia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar (*carcer ad custodiam*), que não se confunde com a prisão penal (*carcer ad poenam*). A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal (decisão 03).

Nessa toada, a observância do princípio da proporcionalidade, quando da imposição de medidas cautelares na seara processual penal, é corolário do princípio da presunção de não culpabilidade. Em suma, as providências acautelatórias infligidas em quaisquer das fases da persecução não podem ser mais gravosas que uma futura condenação (por ora analisada em perspectiva), consideradas, ainda, as possibilidades de cumprimento em regime inicial aberto, de concessão do *sursis* (art. 77 do Código Penal) ou de substituição da pena privativa de liberdade por outras restritivas de direitos (decisão 04).

Ainda em relação aos motivos descolados, identificamos justificativas que representam graus de especificação da ausência dos requisitos para se decretar a prisão preventiva. As ideias de que a liberdade não oferece risco à ordem pública, às atividades econômicas, à instrução criminal e à aplicação da lei penal – requisitos previstos pelo artigo 312 do CPP – foram mobilizadas, respectivamente, 22 (vinte e duas), 19 (dezenove), 17 (dezessete) e 27 (vinte e sete) vezes.

Quanto aos motivos que se referem ao fato, permanece a ênfase sobre a gravidade da conduta, agora em sentido inverso. Sob a categoria, a justificativa de maior recorrência se limita a afirmar que as circunstâncias do fato não indicam a necessidade de se decretar a prisão preventiva, mobilizada 30 (trinta) vezes – “as circunstâncias do fato não conduzem a uma medida judicial mais gravosa”.

Identificamos, ainda, justificativas segundo as quais a gravidade da conduta seria compatível com as medidas cautelares diversas da prisão, por 05 (cinco) vezes, e que a gravidade da conduta não extrapolaria a gravidade abstratamente prevista pela legislação, em 18 (dezoito) ocasiões – por exemplo: “as circunstâncias da prisão e o *modus operandi* da

suposta conduta ilícita praticada estão inseridos na gravidade em abstrato prevista para o próprio tipo penal”. A ideia aqui apresentada é de que as circunstâncias em que o crime foi praticado não seriam excepcionais, o que reconduz à ideia central da reduzida gravidade.

Inclusive, em meio aos motivos caracterizados como descolados, identificamos 31 (trinta e uma) menções à insuficiência da gravidade em abstrato para se decretar a prisão preventiva, tais como: “é indene de dúvidas que a prisão cautelar exige fundamentação concreta, sob as estreitas balizas do art. 312 do Código de Processo Penal, o que afasta a invocação *ope legis* da mera gravidade abstrata do delito”; “como é cediço, a gravidade do delito em abstrato não pode, por si só, ensejar a medida excepcionalíssima da prisão preventiva, sob pena de caracterizar cumprimento antecipado de pena”.

A menção à gravidade da conduta não se faz acompanhar, em geral, de elementos do caso. As exceções são: ausência de violência ou grave ameaça, 10 (dez) vezes; ausência do uso de arma de fogo, 08 (oito) vezes; ausência de prejuízo à vítima, 03 (três) vezes; pequena quantidade de entorpecente apreendido, 06 (seis) vezes – circunstâncias que, quando presentes, podem ser mobilizadas para legitimar a decretação da preventiva.

Em 02 (duas) oportunidades, identificamos que a liberdade foi concedida sob o fundamento de que seriam necessários maiores esclarecimentos sobre o fato. Em outras 02 (duas), argumentou-se que estariam ausentes indícios de autoria delitiva e, 01 (uma) vez, que estariam ausentes indícios de materialidade delitiva. Todos os motivos listados, apesar de pouco recorrentes, chamam a atenção porque prejudicam a configuração da situação de flagrância, que autorizaria a prisão do custodiado.

Quanto aos motivos relacionados à pessoa, a primariedade representou a justificativa de maior recorrência, mobilizada 76 (setenta e seis) vezes. A residência fixa e o trabalho lícito foram mobilizados, respectivamente, 25 (vinte e cinco) e 11 (onze) vezes. Encontramos, ainda, 01 (uma) referência à condição de estudante. Os motivos listados representam especificações do que se considera como “condições pessoais favoráveis”, justificativa genérica encontrada 16 (dezesesseis) vezes.

A ausência de antecedentes criminais foi mobilizada, ainda, em associação à ideia do receio de reiteração delitiva, em sentido oposto ao motivo identificado em relação à prisão preventiva. Em 11 (onze) ocasiões, identificamos a seguinte justificativa padronizada: “a ficha de antecedentes criminais acostada aos autos digitais não traz indicativo da propensão do autuado à prática reiterada de delitos”.

Por fim, destacamos a ideia de vulnerabilidade social, mobilizada 07 (sete) vezes como justificativa para a concessão da liberdade. Sob a justificativa foram reunidos, pelos julgadores, custodiados que se encontravam em situação de rua, e/ou pessoas que declararam dependência em substâncias entorpecentes, bebidas alcóolicas ou medicação de uso controlado.

5.3.3. Motivos para fixar cautelares

De acordo com a legislação processual penal, toda medida cautelar, para que seja aplicada, deverá observar a “necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”, bem como a “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado” (artigo 282, CPP).

As medidas cautelares não são obrigatórias nos casos em que se conceder a liberdade provisória ao custodiado, investigado ou réu. Por definição legal, a fixação de qualquer restrição somente deve ocorrer quando as circunstâncias do caso ou as condições da pessoa assim recomendem, pois, apesar de significativamente mais brandas do que a prisão preventiva, não deixam de representar limitações à liberdade.

Contudo, sem perder de vista que apenas uma decisão do acervo concedeu a liberdade provisória incondicionada, a fixação de medidas cautelares corresponde à regra nas audiências de custódia analisadas. Tal dado já havia sido anunciado pelo relatório do IDDD, em relação não só a Salvador, mas a todo o país. De acordo com o levantamento, os casos de liberdade irrestrita correspondem a menos de 1% da amostra, a nível nacional; ao invés de representarem alternativas à prisão preventiva, as cautelares se converteram em alternativas à liberdade plena (IDDD, 2019, p. 91).

Por consistirem em restrições à liberdade, a fixação de medidas cautelares deve se fazer acompanhar de justificativas específicas, que não se confundem com os motivos para se conceder a liberdade provisória. No acervo analisado, todavia, o primeiro dado consiste na fragilidade, ou mesmo na ausência, de fundamentação relacionada às cautelares diversas da prisão. Em 13 (treze) decisões, sequer foram apresentados motivos específicos para as restrições, limitando-se a constar quais as cautelares fixadas na parte dispositiva do documento.

Quando apresentadas justificativas, o motivo de maior recorrência se referiu à ideia da proporcionalidade, mobilizada 43 (quarenta e três) vezes. Em 35 (trinta e cinco) destas

ocorrências, associou-se à ideia da razoabilidade – “medidas mais razoáveis e com a devida proporcionalidade ao caso apresentado”.

O trecho acima transcrito integra dois modelos de justificativas padronizadas. O primeiro deles, mais sucinto, foi identificado em 14 (catorze) fundamentações: “impõe-se, todavia, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, adotando-se, dessa forma, medidas mais razoáveis e com a devida proporcionalidade ao caso apresentado”. O segundo modelo, identificado 21 (vinte e uma) vezes, representa a complexificação argumentativa do primeiro, como os graus de elaboração anteriormente mencionados:

Impõe-se, todavia, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, a fim de resguardar-se a futura aplicação da lei penal, se for o caso, e de evitar prejuízo à instrução do processo judicial, garantindo-se a ordem pública, e adotando-se, dessa forma, as medidas mais razoáveis, levando-se em consideração a devida proporcionalidade entre o que o caso apresenta e a medida judicial decretada (decisão 05).

A fundamentação referenciada mobiliza, ainda: resguardar a futura aplicação da lei penal, evitar prejuízo à instrução processual e garantir a ordem pública – justificativas que correspondem a requisitos legais para a aplicação das medidas cautelares e, ainda, para a decretação da prisão preventiva. No universo de fundamentações relacionadas às restrições diversas, os motivos listados foram identificados, respectivamente: 26 (vinte e seis), 36 (trinta e seis) e 21 (vinte e uma) vezes.

Similar à proporcionalidade, identificamos, em 16 (dezesesseis) fundamentações, a mobilização das ideias de adequação e compatibilidade das medidas cautelares à gravidade da conduta. As expressões se inseriam, na maioria das vezes, em justificativas padronizadas:

A bipolaridade que norteava o sistema cautelar restou suplantada com a reforma promovida no Código de Processo Penal pela Lei nº. 12.403/2011. Colhe-se dos autos que as medidas acautelatórias diversas da prisão (art. 319 do CPP) são compatíveis com a gravidade e as circunstâncias do fato delituoso levado ao conhecimento do Poder Judiciário, contudo aquelas recomendam o afastamento do investigado de locais que sejam fatores de potencialização da prática de crimes, tudo para evitar a reiteração delituosa (decisão 06).

Nesse passo, em decorrência do princípio da proporcionalidade, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, cumulativamente, previstas no art. 319 do CPP, em desfavor dos agentes, mantendo-os assim minimamente vinculados ao Juízo processante, revela-se adequada e suficiente à gravidade do crime, às circunstâncias do fato delituoso (decisão 07).

Portanto, evidenciada a desnecessidade da prisão preventiva, entendo que, ao caso solvendo, a aplicação de outras medidas cautelares diversas à prisão se mostram suficientes e mais adequadas para produzir o mesmo resultado que se almejaria com a medida afliativa de liberdade, preservando, todavia, a

liberdade de locomoção do agente, principalmente, nesta fase, em que não há sentença condenatória transitada em julgado e que vigora o princípio da não culpabilidade.

Desta forma, com o objetivo de garantir a eficácia do processo penal e da aplicação da lei penal, bem como a própria segurança social, evitando que o investigado, sob os mesmos estímulos, pratique novas infrações, a imposição de outras medidas cautelares, diversas à prisão, se mostra necessária e proporcional ao caso em tela (decisão 08).

Os trechos acima transcritos foram identificados, respectivamente, em 06 (seis), 05 (cinco) e 04 (quatro) decisões. Nestes, consta também a necessidade de vincular o custodiado ao juízo e garantir a eficácia do processo, argumento mobilizado em 10 (dez) fundamentações, que remete às ideias de resguardar a futura aplicação da lei penal e evitar prejuízo à instrução processual. Consta, ainda, a ideia de prevenir futuras práticas delitivas, identificada 07 (sete) vezes.

Os motivos relacionados à fixação das medidas cautelares diversas da prisão podem se resumir a: proporcionalidade, adequação, compatibilidade, resguardar a instrução, resguardar a futura aplicação da lei penal, garantir a ordem pública e evitar a reiteração delitiva. Todos eles mobilizam requisitos legalmente previstos:

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

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (CPP).

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 autoria⁷ (CPP).

Lembramos, ainda, que 13 (treze) decisões não apresentaram qualquer motivo específico para se restringir a liberdade do custodiado. Das 57 (cinquenta e sete) restantes, 50 (cinquenta) se utilizaram dos modelos acima apresentados. As referências a elementos da realidade são quase inexistentes, o que prejudica a identificação das circunstâncias pelas quais aquele custodiado, em relação àquele fato específico, deve cumprir medidas cautelares diversas.

⁷ Redação em vigor à época das audiências de custódia observadas.

O excesso de padronização é percebido, também, na especificação de quais medidas deverão ser cumpridas. O artigo 319 do Código de Processo Penal prevê 09 (nove) modalidades de restrição:

Art. 319 – São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou 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 trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica (CPP).

Desde a observação direta às audiências de custódia, identificamos referências verbais, entre os operadores jurídicos, ao “pacote de cautelares”: em geral, comparecimento periódico ao juízo, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de se ausentar da comarca e recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga.

Ao longo da análise, com raras exceções, não identificamos motivos que justifiquem a pertinência entre cada restrição e as circunstâncias do fato, ou às condições pessoais do custodiado. Da forma como fixadas no acervo da pesquisa, as cautelares mais se assemelham a restrições à sociabilidade e ao entretenimento – não por acaso, os lugares de frequência proibida costumam corresponder a festas e bares, além da obrigatoriedade de recolhimento domiciliar nos dias e horários não úteis.

Também nas observações diretas, identificamos que algumas audiências sequer chegaram a ser realizadas. Nesses casos, denominados de “paredão”, as partes e o(a) magistrado(a) acordavam pela dispensa do ato, mediante a garantia de concessão da liberdade provisória. Tal prática, além de frustrar um dos objetivos primordiais das audiências de custódia

– identificar indícios de violência policial –, contribui para a produção de decisões padronizadas e, por consequência, não individualizadas.

5.3.4. Motivos para o relaxamento

O primeiro ato decisório em sede de audiência de custódia consiste em verificar a regularidade da prisão, nos termos do primeiro inciso do art. 310 do CPP. Nos casos que compõem o acervo da análise⁸, a regularidade se refere ao ato do flagrante, que somente se configura nos casos em que a pessoa for surpreendida no curso da infração penal ou logo após o cometimento do crime, inclusive quando houver perseguição do suposto autor do fato, ou quando a pessoa for encontrada na posse de instrumentos ou produtos da infração (artigo 302, CPP).

Quando o juiz concluir que não foram configuradas quaisquer das hipóteses legais, o auto de prisão em flagrante não será homologado e a prisão será relaxada. Como a análise sobre a regularidade do flagrante antecede a apreciação dos requisitos da prisão preventiva, os motivos relacionados ao relaxamento são de ordem distinta. Não se discute a gravidade da conduta ou as condições pessoais do custodiado, mas se existem elementos informativos suficientes para se configurar a prática de algum tipo penal.

No nosso acervo, constam 16 (dezesesseis) decisões que concluíram pelo relaxamento da prisão, as quais afetaram 19 (dezenove) custodiados. Destas, 01 (uma) decisão não apresentou justificativas específicas para o relaxamento, limitando-se a constar a determinação no dispositivo. Tratava-se de prisão em flagrante de duas pessoas por suposta prática do crime de roubo, sendo que, em relação ao primeiro custodiado, decretou-se a prisão preventiva.

A justificativa de maior recorrência mobiliza, apenas, a ilegalidade da prisão, identificada 19 (dezenove) vezes. Antes de corresponder a um motivo decisório, a ilegalidade pode ser considerada como conclusão necessária por parte do julgador, por representar a razão de ser do relaxamento da prisão – “ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente, relaxar a prisão ilegal, ou...” (artigo 310, I, CPP).

Seguindo por essa linha, as demais justificativas identificadas podem ser consideradas como os motivos pelos quais a prisão foi ilegal. O de maior recorrência, então, corresponde à ausência da situação de flagrância, identificada 14 (catorze) vezes. Por exemplo: “o auto de

⁸ A partir da Lei nº 13.964/2019, as audiências de custódia passaram a ser impositivas em todos os casos de prisão, ainda que não decorram de flagrantes – como é o caso de prisões preventivas decretadas no curso de investigações ou ações penais em que o réu se encontre em liberdade.

prisão em flagrante não obedeceu aos requisitos legais, uma vez que a prisão não ocorreu de acordo com as hipóteses expressas no art. 302, CPP”; “o autuado não se encontrava em nenhuma das hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal”; “nos termos do art. 302, do Código de Processo Penal, considera-se em flagrante delito quem: (...). Nenhuma de tais hipóteses restou caracterizada na espécie”.

Em 08 (oito) ocorrências, identificamos a justificativa da ausência de materialidade e autoria delitivas, por exemplo: “muito frágeis são, na atual quadra da persecução, a prova da existência material de suposto crime e o indício suficiente da sua autoria”; “ausentes os indícios de autoria e materialidade dos delitos imputados ao autuado”. A mesma ideia pode ser reforçada por meio de justificativas que mencionam a insuficiência de informações sobre o ocorrido: “evidenciando a necessidade de maiores esclarecimentos acerca dos fatos tipificados”; “não constam no Auto de Prisão em Flagrante coleta de declarações de testemunhas que presenciaram o furto”.

Identificamos, ainda, 06 (seis) justificativas que mobilizaram a atipicidade da conduta. Assim como a ausência de indícios delitivos, ambos os motivos remetem à ideia da ausência de situação de flagrância, pois, na medida em que o custodiado não estava cometendo qualquer crime, não seria possível se configurar um flagrante.

Lembramos que, em 05 (cinco) ocorrências relacionadas à concessão da liberdade provisória, identificamos motivos que se referem à necessidade de melhor esclarecer os fatos e à ausência de indícios delitivos. Se os motivos são iguais, por que deram ensejo a determinações diferentes?

Em todos os relaxamentos fundamentados pela fragilidade probatória, consta, também, expressa menção ao requerimento do Ministério Público, justificativa identificada 12 (doze) vezes. Por exemplo:

Analisando a hipótese dos autos, verifica-se que razão assiste tanto ao Ministério Público quanto à Defesa, quanto à ausência de indícios suficientes de autoria e materialidade dos delitos ao autuado imputados, evidenciando a necessidade de maiores esclarecimentos acerca dos fatos tipificados, e configurando, assim, ilegal a sua prisão, impondo-se o relaxamento, na forma do art. 302 do CPP (decisão 09).

Analisando a hipótese dos autos, tem-se que razão assiste ao Ministério Público e à Defensoria Pública, já que não se verificou, *in casu*, o descumprimento das medidas protetivas impostas nos autos tombados sob nº (...), encontrando-se ausentes os indícios de autoria e materialidade dos delitos imputados ao autuado no auto de prisão em flagrante. Evidencia-se, desse modo, a ilegalidade de sua prisão, e a necessidade do relaxamento da mesma,

na forma do art. 302 do CPP, revelando-se atípica a conduta a ele atribuída (decisão 10).

No caso em tela, observa-se que os argumentos trazidos à baila em audiência de custódia pelo Ministério Público e pela Defesa devem ser observados, e, DEFERIDOS, no sentido de que não constam no Auto de Prisão em Flagrante coleta de declarações de testemunhas que presenciaram o furto, não podendo ser acatado o presente auto de prisão em flagrante pois não foram cumpridos os requisitos legais autorizadores da prisão em flagrante, entendo que a sua prisão em flagrante foi ilegalmente efetuada (decisão 11).

De acordo com o levantamento realizado pelo IDDD (2019), em 85,5% dos casos submetidos às audiências de custódia, há convergência entre o pedido ministerial e a decisão do magistrado. Em relação aos relaxamentos por ilegalidade da prisão, a taxa equivale a 80%, casos em que também houve alinhamento por parte da defesa.

Retornamos às decisões que, apesar de mobilizarem os mesmos motivos, concluíram por determinação distinta. De acordo com as atas das respectivas audiências, em todas elas o Ministério Público se manifestou pela homologação do flagrante e pela concessão da liberdade provisória condicionada a cautelares diversas, requerimento acompanhado pelo magistrado.

Todos os motivos, à exceção da concordância com o Ministério Público, referem-se ou remetem à ausência dos requisitos legais da situação de flagrância. Há, contudo, uma decisão que apresentou justificativas destoantes do vocabulário até então apresentado. Nesta, os motivos foram: possibilidade de violência policial contra os custodiados, menção a tortura e espancamento, marcas visíveis de violência, fragilidade e contradições nos depoimentos policiais. Retornaremos a esse caso mais adiante.

5.4. LINHA DE MONTAGEM E OS DESAFIOS DA FUNDAMENTAÇÃO

No curso da análise do acervo documental, o primeiro dado que nos chamou a atenção foi a quantidade de fundamentações padronizadas – ou, como denominado entre os operadores jurídicos, os modelos, que são documentos já utilizados anteriormente e que podem se adequar aos novos casos. O modelo pode ser reaproveitado em sua integralidade ou em partes, bem como é possível combinar dois modelos em um novo documento. É possível, ainda, que o subscritor acresça informações específicas sobre o caso, além de novos argumentos.

De qualquer forma, é raro que uma petição ou decisão jurídica seja completamente inédita. Tal dado se torna ainda mais evidente quando consideradas as decisões subscritas pelo mesmo operador, principalmente em se tratando de demandas repetitivas – que versam sobre a mesma matéria, pois, no mínimo, aproveita-se a descrição dos requisitos legais aplicáveis.

A existência dos modelos se insere no fenômeno linha de montagem (SAPORI, 2006), estratégia informal adotada pelos operadores jurídicos para alcançar altas taxas de produtividade por meio do tratamento padronizado das demandas. Nesse procedimento, os casos são categorizados a partir das características em comum, o que contribui para a produção de decisões em série que ignoram as particularidades de cada situação.

Além disso, a categorização é um sintoma da racionalidade formal que caracteriza a justiça linha de montagem. É em função da prevalência da meta da eficiência que a classificação dos processos em categorias se torna uma medida racional. Ela agiliza sobremaneira o trabalho dos diversos atores legais, maximizando a produtividade no despacho de processos. Lançando mão da categorização, os atores legais evitam despende um tempo além do desejável na procura de alternativas de ação.

É por isso que os processos não são tratados como individualidades, mas sim componentes de um grupo com elementos comuns. Com esse procedimento, reduzem-se drasticamente as alternativas de ação a adotar, já que elas estão previamente definidas. Em outras palavras, a categorização permite que se acionem automaticamente os programas de ação adequados a diferentes situações. Há, portanto, uma evidente combinação desses programas com os sistemas de classificação, de modo que, tão logo um processo tenha sido enquadrado em determinada categoria, imediatamente o ator legal adota uma reação correspondente. A combinação de categorias com programas de ação impõe um caráter rotineiro à justiça linha de montagem (SAPORI, 2006, p. 773).

No acervo da pesquisa, acreditamos que a categorização das decisões para os fins da linha de montagem priorizou o tipo de determinação, pois encontramos fundamentações padronizadas em casos de crimes distintos. Do universo de 55 (cinquenta e cinco) decisões que concluíram pela prisão preventiva, 23 (vinte e três) se utilizaram do seguinte modelo, ignoradas pequenas variações:

As medidas cautelares diversas da prisão não se adequam à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do flagranteado, vez que, demonstrando-se, desse modo, a necessidade de sua segregação cautelar, e apresentando-se a conversão da prisão preventiva como medida que se impõe, a bem da ordem pública.

Efetivamente, quando a gravidade concreta, o *modus operandi* e as circunstâncias do delito indicam a perigosidade real dos agentes, sobressai fundado receio de reiteração criminosa, resta plenamente legitimada a decretação ou manutenção da prisão preventiva. Em tais situações, a constrição da liberdade tem por objetivo proteger a sociedade de pessoas que, uma vez soltas, possam colocar em risco a coletividade e a paz social (decisão 12).

A fundamentação em destaque foi encontrada em decisões referentes a crimes de violência doméstica, porte de arma de fogo, roubo e tráfico de drogas, além de ter sido utilizada por 05 (cinco) magistrados diferentes, do universo de 12 (doze).

Em relação às decisões que concederam a liberdade provisória, identificamos dois modelos repetitivos. O primeiro foi utilizado em 32 (trinta e dois) casos, em decisões de 04 (quatro) magistrados distintos, para crimes de porte de arma de fogo, homicídio, lesão corporal, violência doméstica, estelionato, furto, receptação, roubo e tráfico de drogas:

Analisando a hipótese dos autos, verifica-se a desnecessidade da segregação do autuado, não se encontrando presentes nas transcrições da peça inquisitória os requisitos restritivos presentes nos artigos 282, 310, inciso II e 312 do Código de Processo Penal.

Os depoimentos colhidos e os documentos juntados aos autos revelam que as circunstâncias do fato/condições pessoais do agente não conduzem a uma medida judicial mais gravosa, apresentando-se a concessão de liberdade provisória como a medida mais adequada à hipótese, sobretudo em virtude de ser o flagranteado tecnicamente primário, não ostentar maus antecedentes e possuir residência fixa (decisão 13).

O segundo modelo foi identificado em 10 (dez) decisões, subscritas por 04 (quatro) diferentes magistrados, em crimes de furto, roubo e tráfico de drogas:

A concessão de liberdade provisória não é sinônima de absolvição, e sim do direito de permanecer solto durante a persecução penal, até que advenha o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 5º, LVII, da CF/1988). Aliás, "(...) a privação cautelar da liberdade individual – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo – não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a ideia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar (*carcer ad custodiam*), que não se confunde com a prisão penal (*carcer ad poenam*). A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal" (STF. HC 96.219-MC. Decisão monocrática. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 09/10/2008) (grifo nosso). A sistemática introduzida pela Carta Política de 1988 impõe a liberdade como regra, já que a prisão é a exceção.

Nessa toada, a observância do princípio da proporcionalidade, quando da imposição de medidas cautelares na seara processual penal, é corolário do princípio da presunção de não culpabilidade. Em suma, as providências acautelatórias infligidas em quaisquer das fases da persecução não podem ser mais gravosas que uma futura condenação (por ora analisada em perspectiva), consideradas, ainda, as possibilidades de cumprimento em regime inicial aberto, de concessão do *sursis* (art. 77 do Código Penal) ou de substituição da pena privativa de liberdade por outras restritivas de direitos.

(...)

No entanto, a folha de antecedentes criminais acostada não contém indicativo da propensão do(a) flagranteado(a) à prática reiterada de delitos. As circunstâncias e o modus operandi da conduta ilícita estão inseridos na gravidade inerente ao próprio tipo penal. Aliás, consoante a jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores, “a mera afirmação de suposta periculosidade e de gravidade em abstrato do crime, por si só, não são suficientes para fundamentar a constrição cautelar, sob pena de transformar o acusado em

instrumento para a satisfação do anseio coletivo pela resposta penal" (STF. HC 93.971/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 10/02/2009).

Nada sugere que a restituição do *status libertatis* redundará em risco para a ordem pública ou para o livre exercício de atividades econômicas. Não há que se falar em garantia da instrução criminal, porquanto a fase judicial sequer foi iniciada, sem olvidar que o suporte fático e probatório não contém qualquer demonstração do desejo do(a) autuado(a) de se evadir do distrito da culpa, para frustrar a execução de eventual pena. Enfim, não se percebe quaisquer dos motivos autorizadores da prisão preventiva, tampouco a excepcionalidade da medida se justifica para os fins do art. 313, parágrafo único, do CPP (decisão 14).

Quanto às cautelares diversas da prisão, como apresentamos no item 5.3.3., foram identificados 05 (cinco) modelos, utilizados em 50 (cinquenta) decisões. O número superior às justificativas padronizadas para a concessão da liberdade ilustra a possibilidade de se aproveitar partes de modelos, utilizando-se apenas o trecho que interessa ao caso.

Em relação às decisões que não se utilizaram dos modelos acima apresentados, não significa que a fundamentação de cada uma delas tenha sido inédita. Como o objetivo da presente pesquisa reside em analisar a comunicação sistêmica, somente destacamos as fundamentações padronizadas que foram utilizadas por mais de um magistrado, o que ilustra o mecanismo de legitimação das justificativas a partir da reprodução discursiva em cadeia:

Com efeito, é apenas por meio da utilização “em cadeia” de tais justificativas formais que as comunicações do sistema se vinculam umas às outras e podem assim continuar a ser consideradas e reforçadas – justamente em razão dessa reprodução discursiva – como justificativas legítimas – “legítimas”, aqui, certamente, do ponto de vista do sistema. Consideradas legítimas pelo sistema, elas entram assim dentro de um processo de reciclagem cognitiva potencialmente perpétua, no interior do qual elas podem ser mobilizadas como materiais propriamente jurídicos, os quais permitam orientar juridicamente as operações do sistema (GARCIA, 2014, p. 193).

Ao identificarmos os modelos, bem como a significativa quantidade de decisões que se utilizaram dos mesmos – mais da metade, a despeito da variedade de subscritores –, fomos confrontadas com um novo questionamento, para além dos contornos iniciais do problema da pesquisa: o que torna uma decisão fundamentada?

Na prática forense, principalmente por parte da defesa, uma das arguições de nulidade mais recorrentes se refere à carência de fundamentação dos atos decisórios. À época das audiências observadas, o Código de Processo Penal não contemplava regulações precisas sobre o conteúdo necessário, ou mesmo mínimo, para que uma decisão judicial fosse considerada válida. No artigo 315, previa-se, apenas: “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”.

O Código de Processo Civil, apesar de se referir a causas cíveis, aplica-se ao processo criminal de forma subsidiária e complementar, ou seja, nos casos em que a legislação penal não tratar especificamente sobre determinada matéria. Além disso, representa o mais completo e o mais recente diploma normativo a respeito do rito processual. Por consequência, as suas disposições tendem a estar mais atualizadas e conformes às alterações jurisprudenciais. Desde 2015, o referido diploma prevê que:

Art. 489, § 1º – Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (...) (CPC).

As normas relacionadas à carência de fundamentação, acima transcritas, são aplicáveis aos casos de omissão no comando decisório. No rito processual, seja ele cível ou criminal, o pedido de revisão de decisões omissas ocorre por meio dos embargos de declaração. A esse respeito, o Código de Processo Penal limita-se a dispor que “poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão” (art. 619, CPP).

A partir da Lei nº 13.964/2019, que promoveu alterações no Código de Processo Penal – inclusive, inserindo as audiências de custódia no ordenamento brasileiro –, o artigo 315 ganhou redação semelhante ao artigo 489 do CPC, aplicável, especificamente, às decisões judiciais que versarem sobre a liberdade:

Art. 315 – A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (CPP).

Ainda que o dispositivo acima referenciado seja posterior ao campo da presente pesquisa, a sua inserção na legislação processual penal reforça que, mesmo antes, as normas do Código de Processo Civil eram pertinentes e aplicáveis ao rito criminal. Portanto, quando as decisões sob análise foram proferidas, ao longo do ano de 2018, os operadores jurídicos já dispunham de parâmetros normativos a respeito da fundamentação de decisões judiciais.

Seguindo as diretrizes do Código de Processo Civil, se um ato decisório “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”, haverá carência de fundamentação. É preciso, ainda, que os argumentos utilizados se refiram às especificidades do caso sob análise, justificando de que forma o motivo se aplica às circunstâncias verificadas no fato. Surge, então, novo questionamento: o que torna uma decisão individualizada?

Ao longo da extração das informações nos documentos, destacamos a singularização, que contém a delimitação de qual pessoa e sobre qual evento a decisão se refere. Alguns exemplos:

Trata-se da comunicação da prisão em flagrante de (...), qualificado nos autos, pela suposta prática do crime tipificado no art. 147, do Código Penal c/c art. 7º, inciso II e art. 24-A da Lei 11340/06, fato ocorrido em 09 de maio de 2018 (decisão 15).

Trata-se de comunicação da prisão em flagrante de (...), qualificado nos autos, pela suposta prática do delito tipificado no art. 16, parágrafo único da Lei 10826/03, fato ocorrido no dia 02 de maio de 2018, por volta das 22:20 horas, na Rua da Etiópia, Jardim Cajazeiras, nesta Capital (decisão 16).

Trata-se de comunicação da prisão em flagrante de (...), qualificado nos autos, pela suposta prática do delito previsto nos arts. 311 e 331, ambos do CP, fato ocorrido no dia 27 de junho de 2018, por volta das 14hs, na Estrada de Campinas, nesta Capital, onde teria, supostamente, desobedecido ordens de superior hierárquico, desacatando os policiais civis que se encontravam no local para realizar diligências, e que acabaram por efetuar sua prisão (decisão 17).

Trata-se da comunicação da prisão em flagrante de (...) e (...) qualificados nos autos, pela suposta prática dos delitos tipificados no art. 157, § 2º do CPB e

art. 28 da Lei nº 11.343/06, fato ocorrido no dia 07 de junho de 2018, na avenida Otávio Mangabeira, Jardim de Alá, nesta Capital por volta das 21:40 horas onde os autuados foram encontrados com aparelho de telefonia móvel (decisão 18).

Trata-se de comunicação da prisão em flagrante de (...), (...) e (...), qualificados nos autos, pela suposta prática dos delitos tipificados no art. 180, do CP, e no art. 14, da Lei nº 10.826/03, fato ocorrido no dia 13 de junho de 2016, por volta das 21:30hs, no Largo de Águas Claras, nesta Capital, onde teriam sido encontrados no interior do veículo Celta, p.p. (...), apresentando restrição de roubo, além de se encontrarem na posse de um revólver calibre 32, com numeração raspada, e municiado com 06 (seis) projéteis (decisão 19).

Na maior parte dos casos analisados, a apresentação de informações sobre o fato se resume à singularização. Em contrapartida, seria possível argumentar que as audiências de custódia não se destinam a analisar o mérito da imputação, matéria somente debatida após o oferecimento da denúncia e início da instrução processual. Contudo, identificamos situações em que as decisões se debruçaram com mais atenção sobre o ocorrido, apresentando descrições que extrapolam a singularização:

Muito embora o investigado não seja portador de maus antecedentes criminais (fls. 30), as medidas cautelares diversas da prisão não se mostram capazes de prevenir e reprimir a prática futura de semelhantes delitos. As peças informativas apontam o cometimento de vários roubos, contra passageiros e o cobrador de um veículo de transporte coletivo, e como se não bastasse a abrangência e a gravidade da ação delituosa, o investigado ainda desferiu diversos golpes de faca no motorista do coletivo, quando este – juntamente com o outro rodoviário e passageiros – tentou abordar o roubador em plena via pública.

De acordo com a jurisprudência das nossas Cortes Superiores, "condições subjetivas favoráveis ao paciente, tais como primariedade, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva" (STJ. HC 338.186/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca). Demais disso, "quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, o decreto de prisão ganha a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública. Isso na linha de que a liberdade do paciente implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade" (STF. HC nº 111.244/SP. Rel. Min. Ayres Britto, DJe 26/06/2012).

Portanto, a imposição da medida de *ultima ratio* é providência que se impõe, para a garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta do fato e da multiplicidade de bens jurídicos ofendidos. A limitação da liberdade ambulatoria, na atual quadra da persecução, é necessária para proteger a coletividade e a paz social (decisão 20).

Nesta decisão, a principal justificativa para se decretar a prisão preventiva foi a gravidade da conduta. Mobilizou-se, ainda, a justificativa da inadequação das cautelares,

associada à prevenção e repressão delitiva, a subsidiariedade das condições pessoais favoráveis, a periculosidade do custodiado, a garantia da ordem pública e a proteção social. Todos os argumentos integram o vocabulário de motivos já mapeados, de forma que a fundamentação não destoia das demais decisões do acervo. Contudo, a gravidade ganhou significado a partir da descrição do ocorrido, o que permitiu compreender porque, nesse caso específico, a conduta foi considerada grave.

Na próxima decisão destacada, concluiu-se pela concessão da liberdade provisória condicionada a cautelares diversas. O primeiro motivo também se refere à gravidade da conduta, só que em sentido inverso:

(...), brasileiro, nascido em (...), filho de (...) e (...), foi preso e autuado em flagrante no dia 04/06/2018, por suposta prática do delito previsto no art. 155, do Código Penal.

Emerge das peças informativas que a vítima identificada como (...) emprestou seu telefone celular ao autuado, o qual alegou a necessidade de realizar uma ligação, pois estava com problemas em sua residência. Ocorre que o detido, aproveitando-se do descuido da vítima, empreendeu fuga, levando consigo o aparelho, no entanto não logrou êxito na posse pacífica da *res furtiva*, pois foi abordado por policiais militares.

Durante a audiência de custódia, procedeu-se a oitiva do conduzido, do Órgão do Ministério Público e da Defesa, na forma da Resolução nº. 213/2015, do CNJ.

É o sinóptico relatório. Fundamento e DECIDO:

De acordo com o art. 310 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº. 12.403/2011, o magistrado, ao receber o APF, deverá relaxar a prisão ilegal, converter o flagrante em prisão preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Ab initio, homologo o auto de prisão em flagrante, pois a sua lavratura foi realizada em obediência aos ditames legais. Destaco, outrossim, que o delito atribuído, embora de natureza dolosa, não foi perpetrado com emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa. Face ao princípio da proporcionalidade, é sabido que as providências acautelatórias infligidas em quaisquer das fases da persecução não podem ser mais gravosas que uma futura condenação (por ora analisada em perspectiva), consideradas, notadamente, as possibilidades de cumprimento em regime aberto ou de substituição da pena privativa de liberdade por outras alternativas. Portanto, não se fazem presentes todos os requisitos para a imposição da medida extrema, sendo certo que as cautelares nominadas se mostram, no caso em tela, suficientes e adequadas para prevenir e reprimir a reprodução de idêntico ilícito.

Nada sugere que a restituição do *status libertatis* redundará em risco para a ordem pública ou para o livre exercício de atividades econômicas. Não há que se falar em garantia da instrução criminal, porquanto a fase judicial sequer foi iniciada, sem olvidar que o suporte

fático e probatório não contém qualquer demonstração do desejo do autuado de se evadir do distrito da culpa, para frustrar a execução de eventual pena. Enfim, não se percebe quaisquer dos motivos autorizadores da prisão preventiva, tampouco a excepcionalidade da medida se justifica para os fins do art. 313, parágrafo único, do CPP.

Adverta-se que a concessão de liberdade provisória não é sinônima de absolvição, e sim do direito de permanecer solto durante a persecução penal, até que advenha o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 5º, LVII, da CF/1988). Aliás, “(...) a privação cautelar da liberdade individual qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a ideia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar (*carcer ad custodiam*), que não se confunde com a prisão penal (*carcer ad poenam*). A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal” (STF. HC 96.219-MC. Decisão monocrática. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 09/10/2008) (grifo nosso). A sistemática introduzida pela Carta Política de 1988 impõe a liberdade como regra, já que a prisão é a exceção (decisão 21).

Para além do relato dos fatos, apresentado na primeira seção do documento, a fundamentação corresponde a um dos modelos já identificados, com a ordem dos parágrafos invertida. Caso o magistrado optasse por não descrever o ocorrido, permaneceria a menção à ausência de violência e grave ameaça, utilizada para se referir à pouca gravidade da conduta e, assim, justificar a concessão da liberdade. Ainda que se desconhecesse de que forma o suposto delito ocorreu, a justificativa produziria os efeitos pretendidos na fundamentação da decisão.

Considerando a forma com que, em geral, as decisões objeto de análise foram fundamentadas, a apresentação do relato do fato não interfere na validade do comando judicial, apesar de contribuir para a sua individualização. No mesmo sentido, apresentamos mais um documento:

(...), qualificado nos autos, fora autuado por suposta prática dos delitos previstos nos arts. 155 e 307, do Código Penal Brasileiro, fato dado como ocorrido no dia 01.05.2018, por volta das 22:30 horas, na Praça Pedro Gomes, Centro, município de Madre de Deus/Ba.

(...)

Conforme se depreendem dos autos, policiais militares estavam de ronda de rotina, quando foram alertados pelo Sr. (...) que havia acabado de ser furtado o seu aparelho de telefonia celular da marca LG K-10, modelo 2018, de cor dourada, no valor de R\$ 1.700,00 (um mil setecentos reais), dizendo a rota de fuga do agressor. Ato contínuo, os agentes de segurança foram ao encalço do indiciado e o localizaram tentando adentrar residência de populares, ocasião em que foi detido e, na sua posse, foi apreendido o objeto subtraído, além de pertences pessoais.

Pontue-se que, em razão dos fatos, o indiciado foi conduzido inicialmente para à 17ª DT (Delegacia Territorial da cidade de Madre de Deus), ocasião em que se identificou, com os dados de seu irmão, (...), somente se retratando, na Delegacia de Candeias, onde o flagrante foi lavrado.

Apesar do crime não ter sido praticado com grave ameaça ou violência contra à pessoa, entendo que a prisão preventiva, no presente caso, deve ser decretada, uma vez que o investigado possui uma vasta ficha criminal.

Com efeito, de acordo com a certidão de antecedentes criminais emitida pelo Sistema e-SAJ, pág. 25, observa-se o indiciado responde duas ações penais, em andamento, ambas na Comarca de Feira de Santana, são elas: 3.^a Vara Criminal (...) e na 2.^a Vara Criminal (...).

Além disso, o acusado responde a um processo de execução tombado sob o número (...), o qual é responsável pela fiscalização das penas exaradas por sentenças transitadas em julgado, referente a dois crimes contra o patrimônio, sendo que uma na 3.^a Vara Criminal (...) e outra na 2.^a Vara Criminal (...), também, na Comarca de Feira de Santana.

De acordo com o art. 313, inciso II, do CPP é possível a decretação da prisão preventiva se o investigado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado.

Portanto, diante da prova da materialidade delitiva e indícios de autoria, e em que pese o crime não ter sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a prisão preventiva é a única medida capaz de garantir a ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

Deste modo, evita-se, também, a reiteração delitiva, já que o investigado ostenta vasta folha de antecedentes criminais e estava cumprindo pena, demonstrando que as condenações anteriores não surtiram efeito desejado, e que se colocado em liberdade voltará a delinquir. Em casos como tais, a possibilidade de reiteração criminosa constitui motivo idôneo para a decretação da custódia cautelar, pois visa a garantir a ordem pública (decisão 22).

Nesta decisão, o principal motivo para se decretar a prisão preventiva foi a habitualidade delitiva, demonstrada por meio de referências a todos os procedimentos criminais em desfavor do custodiado. O fato que ensejou a prisão em flagrante, descrito no início da fundamentação, não foi considerado grave, o que poderia justificar a concessão da liberdade provisória pelo motivo da ausência de violência e grave ameaça. Mais uma vez, não seria necessário apresentar informações sobre o ocorrido, até porque as circunstâncias da conduta não interferiram na determinação judicial.

O que torna uma decisão individualizada seria, então, apresentar informações que se relacionam com os motivos utilizados para justificar a determinação judicial, seja sobre a pessoa ou sobre o evento. Os motivos relacionados ao fato exigiriam relatos sobre o ocorrido, a partir dos quais fosse possível identificar as circunstâncias que o tornam grave, ou não. Já os motivos relacionados à pessoa, a exemplo da habitualidade delitiva, exigiriam informações sobre os antecedentes criminais, não apenas a menção à existência de inquéritos ou ações penais em curso.

No acervo da presente pesquisa, a individualização foge à regra das decisões proferidas em audiência de custódia. Como dito, a maioria dos documentos não dedica atenção ao relato dos fatos ou a informações específicas sobre o custodiado, ainda que mobilizem motivos que se refiram a um ou a outro. A “desconsideração do que possa haver de específico e singular nos

diversos processos” (SAPORI, 2006, p. 775) é uma das consequências da confecção em série de decisões judiciais, estratégia utilizada em todo o sistema de justiça criminal.

Mas, se uma decisão não estiver individualizada, é possível que esteja fundamentada? Para refletir sobre esse questionamento, vejamos algumas outras decisões destacadas do acervo, as quais consideramos frágeis:

Trata-se de AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE em que figura como flagranteada (...), pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 155, §4º, II do Código Penal, fato ocorrido em data de 01 de junho de 2018.

(...)

Verifica-se que o auto de prisão em flagrante se encontra formalmente perfeito, preenchendo os requisitos e pressupostos legais, evidenciando a presença da situação de flagrância no momento da prisão, sendo promovida a oitiva do condutor e de testemunhas, bem como o interrogatório do flagranteado, entregando-lhe a nota de culpa.

Ante o exposto, HOMOLOGO a prisão em flagrante, eis que preenchidos os requisitos formais e materiais, porém, verificado a inexistência de representação do Ministério Público pela conversão em preventiva da prisão em flagrante, na conformidade dos artigos 282 § 2º e 311, ambos do Código de Processo Penal, CONCEDO o benefício da LIBERDADE PROVISÓRIA em favor de (...) (decisão 23).

Trata-se de prisão em flagrante, sendo apresentados a este Plantão Judiciário de 1º Grau os flagranteados (...) e (...) pelo GERRC, tido como incurso no artigo 157, § 2º, II, do CPB.

(...)

Inicialmente, cumpre salientar que o flagrante é regular e deu-se em consonância com o artigo 302 do CPP.

Outrossim, foram observadas todas as prescrições legais alusivas à regularidade do APF, hipótese em que não há que se falar em ilegalidade. Inadmissível, pois, o relaxamento.

Após a audiência de custódia, vislumbro não estarem presentes os elementos que autorizam a custódia preventiva do acusado, entendendo este magistrado que, *a priori*, a liberdade do mesmo não oferecerá risco à sociedade.

Posto isso e por tudo mais que dos autos consta, com base no art. 310, II, do CPP, CONCEDO a (...) o benefício da LIBERDADE PROVISÓRIA, cumulada com as seguintes medidas cautelares: 1) comparecimento bimestral em Juízo para justificar suas atividades, 2) não mudar de endereço sem prévia comunicação ao Juízo, e 3) não se envolver em novos delitos; advertindo-lhe de que o descumprimento destas condições poderá implicar na revogação do benefício ora concedido (decisão 24).

Trata-se de AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE em que figuram como flagranteados (...) e (...), pela suposta prática do crime previsto no artigo 33 e 35, da Lei 11.343/06 c/c artigo 244-B, da Lei 8069/90, pelo fato ocorrido em data de 01 de junho do ano em curso.

(...)

As garantias constitucionais dos incisos LXII a LXIV do art. 5º da Constituição Federal e as formalidades processuais dos arts. 304 a 306 do Código de Processo Penal foram observadas.

A situação de flagrância também restou caracterizada, pois os indiciados, no momento da abordagem policial, encontravam-se na hipótese descrita no inciso II, do art. 302 do Código de Processo Penal, do que se extrai a legalidade do procedimento.

Deve, portanto, ser homologada as prisões em flagrantes, para que surtam seus jurídicos e legais efeitos.

(...)

Entretanto, recomendável que o segundo denunciado responda o processo em liberdade, já que primário e sem contar com qualquer antecedente criminal (decisão 25).

Na primeira decisão, o motivo para a concessão da liberdade provisória foi a ausência de requerimento ministerial para a decretação da prisão preventiva. Na segunda, justificou-se que os requisitos da preventiva não estariam presentes. Na última, argumentou-se que o custodiado seria primário. Nas três fundamentações, a apresentação de informações sobre o fato ou sobre a pessoa não interferiria nos motivos, pois, quaisquer que sejam as circunstâncias da conduta ou as condições pessoais do custodiado, não houve valoração negativa por parte do julgador.

Essa linha de raciocínio, todavia, conduz ao risco de sugerir que decisões favoráveis à liberdade prescindem de individualização. Quanto aos motivos, a concordância com o Ministério Público foi identificada no acervo da pesquisa 15 (quinze) vezes, a ausência dos requisitos da preventiva 211 (duzentas e onze) e a primariedade 76 (setenta e seis). Apesar de cada decisão mobilizar apenas um motivo, cada um deles pode ser considerado estável entre os atores das audiências de custódia. Seria, então, a quantidade de motivos que torna uma decisão fundamentada?

As três decisões acima destacadas chamaram a atenção, também, por serem sucintas. Contudo, identificamos fundamentações que consideramos igualmente frágeis, apesar de extensas:

Assinale-se que conquanto a gravidade concreta do delito imputado à ora flagranteada, no que tange à possibilidade de decretação da prisão preventiva, ficou essa relegada a situações excepcionalíssimas, preservando-se a liberdade individual até decisão definitiva, devendo a sua restrição se reger pela efetiva necessidade no caso concreto.

Ressalte-se que a medida constritiva não deve afrontar os Princípios da Presunção de Inocência, da Dignidade da Pessoa Humana, desembocando em cumprimento de pena antecipadamente, se houver pena, ou condenação, não se podendo esquecer que o Estado Democrático de Direito assegura ao agente o Princípio da Não Culpabilidade, e de responder ao processo solto.

Ademais, inexistem nos autos elementos que indiquem intuito da flagranteada em furtar-se à aplicação da lei penal.

De mais a mais, tecer outras considerações derredor dos fatos postos à apreciação seria temeroso em razão da possibilidade de se adentrar no *meritum causae*.

Por conseguinte, presentes os requisitos autorizadores da liberdade provisória e ausentes os permissivos da prisão cautelar, a liberdade é um direito (decisão 26).

O nosso ordenamento jurídico em vigor consagra o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme inserido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, ao tempo em que assegura que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal, conforme disposto pelo artigo 5º, inciso LIV, da referida Carta Magna.

Diante disso, temos claramente – até mesmo frente ao disposto pelos artigos 310 e 321, ambos do Código de Processo Penal – que não estando presentes quaisquer das hipóteses que autorizem a conversão da prisão em flagrante em preventiva, deverá ser assegurado ao agente responder a investigação ou processo criminal em liberdade, até futura decisão de mérito, a qual poderá ou não lhe aplicar uma pena privativa de liberdade, de caráter definitivo, com sua consequente execução após o trânsito em julgado do decisum.

Ademais, a prisão em flagrante não tem o condão de, por si só, promover a restrição da liberdade do agente no curso de todo o processo, uma vez que a regra (liberdade) somente poderá ceder à exceção (prisão preventiva) quando presentes algumas das situações enunciadas pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, sem perder de vista a regra contida no artigo 313 do referido diploma processual penal, não sendo o auto de prisão em flagrante meio suficiente e hábil para, isoladamente, restringir qualquer benefício – ainda mais quando se encontra assegurado em nível constitucional.

No caso em debate não há indicação concreta que aponte à necessidade da manutenção da custódia do flagranteadado. As informações sobre os antecedentes criminais juntadas aos autos não contém indicativo da propensão do flagranteadado à prática criminosa, até porque nada consta contra a sua pessoa. As circunstâncias da prisão e o *modus operandi* da suposta conduta ilícita praticada estão inseridos na gravidade em abstrato prevista para o próprio tipo penal.

Ora, a mera alegação de suposta periculosidade e de gravidade em abstrato do crime, por si só, não são suficientes para fundamentar a constrição cautelar, sob pena de transformar o flagranteadado em instrumento para a satisfação do anseio coletivo pela resposta penal (decisão 27).

Na primeira decisão, as justificativas para se conceder a liberdade provisória foram: excepcionalidade da prisão preventiva; direito à liberdade até o trânsito em julgado; restrições à liberdade deverão observar a necessidade do caso; princípio da presunção de inocência; princípio da dignidade da pessoa humana; preventiva não deve antecipar a pena; princípio da não culpabilidade; direito de responder ao processo em liberdade; ausência de indícios de evasão; presença dos requisitos da liberdade provisória; ausência dos requisitos da preventiva; direito à liberdade.

Ao longo da fundamentação, não há qualquer informação que permita individualizar a decisão. Menciona-se a gravidade da conduta, mas não se apresenta elementos sobre o fato. Quanto às justificativas, observamos que a ideia central do princípio da presunção de inocência

foi mobilizada 06 (seis) vezes; a cautelaridade da prisão preventiva, que decorre da garantia anteriormente referida, foi mobilizada 02 (duas) vezes.

Já na segunda decisão, as justificativas foram: princípio da presunção de inocência; ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal; ausência dos requisitos da preventiva; direito de responder ao processo em liberdade; liberdade como regra; preventiva requer a presença dos requisitos legais; liberdade assegurada pela Constituição; ausência de necessidade da preventiva; ausência de antecedentes; circunstâncias e *modus operandi* inerentes ao tipo penal; periculosidade e gravidade em abstrato são insuficientes.

Mais uma vez, não foram apresentadas informações sobre o caso e, quanto à pessoa, mobilizou-se a primariedade. Os demais argumentos, apesar de múltiplos, remetem às mesmas ideias: princípio da presunção de inocência, ausência dos requisitos da preventiva, gravidade inerente ao tipo penal.

Observamos que as duas decisões priorizam motivos que categorizamos como descolados, mobilizando as mesmas ideias centrais reiteradamente, ainda que por expressões distintas. Apesar da quantidade de argumentos utilizados, em contraposição às decisões sucintas anteriormente apresentadas, o excesso de fundamentação genérica não afasta o que consideramos como frágil na decisão.

Apresentamos, por fim, uma decisão que consideramos fundamentada:

A concessão de liberdade provisória não é sinônima de absolvição, e sim do direito de permanecer solto durante a persecução penal, até que advenha o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 5º, LVII, da CF/1988). Aliás, “(...) a privação cautelar da liberdade individual qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a ideia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar (*carcer ad custodiam*), que não se confunde com a prisão penal (*carcer ad poenam*). A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal” (STF. HC 96.219-MC. Decisão monocrática. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 09/10/2008) (grifo nosso). A sistemática introduzida pela Carta Política de 1988 impõe a liberdade como regra, já que a prisão é a exceção.

Nessa toada, a observância do princípio da proporcionalidade, quando da imposição de medidas cautelares na seara processual penal, é corolário do princípio da presunção de não culpabilidade. Em suma, as providências acautelatórias infligidas em quaisquer das fases da persecução não podem ser mais gravosas que uma futura condenação (por ora analisada em perspectiva), consideradas, ainda, as possibilidades de cumprimento em regime inicial aberto, de concessão do *sursis* (art. 77 do Código Penal) ou de substituição da pena privativa de liberdade por outras restritivas de direitos.

Cabe frisar que a decretação da prisão preventiva exige a presença concomitante do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. O primeiro é consubstanciado pela prova da materialidade do fato delitífero que deve ser de natureza dolosa e admitir pena privativa de liberdade máxima em abstrato superior a 4 (quatro) anos e pelo indício suficiente da autoria ou da participação. O *periculum libertatis* traduz o risco que a liberdade do agente representa para a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal (art. 312 do CPP).

In casu, a fumaça do cometimento do ato punível emerge dos elementos do APF, que homologa por ter sido lavrado em conformidade com as disposições dos arts. 301 e ss. do Digesto Processual Penal. A imputação é da suposta subtração, sem emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, dos objetos descritos no auto de exibição e apreensão de fls. 7, que estavam à venda nas filiais das Lojas Drogasil, Bel Salvador e Pão Açúcar, todas estabelecidas no Shopping da Bahia. Em que pese a ficha de antecedentes criminais aponte o suposto envolvimento do agente em outros ilícitos assemelhados, há de se ressaltar que as vítimas não experimentaram efetivo prejuízo, porque a *res furtiva* foi recuperada. Deve-se considerar, ainda, que em caso de futura condenação, o regime fixado poderá ser o aberto, sem olvidar da substituição da pena privativa de liberdade por outras alternativas e, quiçá, da própria aplicação do princípio da insignificância. Desse modo, a manutenção da custódia cautelar seria desproporcional e não guardaria qualquer sintonia com o resultado esperado da eventual ação penal instaurada, em evidente ofensa ao princípio da proporcionalidade, que norteia a aplicação das medidas cautelares na seara processual penal (decisão 28).

Apesar da utilização de um dos modelos repetitivos, a fundamentação acrescentou informações sobre o fato que permitiram identificar a ausência de violência ou grave ameaça, bem como a ausência de prejuízo às vítimas – motivos relacionados à reduzida gravidade da conduta. Quanto ao custodiado, mencionou-se a existência de antecedentes criminais, o que poderia atrair o motivo da habitualidade delitiva para se decretar a prisão preventiva. Entretanto, concluiu-se que as demais circunstâncias do caso recomendariam a concessão da liberdade, considerando os princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade.

A decisão destacada mobiliza motivos das três categorias propostas na presente pesquisa, apresenta informações sobre o fato e sobre a pessoa, além de correlacionar as informações acrescidas às justificativas utilizadas. Os parâmetros empíricos para a fundamentação seriam, então, a individualização e a mobilização de ideias centrais de ordens distintas?

5.5. AFINAL, O QUE VALIDA UMA DECISÃO?

Os questionamentos sobre os parâmetros para a fundamentação das decisões, ainda que tentadores, não respondem ao problema da presente pesquisa. Na medida em que nos

propomos a investigar de que forma os magistrados justificam as decisões proferidas em sede de audiência de custódia, a resposta corresponderá aos motivos extraídos dos documentos. Identificado o vocabulário típico, podemos compreender o que é considerado necessário e suficiente entre os próprios operadores do sistema, pois uma decisão será aceita quando atender às expectativas da comunicação entre eles.

Com Charles Wright Mills (2016), aprendemos que o comportamento linguístico dos atores sociais é orientado e controlado pelo programa de linguagem aceito em situações determinadas:

A escolha das linhas de ação é acompanhada por representações e seleção entre elas, a partir dos seus terminais situacionais. Os homens discernem situações com vocabulários específicos, e é em termos de algum vocabulário delimitado que eles antecipam as consequências de suas condutas. Vocabulários estáveis de motivos vinculam consequências antecipadas e ações específicas (MILLS, 2016, p. 12).

Na situação determinada das audiências de custódia objeto da presente pesquisa, a partir da extração das justificativas como constam nos documentos e da categorização em torno de ideias centrais, chegamos aos seguintes motivos estáveis:

TABELA 2 – Motivos estáveis na situação determinada

PREVENTIVA	LIBERDADE	CAUTELARES	RELAXAMENTO
SOBRE O FATO			
Gravidade da conduta	Gravidade inerente ao tipo penal	Proporcionalidade	Ausência da situação de flagrância
SOBRE A PESSOA			
Habitualidade delitiva	Primariedade	--	--
Periculosidade	Condições pessoais favoráveis		
DESCOLADOS			
Garantia à ordem pública	Princípio da presunção de inocência	Garantir a instrução probatória e a aplicação da lei penal	Concordância com o Ministério Público
Receio de reiteração delitiva	Princípio da proporcionalidade		
Inadequação das cautelares	Ausência dos requisitos da preventiva		

Fonte: elaboração própria.

Ainda de acordo com o autor, “um motivo satisfatório ou adequado é aquele que satisfaz os questionadores de um ato ou programa”, de maneira que “um motivo estável é um

ultimato em uma conversação justificadora. As palavras que em uma situação deste tipo cumprirão esta função se circunscrevem no vocabulário de motivos aceitos neste tipo de situação” (MILLS, 2016, p. 13).

O controle exercido pelo programa de linguagem se torna ainda mais evidente quando consideramos a variedade de subscritores dos documentos. No acervo, constam decisões proferidas por 12 (doze) diferentes magistrados e, em todas elas, recorreu-se aos motivos mapeados. A partir do material empírico, não é possível identificar eventuais divergências entre os posicionamentos defendidos por cada juiz, pois o estado de consciência individual não afasta o ato decisório do vocabulário de motivos da situação determinada.

Tal conclusão se filia à proposta metodológica de Wright Mills, para quem o comportamento linguístico constitui um objeto de investigação em si mesmo, que não conduz a respostas sobre estados particulares individuais. As maneiras com que os motivos são imputados correspondem a ações estratégicas dos atores, por meio das quais são alcançadas as funções de integração, controle e especificação de determinada situação (MILLS, 2016, p. 11).

Assim, na situação determinada das audiências de custódia, será considerada fundamentada a decisão que mobilizar pelo menos um dos motivos estáveis acima destacados, qualquer que seja a expressão escolhida para se referir à ideia central. Observamos, ainda, que não é necessário recorrer a fontes de validação externas ao comando decisório. No acervo, apenas 04 (quatro) fundamentações citaram referências doutrinárias. De maior recorrência, mas ainda assim dispensáveis, em 30 (trinta) fundamentações constam citações jurisprudenciais.

Recorrer às justificativas mapeadas permite a aceitação da decisão entre os atores da situação, a despeito da individualização, da quantidade ou variedade de motivos utilizados. Tanto é suficiente a filiação ao programa de linguagem que, em ao menos um caso analisado, a mobilização de motivos estáveis permitiu a validação de decisão contrária a preceitos legais e jurisprudenciais. Ainda que o objetivo da presente pesquisa não se destine a verificar o acerto, ou não, do conteúdo jurídico das decisões, o caso em referência se destacou não só pela violação, mas por envolver um dos mais sensíveis temas em matéria de segurança pública e justiça criminal: tráfico de drogas.

Trata-se de comunicação da prisão em flagrante de (...), qualificado nos autos, pela suposta prática do crime tipificado no art. 33 da Lei 11343/06, fato ocorrido em 24 de abril de 2018.

Durante a audiência de custódia procedeu-se à oitiva do conduzido, do *Parquet* e da Defesa, não havendo os autos serem gravados em mídia digital em face da indisponibilidade do sistema E-SAJ.

Tudo bem visto e ponderado, PASSO A DECIDIR:

Nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal, o juiz, ao receber o auto flagrancial, deverá relaxar a prisão ilegal, converter o flagrante em prisão preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Da análise dos elementos constantes nos autos, notadamente a quantidade ínfima de droga apreendida, verifico que assiste razão ao Ministério Público relativa a atipicidade da conduta do autuado uma vez que não há qualquer indício indicativo de que a substância entorpecente apreendida seria destinada à comercialização.

Pelo exposto, RELAXO A PRISÃO EM FLAGRANTE LAVRADA pela Autoridade Policial de (...), qualificado nos autos (decisão 29).

De acordo com a decisão, a atipicidade da conduta foi sustentada pelo Ministério Público e acolhida pelo magistrado, de forma que a fundamentação contempla dois motivos estáveis. Contudo, à época da audiência de custódia analisada, o Supremo Tribunal Federal sustentava que o crime de tráfico de drogas não admitiria a incidência do princípio da insignificância – do que decorreria a atipicidade da conduta –, de forma que a apreensão de qualquer quantidade de entorpecente configuraria a materialidade do delito em questão.

A ausência de indícios relacionados à comercialização, nos parâmetros da jurisprudência brasileira então vigentes, somente poderia conduzir à desclassificação para o crime de uso de entorpecentes. No acervo documental, encontramos decisão nesse sentido:

Trata-se de comunicação da prisão em flagrante delito de (...), brasileiro, nascido em (...), filho de (...) e (...), autuado por suposta incursão nas sanções do art. 33, da Lei nº. 11.343/2006.

Durante a audiência de custódia, procedeu-se a oitiva do conduzido, colhendo-se, em seguida, as manifestações do Ministério Público e da Defesa, na forma da Resolução nº. 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça.

É o relatório. Fundamento e DECIDO:

De acordo com o art. 310, do CPP, com redação dada pela Lei nº. 12.403/2011, o magistrado, ao receber o APF, deverá relaxar a prisão ilegal, converter o flagrante em prisão preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. A prisão preventiva pode ser ordenada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, observadas as regras de iniciativa, desde que preenchidos os requisitos do art. 313, do Código de Ritos, e quando se mostre presente pelo menos um dos motivos autorizadores do art. 312 do mesmo diploma legal, nos casos em que as providências cautelares diversas do cárcere (art. 319 do CPP) se revelarem inadequadas ou insuficientes.

Emerge das peças informativas que no dia 19/06/2018, por volta das 17h58min, policiais militares realizavam ronda no bairro de Itapuã, nesta Capital, quando avistaram um indivíduo em atitude suspeita. Ao ser abordado, em poder do mesmo localizaram 14 (quatorze) papetes de uma substância com aparência de cocaína; 1 (um) celular Motorola e; a quantia de R\$ 3,80 (três reais e oitenta centavos).

Data maxima venia, e diante das declarações prestadas pelo autuado em audiência de custódia, verifica-se que não restou claramente caracterizado o delito previsto no art. 33, da Lei de Drogas. A quantidade de droga apreendida é pequena e pode levar à conclusão de que incide, na espécie, o art. 28, do diploma legal supra. É sabido que em favor de todos que sofrem a persecução

penal promovida pelo Estado milita o princípio constitucional da presunção de inocência e, na espécie, afigura-se útil destacar que contra o flagrado não tramitam ações penais ou inquéritos policiais, visando a apuração de crimes de natureza assemelhada ao não. Os feitos criminais anteriormente instaurados (vide certidão de fls. 25) foram arquivados, inclusive com o reconhecimento de usuário de (...).

Do exposto, e julgando desnecessário tecer maiores considerações, acompanho o Pronunciamento do Ministério Público e, com fulcro nos arts. 310, I, do CPP, e 5º, LXV, da CF/1988, RELAXO A PRISÃO EM FLAGRANTE de (...) (decisão 30).

Quando comparadas as fundamentações das duas decisões, não identificamos justificativas que permitam diferenciar a conclusão pela desclassificação da conclusão pela atipicidade material. Há, ainda, distinta decisão sobre a mesma temática, na qual se destacou que “a pequena quantidade de droga apreendida indica, à primeira vista, sua condição de usuário”. Ao final, todavia, manteve-se a imputação pelo crime de tráfico, concedendo a liberdade provisória condicionada a medidas cautelares diversas:

Trata-se de comunicação da prisão em flagrante de (...), qualificado nos autos, pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, da Lei nº 11.343/06, fato ocorrido no dia 02 de maio de 2018, no bairro da Ribeira, nesta Capital, onde teria sido encontrado na posse de 35,82g da substância entorpecente conhecida como maconha.

É o relatório, PASSO A DECIDIR:

A sistemática processual penal pátria impõe ao juiz que ao receber o auto de prisão em flagrante, a converta em prisão preventiva, quando presentes os requisitos legais do artigo 312 do Código de Processo Penal, ou relaxe a prisão quando a mesma se revelar eivada de ilegalidade.

Contudo, quando se revelar mais adequada a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, o magistrado concederá liberdade provisória ao indiciado, com ou sem a aplicação dessas medidas ou de fiança, relegando a restrição da liberdade ao último recurso a ser adotado.

A prisão descrita na presente autuação não apresenta qualquer vício capaz de configurar ilegalidade, o que faz incabível, portanto, o relaxamento da mesma. Faz-se necessário, porém, perquirir-se sobre eventual conversão do flagrante em prisão preventiva.

Analisando a hipótese dos autos, verifica-se a desnecessidade, neste momento, da segregação do autuado, não se encontrando presentes nas transcrições da peça inquisitória os requisitos restritivos presentes nos artigos 282, 310, inciso II e 312 do Código de Processo Penal.

Os depoimentos e documentos juntados às folhas 01/26, colhidos no auto de prisão em flagrante revelam que as circunstâncias do fato conduzem a uma medida judicial menos gravosa, vez que, além de ser tratar de indivíduo tecnicamente primário e possuidor de endereço certo, a pequena quantidade de droga apreendida indica, à primeira vista, sua condição de usuário, apresentando-se a concessão de liberdade provisória como a medida mais adequada à hipótese.

Impõe-se, todavia, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, a fim de resguardar-se a futura aplicação da lei penal, se for o caso, e de evitar prejuízo à instrução do processo judicial, garantindo-se a ordem pública, e

adotando-se, dessa forma, as medidas mais razoáveis, levando-se em consideração a devida proporcionalidade entre o que o caso apresenta e a medida judicial decretada (decisão 31).

Nas três decisões apresentadas, as fundamentações mobilizaram motivos estáveis. O que explicaria que a mesma justificativa – apreensão de pequena quantidade de drogas – ensejasse determinações distintas?

Ao longo do item 5.3.4., mencionamos que as justificativas relacionadas à fragilidade probatória e à ausência de indícios delitivos foram mobilizadas tanto para se conceder a liberdade provisória, quanto para se relaxar a prisão em flagrante. A diferença entre as decisões anteriormente destacadas consistiu, apenas, na existência de requerimento por parte do Ministério Público. De semelhante maneira, nas decisões agora transcritas, há convergência entre o magistrado e o representante ministerial.

A resposta que podemos considerar é simples: os magistrados decidem casos semelhantes de maneiras distintas porque eles podem, ainda que não obedeçam à legislação. Compreendida nesses termos, a discricionariedade conferida aos integrantes da magistratura assume ares arbitrários, pois bastaria aos juízes mobilizar as justificativas já aceitas na comunicação entre os seus pares, estrategicamente, para que seus comandos sejam validados.

Entretanto, os atores da situação determinada não seriam apenas os magistrados. Apesar da ênfase aos prolores das decisões, a já anunciada convergência com o Ministério Público situa a acusação em patamar semelhante ao judiciário, no que diz respeito ao poder de decidir (GARCIA, 2014; AZEVEDO, SINHORETTO e SILVESTRE, 2022). Não por acaso, foram estabilizadas justificativas que remetam à ideia de alinhamento ao requerimento ministerial – “assiste razão ao Ministério Público”.

Não se pode afirmar, contudo, que a defesa tenha sido excluída da situação determinada. Primeiro, porque há filiação ao programa de linguagem, na medida em que os pleitos defensivos se desenvolvem a partir dos motivos estabilizados que sejam favoráveis à liberdade e ao relaxamento – e nem poderia ser diferente, pois é preciso atender às expectativas da comunicação sistêmica.

A ação estratégica por parte da defesa é percebida, também, nos episódios denominados “paredão”, nos quais se dispensa a realização da audiência mediante prévio acerto pela determinação favorável à liberdade provisória. Para que o ato não se realize, é imprescindível que todas as partes envolvidas estejam de acordo, o que não poderia deixar de contar com a adesão do defensor. A garantia, em contrapartida, reside na certeza de que não será decretada a prisão preventiva.

Quanto à pessoa custodiada, por fim, o acervo documental não nos fornece informações que permitam analisar a sua interferência no programa de linguagem da situação. As observações diretas às audiências de custódia, por outro lado, revelaram que o tratamento dispensado aos custodiados era marcado pela hostilidade e desconfiança.

Não raro, as perguntas relacionadas à qualificação se faziam acompanhar de questionamentos sobre o uso de entorpecentes, mesmo que a conduta atribuída não envolvesse crimes abarcados pela lei de drogas. Questionava-se, também, a respeito de ocorrências delitivas pretéritas, ainda que os julgadores já tivessem a informação em mãos. Tais questões, que em nada se relacionam com os dados de qualificação, são indicativos da forma com que os magistrados encaram os custodiados: julgando-os, precocemente, como criminosos, aproximando-se da sujeição criminal descrita por Michel Misse (2010):

Também por isso podemos considerar que a sujeição criminal é um processo de criminalização de sujeitos, e não de cursos de ação. Trata-se de um sujeito que “carrega” o crime em sua própria alma; não é alguém que comete crimes, mas que sempre cometerá crimes, um bandido, um sujeito perigoso, um sujeito irrecuperável, alguém que se pode desejar naturalmente que morra, que pode ser morto, que seja matável. No limite da sujeição criminal, o sujeito criminoso é aquele que pode ser morto (MISSE, 2010, p. 21).

Em alguns casos, observamos que magistrados e promotores de justiça não pouparam comentários pretensamente jocosos sobre as condições pessoais e os antecedentes criminais da pessoa custodiada. Nesse sentido, presenciemos falas como: “você apronta bastante”, “esse é o doidinho”, “esse povo tem é arte, são uns safados”.

Os comentários depreciativos são ainda mais recorrentes nos intervalos entre as audiências. Em certa oportunidade, um dos servidores do Poder Judiciário, após consultar a ficha de identificação pessoal e reparar na fotografia disponível, comentou que, se o custodiado estivesse com “aquele cabelo”, seria caso de “preventiva na certa”. O magistrado não respondeu, mas gargalhou sem constrangimento.

Em outro episódio, o defensor público tentou argumentar sobre o equívoco na tipificação de determinada ocorrência. O juiz, sem rodeios, disse que os três acusados eram ladrões e que, se estavam armados, era para roubar. Até mesmo o promotor de justiça se surpreendeu com o julgamento tão categórico, fazendo menção à Lei do Talião. Em resposta, o juiz afirmou que “sairiam os três de mãozinha cortada”, entre risos.

A despeito do intuito de conferir centralidade à presença e aos relatos daqueles que foram alvo de prisão em flagrante (KULLER e DIAS, 2019), as audiências observadas não se

demonstraram aptas a integrar os custodiados de maneira favorável ao procedimento decisório. Importante recordar, ainda, a situação em que se encontravam: há pelo menos uma noite detidos, privados das mínimas condições de higiene pessoal e alimentação, sob a vigilância de policiais militares e, não raro, algemados.

A reprodução da comunicação sistêmica nas audiências de custódia, portanto, ocorre independentemente e a despeito da presença dos custodiados. A presencialidade, que deveria contribuir para reverter o quadro de violação de direitos humanos, não atinge os objetivos pretendidos. Assim, “o preso, entre todos os atores, é o que possui a capacidade mais limitada nesse sentido” (KULLER e DIAS, 2019, p. 275).

Superado o mapeamento do vocabulário de motivos estabilizados na situação determinada das audiências de custódia, bem como identificados os atores sociais orientados e controlados pelo programa de linguagem, resta-nos um último questionamento: se “toda terminologia de motivos tem sua articulação intelectual” (MILLS, 2016, p. 18), quais seriam as crenças do sistema em si?

5.6. DIÁLOGOS ENTRE MANEIRAS DE PENSAR

A investigação sobre a forma com que as decisões proferidas em audiência de custódia são fundamentadas, seguindo a proposta das ações situadas e do vocabulário de motivos de Charles Wright Mills (2016), priorizou a comunicação entre os atores em detrimento das consciências individuais. A postura metodológica adotada buscou descentrar o sujeito (GARCIA, 2014), direcionando as perguntas da pesquisa às estruturas cognitivas do sistema para, assim, tentar identificar as “constrições comunicativas sistêmicas que enquadram o discurso dos atores” (GARCIA, 2014, p. 192).

As audiências de custódia inauguram a judicialização do fato após a prisão em flagrante. Se pensarmos o procedimento criminal em ordem cronológica, as audiências se situam na fase do inquérito policial, que se reproduz pelas lógicas da suspeição e vigilância (KANT DE LIMA, 1989). Em contraposição, a presença de uma estrutura semelhante à do rito processual implica a observância ao contraditório, o que reforça “o caráter acusatorial do processo penal, numa fase do rito processual em que as características inquisitoriais tendiam a predominar para a grande maioria dos acusados” (AZEVEDO, SINHORETTO e SILVESTRE, 2022, p. 272). Não se trata, contudo, de ação penal, o que afasta a possibilidade de se discutir a responsabilização dos custodiados e a sanção aplicável.

Em parte, as audiências de custódia mantêm a lógica inquisitiva, pois há preponderância da narrativa policial acerca dos fatos (JESUS, 2019). Ao mesmo tempo, acreditamos que a judicialização traz para o ato a estrutura cognitiva que dá suporte à reprodução do sistema de justiça criminal, descrita por Álvaro Pires (2004) como Racionalidade Penal Moderna (RPM).

O primeiro sinal nesse sentido se refere à ilusão da obrigatoriedade. Quando da sentença, por força da justaposição da norma de comportamento com a norma de sanção, acredita-se que a reafirmação do valor da norma violada ocorre por meio da imposição de sofrimento ao condenado. Nas decisões objeto de análise, dos 145 (cento e quarenta e cinco) custodiados, 125 (cento e vinte e cinco) foram alvo de alguma medida restritiva – seja a prisão preventiva, sejam medidas cautelares diversas. A ilusão da obrigatoriedade se apresenta por meio da necessária restrição à liberdade do custodiado, bem como pelo caráter hostil e negativo das determinações.

Recordamos que as medidas cautelares, no material empírico, corresponderam às restrições com menor grau de fundamentação e individualização. Ao invés de representarem alternativas à segregação, como pretendia a Lei nº 12.403/2011, transformaram-se em alternativas à liberdade plena, coexistindo com a prisão preventiva em “continuidade e funcionamento recíproco” (AZEVEDO, SINHORETTO e SILVESTRE, 2022, p. 265). As restrições em geral fixadas – denominadas, pelos atores da situação analisada, como “pacote de cautelares”: comparecimento periódico em juízo, proibição de se ausentar da comarca, proibição de frequentar determinados lugares e recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga –, mais se assemelham a proibições ao lazer, entretenimento e socialização, destituídas da natureza acautelatória que deveriam ter.

Os principais indicativos de que a racionalidade penal moderna colonizou as audiências de custódia, todavia, não se manifestam nos números de prisões preventivas ou concessões de liberdade provisória. O que nos chama a atenção no programa de linguagem, a partir do mapeamento do vocabulário de motivos, é a mobilização das ideias que consagraram as teorias da pena, as mesmas que dão suporte cognitivo às condenações ao final do processo.

Os motivos de maior recorrência para se decretar a prisão preventiva, como identificamos, consistem em: gravidade da conduta; habitualidade delitiva; periculosidade; garantia à ordem pública; receio de reiteração delitiva; inadequação das cautelares. Quanto às medidas cautelares diversas da prisão, temos: proporcionalidade; garantir a instrução probatória

e a aplicação da lei penal. Os motivos listados se referem às determinações que, de uma forma ou de outra, restringem a liberdade de pessoas acusadas de incorrer em delitos.

A gravidade da conduta e a proporcionalidade, justificativas que reunimos sob a categoria dos motivos relacionados ao fato, mobilizam a ideia de adequação entre o mal causado e a resposta penal. Se o crime foi considerado grave, é legítimo que o custodiado seja privado da sua liberdade enquanto aguarda o desfecho do processo. O motivo remete à teoria da retribuição, segundo a qual “o mal (do crime) não pode ser curado senão pelo mal (da pena)”, que deverá ser “proporcional ao mal cometido pelo condenado” (CAPPI, 2020, p. 22).

Importante destacarmos que o motivo da gravidade inerente ao tipo penal, associado à concessão da liberdade provisória, consiste em justificativa típica da sentença penal, mais especificamente da dosimetria da pena. As circunstâncias previstas pelo artigo 59 do CP, que servem de parâmetro para se definir a sanção entre os patamares mínimo e máximo legalmente previstos, somente são valoradas quando extrapolam os contornos do tipo penal. A utilização de idêntica expressão para se avaliar a possibilidade de concessão da liberdade, como identificado no material empírico, sugere que ambos os momentos são orientados pela mesma maneira de pensar a resposta penal.

Quanto à habitualidade e ao risco de reiteração, as justificativas remetem à ideia de prevenção a novas condutas delitivas. A mobilização da teoria da dissuasão não poderia estar mais clara: “a obrigação de punir é reafirmada, dessa vez, com uma justificativa diferente: é preciso punir para evitar que o culpado cometa novos crimes ou para dissuadir o conjunto da população de cometê-los” (CAPPI, 2020, p. 23).

De menor recorrência, mas ainda presente no programa de linguagem das audiências de custódia, identificamos a mobilização da teoria da denunciação por meio de referências à gravidade abstrata do crime:

Por outro lado, a simples gravidade do crime abstratamente considerada também não é fundamento idôneo para segregação cautelar. Contudo, não se pode ficar completamente alheio à repercussão social de determinados crimes, nem se ignorar a gravidade do delito, que gera insegurança em toda a comunidade (decisão 32).

Como o trecho referenciado já anuncia, a jurisprudência brasileira vedou a menção à gravidade em abstrato como justificativa para se decretar a prisão preventiva, o que explica a queda na sua utilização – ao menos de maneira explícita. Não se quer dizer, contudo, que as ideias de repressão simbólica e de imposição do castigo em resposta à desaprovação social não

permaneçam. Em semelhante sentido, identificamos expressões como: “indignação do meio social”, “ofensa ao meio social”, “comoção social”, “minimizar a instabilidade social”.

Por fim, ainda que as menções à periculosidade remetam à reabilitação, o uso da expressão não mobiliza os mesmos sentidos da teoria. No material empírico, referir-se à perigosidade ou periculosidade não associa a prisão preventiva à recuperação ou reeducação do custodiado. Aproveita-se da teoria, entretanto, a crença de que o crime seria ontológico, parte da subjetivação (MISSE, 2010, p. 25), própria da escola positivista que influenciou a teoria da reabilitação.

Para além da mobilização das quatro teorias que orientam a maneira de pensar a responsabilização criminal, o vocabulário de motivos das decisões analisadas não se vale de justificativas outras. As fundamentações, como vimos ao longo do item 5.3., são construídas a partir de paráfrases de dispositivos legais, com especial ênfase à gravidade, habitualidade, periculosidade e ordem pública.

Portanto, o vocabulário de motivos aceitos na situação analisada recicla ideias e argumentos típicos da condenação, de forma que as maneiras de pensar a cautelaridade na investigação criminal não consegue escapar do programa de pensamento da racionalidade penal moderna. Ainda que as prisões preventivas não sejam a determinação de maior recorrência no acervo analisado, permanece como regra que o custodiado tenha a sua liberdade restringida, valorizando-se a imposição de sofrimento a despeito da presunção de inocência – ou, nas palavras de Mariana Raupp (2015), as semânticas do sofrimento e da exclusão social (RAUPP, 2015, p. 187).

Por fim, o último indicativo de colonização pela racionalidade penal moderna diz respeito à resistência em se produzir resultados disruptivos. De acordo com os dados compilados pela Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), em dezembro de 2015, ano de inauguração das audiências de custódia, a população prisional do estado da Bahia totalizava 15.217 (quinze mil, duzentas e dezessete) pessoas; destas, 6.440 (seis mil, quatrocentos e quarenta) eram presos sem condenação, o que equivale a aproximadamente 42%.

Em dezembro de 2018, ano correspondente ao campo da presente pesquisa, a população total era de 16.716 (dezesseis mil, setecentas e dezesseis) pessoas, das quais 7.252 (sete mil duzentas e cinquenta e duas) correspondiam a presos sem condenação – aproximadamente 43% (quarenta e três por cento). Em todos os anos, a quantidade de pessoas em cumprimento de regime fechado era inferior à quantidade de presos sem condenação.

Ainda de acordo com os dados oficiais, a proporção de pessoas em prisões preventivas se manteve estável até dezembro de 2022. No ano subsequente, verificou-se significativa alteração não só no percentual, mas também nos números absolutos, discrepantes em relação aos anos anteriores. Também no ano de 2023, o Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN) modificou o formato de compilação dos dados, agora lançados por meio do Relatórios de Informações Penais (RELIPEN).

TABELA 3 – Dados sobre população prisional na Bahia

	Total	Regime fechado	Prisão preventiva	Proporção preventiva
Dezembro 2015	15.217	3.430	6.440	42,32%
Dezembro 2016	16.394	3.885	7.363	44,91%
Dezembro 2017	17.373	4.640	7.974	45,89%
Dezembro 2018	16.716	4.925	7.252	43,38%
Dezembro 2019	16.727	5.030	7.336	43,85%
Dezembro 2020	14.503	4.727	6.972	48,07%
Dezembro 2021	15.169	4.530	6.621	43,64%
Dezembro 2022	17.117	5.306	7.731	45,16%
Dezembro 2023	12.613	3.616	4.565	36,19%
Junho 2024	13.268	3.516	4.655	35,08%

Elaboração própria.

Considerando o recorte temporal entre a Resolução nº 213/2015 do CNJ e a coleta do acervo da pesquisa, não se verificam mudanças significativas na proporção de pessoas presas preventivamente, a despeito da implementação das audiências de custódia. Portanto, um dos principais objetivos do instituto, que consistia em reduzir as prisões sem condenação, não foi alcançado no estado da Bahia – ao menos, até o ano de 2022, sendo necessárias análises específicas sobre a discrepância dos dados oficiais a partir de então.

Para promover alterações no fluxo da justiça criminal, as audiências de custódia precisariam se contrapor ao sistema de pensamento dominante, de forma a romper a lógica de imposição de sofrimento – ou, nas palavras de Cappi, superar a “inércia na maneira de pensar a resposta às condutas criminalizadas” (CAPPI, 2020, p. 30). De fato, as audiências de custódia complexificaram as normas de procedimento e, a partir da Lei nº 13.964/2019, o instituto foi selecionado, passando a integrar a legislação criminal – o que representa as duas primeiras etapas de uma inovação em matéria penal.

Resta-nos questionar a respeito da estabilização, “quando uma estrutura penal (...) adota, de modo estável e difuso, a novidade até promover uma modificação de sua própria identidade” (CAPPI, 2020, p. 34). Em relação às decisões que integram o acervo sob análise,

além de frustrado o objetivo de reduzir as prisões sem condenação, observamos que os motivos mais recorrentes para se determinar restrições à liberdade mobilizam as maneiras de pensar das teorias legitimadoras da pena, com especial destaque para a retribuição e a dissuasão. Portanto, acreditamos que as audiências de custódia analisadas foram absorvidas pela racionalidade penal moderna e, assim, passaram a reproduzir o seu programa de pensamento, não representando uma inovação.

Apesar de restringirmos o acervo a decisões proferidas em Salvador, acreditamos que as conclusões alcançadas podem ser estendidas a nível nacional, como observado pela pesquisadora Ana Clara Klink de Melo (2024). Ao analisar o conteúdo de 144 (cento e quarenta e quatro) decisões proferidas em audiência de custódia entre os anos de 2018 e 2019, de diferentes cidades brasileiras, a autora identificou as seguintes justificativas: ordem pública, gravidade do delito, reiteração delitiva, periculosidade. Identificou, ainda, “que as diferentes teorias da pena se repetiam” (DE MELO, 2024, p. 10), relacionando-as aos motivos mapeados.

Quanto à redução das prisões preventivas, levantamentos realizados por Azevedo, Sinhoretto e Silvestre (2022) nas cidades de São Paulo, Porto Alegre, Brasília, Florianópolis, João Pessoa e Palmas demonstraram a existência de “barreiras e bloqueios para a contenção da utilização abusiva da prisão provisória” (AZEVEDO, SINHORETTO e SILVESTRE, 2022, p. 287), o que dificulta a reversão dos altos índices de aprisionamento. Por outro lado, de acordo com Ludmila Ribeiro (2020), a consolidação das audiências de custódia em Belo Horizonte pode ser associada ao aumento de decisões favoráveis à liberdade provisória.

Ainda que a redução do encarceramento cautelar possa ser verificado em algumas localidades, é consenso a necessidade de transformações na cultura judiciária (RIBEIRO et al, 2020; PRADO, 2017). Caso contrário, corre-se o risco de que iniciativas com pretensões disruptivas, como as audiências de custódia, sejam “neutralizadas pela atuação dos operadores nas audiências” (AZEVEDO, SINHORETTO e SILVESTRE, 2022, p. 291).

Pensar na aptidão das audiências de custódia para alcançar as finalidades pretendidas requer, também, considerar as condições de possibilidade para que o instituto se diferencie do fluxo do sistema de justiça criminal. No campo da presente pesquisa, um dos aspectos relevantes consiste na ausência de um órgão jurisdicional especializado, no qual atuariam magistrados em dedicação exclusiva. A rotatividade dos juízes, associada à celeridade do ato e o considerável número de audiências no mesmo dia, contribui para o fenômeno da linha de montagem (SAPORI, 2006), privilegiando a produtividade em detrimento da individualização.

É preciso reconhecer, contudo, o potencial da presencialidade – tanto da pessoa detida em flagrante, quanto dos atores da justiça criminal (RIBEIRO et al, 2020). No nosso acervo, identificamos uma decisão excepcional, que merece destaque:

Trata-se de comunicação de prisão dos indiciados (...) e (...), qualificados nos autos, por pretensa infração aos artigos 33 e 35, caput, ambos da Lei n.º 11.343/2006, fato dado como ocorrido no dia 08.05.2018, por volta das 23:20 horas, na Avenida Afrânio Peixoto, Periperi, nesta Capital.

Em audiência de custódia, tanto o Ministério Público, como a Defesa propugnaram pelo relaxamento da prisão dos custodiados, haja vista terem sofridos intensas torturas para que confessassem os delitos que aparentemente não cometeram, havendo indícios de que a guarnição policial estava a procura da pessoa de (...), uma vez que o mesmo possui envolvimento com o tráfico de drogas, e empreendeu fuga no ato prisional, sendo requerida a prisão temporária deste indivíduo, e expedição de ofício ao GACEP para apuração dos fatos.

É o que se elege de essencial para relatar. DECIDO.

Como se sabe, *ex vi legis*, nos termos do art. 310, do CPP, quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, de forma fundamentada, e nem poderia ser diferente frente à imposição constitucional contida no art. 93, inciso IX, sob pena de nulidade da decisão, relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes no art. 312 deste Código e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

De início, entendo pertinente a possibilidade de relaxamento da prisão considerando a irregularidade do auto de prisão em flagrante.

A presente audiência de custódia tem com objetivo reconstruir os fatos investigados, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, de modo a aferir a legalidade da prisão, e se a mesma é conveniente ou pertinente.

O que temos de palpável, em ambas as versões apresentadas, acusatória e defensiva, é que houve ingresso arbitrário dos agentes de segurança na residência onde os indiciados estavam, com menção de tortura, por socos e choques, inclusive, com **marcas aparentes e visíveis no corpo dos indiciados presentes a esta assentada**.

Assim, a considerar, no entanto, que não se pode crer, indubitavelmente, nos depoimentos dos policiais, creio que, diante das alegativas dos indiciados conjugados com as **lesões visíveis detectadas por esta julgadora**, o melhor caminho é o relaxamento da suas prisões, como propugnado pelo Ministério Público e pela Defesa.

No caso, há uma sequência lógica dos fatos descritos pelos policiais no bojo do inquérito policial seguida de uma abordagem, com um forte desajuste diante das lesões detectadas se elas foram ou não causadas pelos policiais, durante a diligência.

De modo algum, não se estar desconsiderando os dizeres dos policiais, também não se estar concedendo crédito absoluto à versão protagonizada pelos investigados, mas a presunção de que o réu sempre mente e que os policiais dizem a verdade não é o suficiente para a prolação do édito prisional, quando se evidencia tamanha incerteza e dúvida sobre a legitimidade da atuação policial.

Conclui-se, então, que a versão dada pelos policiais pode até ser verdadeira, mas o que se observou, nesta assentada, tornou os dizeres dos policiais permeados de insegurança, sendo factível a possibilidade de que os agentes sofreram graves torturas.

Assim, diante de todos os elementos probantes contidos nos autos é provável a crença da violência alegada pelos indiciados e, por conseguinte, o relaxamento das suas prisões.

Quando ao pedido de prisão temporária, em relação ao indivíduo (...), entendo que a medida é descabida não sendo da competência deste Juízo a providência pleiteada, razão pela qual indefiro o pedido.

Ante o exposto, acolho o parecer ministerial, e RELAXO AS PRISÕES EM FLAGRANTE lavrada pela Autoridade Policial em favor de (...) e (...), qualificado nos autos, nos termos da fundamentação supra.

Oficie-se ao GACEP, Corregedoria da Polícia Militar e o Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública, encaminhando cópia da mídia audiovisual. Intimações necessárias (decisão 33) (grifos nossos).

Ao longo da fundamentação, foram mobilizados os seguintes motivos: possibilidade de violência policial contra os custodiados, menção a tortura e espancamento, marcas visíveis de violência, fragilidade e contradições nos depoimentos policiais. A principal justificativa para se relaxar a prisão em flagrante decorre dos indícios de violência física, somente constatados de imediato em razão da presencialidade.

Trata-se da única decisão que destoou do vocabulário estabilizado. Ainda assim, observamos o cuidado em não estabelecer precedente contrário ao programa de linguagem. Na jurisprudência brasileira, a palavra dos agentes das forças policiais adquire relevância preponderante ao demais elementos de informação disponíveis, principalmente na fase inquisitorial:

Como são os próprios policiais os autores das narrativas, registra-se nos autos aquilo que a polícia descreve como fato. Não há investigação posterior, não são chamadas outras testemunhas e não se questiona por que os policiais não conduziram testemunhas externas ao caso para deporem. As narrativas policiais são assim concebidas como se tivessem perfeita aderência à realidade, ganhando um estatuto de verdade imediato (JESUS e POSSAS, 2017, p. 06).

Para decidir em sentido diverso, a argumentação da decisão destacada reafirma a credibilidade dos policiais para, em sequência, esclarecer os motivos que excepcionam o caso sob análise. O subscritor, praticamente, pede desculpas: “de modo algum, não se está desconsiderando os dizeres dos policiais, também não se está concedendo crédito absoluto à versão protagonizada pelos investigados”. Há evidente esforço argumentativo, além de individualização.

O caso destacado ilustra a potencialidade das audiências de custódia em concretizar os seus objetivos: controlar a atividade policial e a legalidade do flagrante, bem como conferir centralidade ao custodiado ao ponto de que a sua presença e narrativa interfiram na tomada de decisão (VALENÇA, 2023). Ainda que excepcionais, decisões destoantes da linha de montagem e/ou do programa de linguagem reforçam a necessidade do instituto, por demonstrarem que complexificações no fluxo da justiça criminal criam, no mínimo, oportunidades de controle da atividade jurisdicional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Elegemos as decisões proferidas em audiência de custódia como objeto de estudo, a partir das quais propomos o mapeamento das justificativas que fundamentam a determinação judicial. O acervo documental foi coletado no município de Salvador, no ano de 2018, ao longo do levantamento nacional realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD).

As decisões se referem a crimes de ameaça, porte de arma de fogo, homicídio, lesão corporal, desacato, estelionato, furto, receptação, roubo, tráfico e trânsito. A análise contemplou todas as conclusões possíveis no momento procedimental observado: a decretação da prisão preventiva, a concessão da liberdade provisória – condicionada a cautelares diversas ou irrestrita – e o relaxamento da prisão em flagrante.

Foram analisadas 145 (cento e quarenta e cinco) fundamentações, distribuídas em: 55 (cinquenta e cinco) determinaram a prisão preventiva; 70 (setenta) determinaram a liberdade provisória condicionada a medidas cautelares diversas; 01 (uma) determinou a liberdade provisória incondicionada; 19 (dezenove) determinaram o relaxamento do flagrante.

As justificativas para se decretar a prisão preventiva foram agrupadas em três ordens: relacionadas ao fato; relacionadas à pessoa; descoladas – do fato e da pessoa. Sob a primeira categoria, identificamos que todos os motivos estáveis remetem à ideia de gravidade da conduta. Quanto à pessoa, o motivo de maior recorrência se refere à habitualidade delitiva, seguido pela menção à periculosidade. Os motivos descolados remetem aos dispositivos legais aplicáveis, com destaque para a ordem pública e a prevenção à reiteração.

Em relação à liberdade provisória, observamos que as justificativas se desenvolvem em contraposição aos motivos associados à prisão preventiva, o que permitiu a categorização sob as mesmas três ordens. Quanto ao fato, permanece a ênfase sob a gravidade da conduta, agora considerada inerente aos contornos do tipo penal. Sobre a pessoa, são estáveis as referências à primariedade e às condições pessoais favoráveis (trabalho lícito e residência fixa). Por fim, os motivos sob a terceira categoria remetem aos princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade.

Ainda que a lei não obrigue a fixação de medidas cautelares, a imposição de restrições representou a regra quando da concessão da liberdade provisória. Quando presentes, as justificativas remetem a requisitos legais, com especial destaque para a ideia de proporcionalidade. A fragilidade das fundamentações é percebida, também, na ausência de

correlação entre os tipos de restrições e o fato tido como delitivo ou às condições pessoais, o que esvazia o objetivo de cautelaridade que as medidas deveriam ter.

Quanto ao relaxamento, as justificativas giram em torno da ilegalidade da prisão, análise que antecede a verificação dos requisitos da preventiva ou da liberdade, condicionada ou não. Os motivos estáveis se referem à ausência da situação de flagrância, principalmente a carência de indícios de materialidade e autoria delitivas. De ordem distinta, mas igualmente estável, identificamos também o motivo da anuência ao requerimento do Ministério Público.

Ao longo do mapeamento dos motivos, identificamos que mais da metade das decisões replicava fundamentações padronizadas. No acervo, consideramos como modelos de destaque aqueles que foram utilizados por mais de um magistrado, o que ilustra tanto o fenômeno da linha de montagem (SAPORI, 2006), quanto a reciclagem de justificativas aceitas pela comunicação sistêmica, a despeito da individualidade do subscritor (GARCIA, 2014).

Diante de tais dados, novos questionamentos emergiram, relacionados aos parâmetros para que uma decisão seja considerada fundamentada. De acordo com a legislação brasileira, os atos decisórios deverão se diferenciar uns dos outros, de forma que cada comando se adeque à situação sob julgamento. Entretanto, a análise do material empírico permitiu concluir que a individualização foge à regra das decisões proferidas em audiência de custódia.

Em geral, as menções ao fato se restringem à singularização da decisão, que não costuma ultrapassar a indicação do tipo penal atribuído ao custodiado. A apresentação de informações sobre o fato ou sobre a pessoa não só é exceção, como não interfere na validade do comando judicial entre os atores sociais. Os documentos analisados, portanto, são representativos da estratégia de confecção seriada de decisões, fenômeno marcante em todos os momentos do sistema de justiça criminal (SAPORI, 2006, p. 775).

As decisões serão aceitas e consideradas válidas se mobilizarem ao menos um dos motivos estáveis mapeados. É prescindível recorrer a justificativas de ordens distintas (sobre o fato, sobre a pessoa ou descoladas) e a fontes de argumentação externas, nem mesmo é necessário ancorar a fundamentação na realidade. A filiação ao programa de linguagem permite, inclusive, que sejam aceitas conclusões contrárias à legislação e aos precedentes jurisprudenciais, desde que o motivo utilizado se vincule à consequência prevista.

Dentre os atores sociais das audiências de custódia, a pessoa detida exerce a menor interferência no procedimento decisório. Ao nível da comunicação, os custodiados não compartilham o programa de linguagem aceito pela situação, o que prejudica a sua participação nos mecanismos de integração e controle. Contudo, a presencialidade permanece como potência

do instituto, principalmente por criar condições para que ilegalidades nos procedimentos repressivos sejam evidenciadas.

As audiências de custódia, ao menos em termos formais, fortalecem a estrutura acusatória em meio à fase inquisitiva do procedimento de responsabilização criminal. Acreditamos que esse deslocamento carrega consigo as maneiras de pensar que orientam a fase da sentença, de forma que a estrutura cognitiva que orienta a imposição da pena atualiza os seus sentidos por meio das medidas cautelares – tanto a prisão, quanto as demais restrições.

Assim como na condenação, observamos que as decisões reproduzem a ilusão da obrigatoriedade de se impor sofrimento aos custodiados. Por consequência, a liberdade plena correspondeu à determinação menos frequente. Além disso, os motivos estáveis mobilizam a rede de sentidos das teorias legitimadoras da pena, marca da racionalidade penal moderna (PIRES, 2004). As justificativas extraídas do material empírico remetem às ideias de retribuir a gravidade do crime por meio da punição, de dissuadir o hábito de incorrer em delitos e de reprimir simbolicamente, além de mobilizarem a crença ontológica do delito.

A complexificação das normas de procedimento, apesar de ter sido selecionada pelo ordenamento jurídico, não representou verdadeira inovação em material penal (CAPPI, 2020). O conteúdo das decisões analisadas não demonstrou a ascensão de uma maneira de pensar a resposta penal não dedutível à racionalidade penal moderna, o que também pode ser percebido pela frustração do objetivo de mitigar o encarceramento provisório.

Desde a implementação das audiências de custódia, em 2015, até o campo da presente pesquisa, em 2018, o estado da Bahia manteve taxas de presos sem condenação entre 42% e 46%, acima da média nacional. A proporção de pessoas preventivamente segregadas, em todos os anos, foi superior aos condenados em cumprimento de regime fechado (SISDEPEN, 2024).

Os dados analisados sugerem que as audiências de custódia analisadas, realizadas no município de Salvador ao longo do ano de 2018, reproduzem o programa de pensamento da racionalidade penal moderna. A pretendida inovação no fluxo do sistema de justiça criminal exige rupturas com a maneira de pensar a responsabilização criminal; caso contrário, a aplicação de quaisquer medidas cautelares se converterá em antecipação da pena.

Ainda que o material empírico apresente um cenário desanimador, os dados nos fornecem pistas para o aprimoramento do instituto. Observamos que a individualização contribui para decisões destoantes do programa de linguagem e, portanto, seria recomendável estimular condições para que as audiências escapassem à lógica da produtividade. Nesse sentido, por exemplo, a limitação de tempo mínimo para as oitivas e número máximo de atos

por magistrado. Em termos qualitativos, estabelecer parâmetros empíricos para a fundamentação pode desencorajar decisões padronizadas, o que também contribui para a individualização.

De qualquer forma, o instituto lança luzes sobre um dos momentos mais críticos do sistema de justiça criminal, situado logo após o controle repressivo das polícias e o possível ingresso nas unidades prisionais. As audiências colocam em evidência não só a pessoa detida, com toda a potência da presencialidade, como criam condições de possibilidade para o controle das atividades policial, ministerial e jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. **Estudos avançados**, v. 21, p. 7-29, 2007.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane. Encarceramento e desencarceramento no Brasil: a audiência de custódia como espaço de disputa. **Sociologias**, v. 24, n. 59, p. 264-294, 2022.
- BALLESTEROS, Paula R. Audiências de custódia e prevenção à tortura: análise das práticas institucionais e recomendações de aprimoramento. **Relatório de Pesquisa. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional**, 2016.
- BOURDIEU, Pierre. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989. P. 209-254.
- CAPPI, Riccardo. Racionalidade Penal Moderna, Inovação e Regressão: uma trilogia conceitual para distinguir as maneiras de pensar as respostas às condutas criminalizadas. In: FULLIN, Carmem Silva et al. **A Racionalidade Penal Moderna: reflexões teóricas e explorações empíricas desde o sul**. São Paulo: Almedina, 2020. P. 19-51.
- CELLARD, André. A análise documental. POUPART, J. et al. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 295-316.
- CHAVES, Paulo Victor Leôncio. **Os paladinos da ordem pública: juízes e a (re)produção dos discursos legitimadores do encarceramento dos indesejados**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. Audiência de Custódia: Resultados preliminares e percepções teórico-práticas. Disponível em: https://www.academia.edu/18010764/Audiência_de_Custódia_Resultados_preliminares_e_percepções_teorico-práticas. Acesso em: 15.10.2020.
- CORDEIRO, Néfi; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. A audiência de custódia e seu papel como instrumento constitucional de concretização de direitos. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, a. 10, v.1, p. 76-88, jan./abr.2018. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2018.101.06>
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 213/2015. Brasília, 2015.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros. Brasília, 2018.
- DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** 9º ed. Rio de Janeiro: Difel, 2023.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. Relatório das audiências de custódia na comarca de Salvador (anos 2015 a 2018). Salvador: ESDEP, 2019.

DE MELO, Ana Clara Klink. Audiências de custódia e a gramática da punição: registros da teoria da racionalidade penal moderna na aplicação de medidas cautelares penais. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES**, v. 12, n. 1, 2024.

DEL OLMO, R. ¿Por qué el actual silencio carcelario?. In: Briceño-León, R. (comp.). Violencia, sociedad y justicia en América Latina. Clacso, Buenos Aires, 2002.

FLAUZINA, Ana Luísa Pinheiro. Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. 2006. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/253>. Acesso em 10/11/2024.

GARCIA, Margarida. Novos horizontes epistemológicos para a pesquisa empírica em direito: “descentrar” o sujeito, “entrevistar” o sistema e dessubstancializar as categorias jurídicas”. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, 2014, vol. 1, n. 1, p. 182-209.

GARLAND, David. **A cultura do controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIACOMOLLI, N. J.; GALÍCIA, C. R. Audiência de custódia: a concretização da utopia. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-12, set/dez. 2017.

GISI, Bruna et al. A teoria da “Racionalidade Penal Moderna” e os desafios da justiça juvenil: Entrevista com Álvaro Pires. **Plural**, v. 24, n. 1, p. 124-160, 2017.

IDDD. O fim da liberdade: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. Livro eletrônico. Instituto de Defesa do Direito de Defesa, 2019. Disponível em: https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/09/ofimdaliberdade_completo-final.pdf

INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. Grupo de Pesquisa Sobre Audiência de Custódia: relatório final de atividades. Salvador, 2017.

JESUS, Maria Gorete Marques de; POSSAS, Mariana Thorstensen. ‘O que o policial disse, tá dito!’: A produção da ‘verdade policial’ nos casos de tráfico de drogas em São Paulo. **Anais do 41º Encontro Anual da Anpocs**, Caxambu-MG, 2017.

JESUS, Maria Gorete Marques de et al. “A gente prende, a Audiência de Custódia solta”: narrativas policiais sobre as Audiências de Custódia e a crença na prisão. **Revista Brasileira de Segurança Pública**. São Paulo, v. 12, n. 1, 152-172, fev./mar., 2018.

JESUS, Maria Gorete Marques de. Verdade policial como verdade jurídica: narrativas do tráfico de drogas no sistema de justiça. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 35, n. 102, p. e3510210, 2019.

KANT DE LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais: A tradição inquisitorial no Brasil. **RBCS**, vol. 4, n. 10, p. 65-84, 1989.

KULLER, Lais B. F. Audiência de Custódia. Um ponto de inflexão no sistema de justiça criminal? 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais) – Universidade Federal do ABC. São Bernardo do Campo, 2016.

KULLER, Laís; DIAS, Camila. O papel do preso nas audiências de custódia: Protagonista ou marginal?. **Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 12, n. 2, p. 267-287, 2019.

LAGES, Livia Bastos; RIBEIRO, Ludmila. Os determinantes da prisão preventiva na Audiência de Custódia: reforço de estereótipos sociais?. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 3, 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201933>

LOPES JR., Aury e PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Ano X. nº 60. Jun-Jul/2014.

MASI, Carlos Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 77-120, 2015.

MILLS, Charles Wright. Ações situadas e vocabulário de motivos. **Revista Brasileira de Sociologia da Emoção**, v. 15, n. 44, 10-20, agosto, 2016.

MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido". **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, p. 15-38, 2010.

PIRES, A. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, vol. 68, p.39-60. 2004.

PRADO, Daniel Nicory do. **A prática da audiência de custódia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017.

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 223, p. 10-11, jun. 2011.

RAUPP, Mariana. As pesquisas sobre o Sentencing: Disparidade, punição e vocabulários de motivos. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 2, n. 2, jan 2015, p. 174-191.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes et al. Nem preso, nem livre: a audiência de custódia em Belo Horizonte como reposta ao encarceramento provisório em massa. **Belo Horizonte: Letramento**, p. 65-81, 2020.

SAPORI, Luís Flávio. "A Justiça Criminal Brasileira como um sistema frouxamente articulado". In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Artcor, 2006. p. 763-782.

SERRA, Carlos Henrique Aguiar. Estado penal e encarceramento em massa no Brasil. In: LOURENÇO, Luiz Claudio; GOMES, Geder Luiz Rocha (orgs.). **Prisões e punição: no Brasil contemporâneo**. Salvador: EDUFBA, 2013. p. 29-44.

SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIAS. SISDEPEN. Relatório de informações penais – RELIPEN. Brasília, SENAPPEN, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios>. Acesso em: 10/11/2024.

VALENÇA, Manuela Abath. Audiências de custódia por videoconferência: um caso bem-sucedido?. **Revista Direito GV**, v. 19, p. e2325, 2023.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

APÊNDICE

APÊNDICE I – MOTIVOS RELACIONADOS À PRISÃO PREVENTIVA

SOBRE O FATO		
MOTIVO	Justificativas	
Gravidade	Inadequação das cautelares à gravidade do crime	31
	Inadequação das cautelares às circunstâncias do fato	27
	Exposição a perigo dos demais cidadãos Ameaça à integridade física das vítimas Temor e abalo psicológico das vítimas Risco de evento lesivo fatal Exposição da vítima a risco de evento lesivo fatal Perigo à integridade física das vítimas Grave ameaça às vítimas Vulnerabilidade da vítima Cerceamento de liberdade das vítimas Exposição ao risco de dependência Crime contra várias vítimas	22
	Gravidade da conduta	18
	Uso de arma de fogo	15
	Quantidade de entorpecente apreendido	09
	Lesividade do entorpecente apreendido	08
	Pena imposta ao crime é grave Delito de natureza grave	08
	*Violência doméstica Temor de que o agente venha a matar a vítima Proteção da integridade física da vítima Histórico de agressões em face da vítima Reiteração em agressões à mesma vítima Agressividade e ameaças de morte para com a vítima Progressividade dos crimes de violência doméstica contra a mulher	07
	Circunstâncias sugerem/indicam envolvimento com o tráfico de drogas	06
	Circunstâncias do fato/da conduta	06
	Concurso de agentes	05
	Reprovabilidade/censurabilidade da conduta	03
	Variedade/diversidade de entorpecentes apreendidos	03
	Modus operandi	03
	Circunstâncias revelam a necessidade da preventiva	03
	Modus operandi revela a gravidade da infração	02
	Violência física	02
	Agressividade e ameaças de morte para com os policiais Tentativa de agressão aos policiais com arma branca	02
	Uso de arma branca	01
	Apreensão de explosivos	01
	Modus operandi revela a possibilidade de novas práticas delitivas	01
	Apreensão de apetrechos relacionados ao tráfico	01
	Abuso de poder econômico	01
	Abrangência da conduta	01
	Circunstâncias da prisão	01
	Gravidade flexibiliza a presunção de inocência	01

SOBRE A PESSOA		
MOTIVO	Justificativas	
Habitualidade	Reiteração delitiva	76
	Contumácia delitiva	
	Não é fato isolado na vida pregressa do custodiado	
	Nova incursão delitiva	
	Reiteração delitiva é suficiente para decretar a preventiva	
	Preventiva adequada à habitualidade/contumácia/reiteração	
	Custodiado faz do ilícito meio de vida	
	Custodiado com passado criminoso	
	Não é fato isolado na vida pregressa do custodiado	
	Propensão/inclinação à reiteração	
	Custodiado afeto a práticas delitivas	
	Reiteração em condutas de gravidade acentuada	
	Ação(ões) penal(is) em curso	
	Inquérito(s) em curso	
	Execução penal em curso	
	Antecedentes criminais	
	Vasta ficha criminal	
	Antecedentes desfavoráveis	
	Maus antecedentes	
	Registos policiais	
Passagens policiais		
Vida pregressa		
Ações em curso indicam reiteração delitiva		
Reincidência	26	
Reincidência em condutas semelhantes		
Notícias de participação em crimes anteriores	05	
Concessão de cautelar em ocorrência anterior	05	
Mandado de prisão em aberto	03	
Notícias de participação em quadrilha/facção criminosa	04	
Anterior concessão de liberdade em audiência de custódia	02	
Ação socioeducativa em curso	02	
Prisão recente	02	
Preso anteriormente por descumprimento das medidas protetivas	01	
Notícias de envolvimento com o tráfico	01	
Cautelares anteriores não surtiram efeito para conter a prática de crimes	01	
Condenações anteriores não surtiram o efeito desejado	01	
Mau uso da liberdade	01	
Periculosidade	Inadequação das cautelares às condições pessoais do custodiado	32
	A gravidade concreta, o modus operandi e as circunstâncias do delito indicam a periculosidade real do agente	31
	Periculosidade/perigosidade do custodiado	10
	Temibilidade social	09
	Personalidade desviada	08
	Ausência de freio inibitório	08
	Descompromisso com as autoridades	08
	Custodiado representa risco/perigo para a sociedade	03
	Condições pessoais desfavoráveis	02
	Insensibilidade moral	02
	Retirar do convívio social agentes dotados de periculosidade	02
	Pessoa violenta	01

	Nocividade social	01
Subsidiariedade das condições pessoais	Condições pessoais favoráveis não obstam a preventiva Apesar de não ter havido violência e grave ameaça Apesar de não ostentar antecedentes Primariedade, residência fixa e ocupação lícita não são suficientes Apesar da primariedade	11
Evasão	Evasão em ocorrência anterior Indícios de evasão Custodiado foragido nas demais ações penais em curso Tentativa de evasão	07
DESCOLADOS		
MOTIVO	Justificativas	
Ordem pública	Risco à ordem pública Garantia da ordem pública A bem da ordem pública Para prevenir a ordem pública Perigo à ordem pública Para resguardar a ordem pública Desrespeito à ordem pública Preservar a ordem pública Afronta à ordem pública	67
Receio de reiteração	Receio de reiteração	36
	Risco de reiteração	16
	Evitar reiteração	03
	Necessidade da preventiva para prevenir a reiteração	01
Inadequação das cautelares	Inadequação das cautelares Insuficiência das cautelares	20
	Inadequação das cautelares para prevenir reiteração Insuficiência das cautelares para afastar o agente da criminalidade	13
	Cautelares seriam inócuas ao fim que se destina	03
	Inadequação das cautelares para reprimir crimes	02
Princípio da homogeneidade		09
Gravidade em abstrato	Insegurança pública/da comunidade	08
	Acautelar o meio social	04
	Repercussão social	03
	Resguardar a sociedade de maiores danos	03
	Credibilidade da justiça	03
	Preventiva necessária para a segurança da sociedade	02
	Ofensa ao meio social	02
	Imensurável prejuízo a todos	02
	Efeito disruptivo e desagregador do tráfico	02
	Violência, desespero e morte para as vítimas e comunidades	02
	Disseminação da violência	02
	Nocividade à sociedade	02
	Minimizar a instabilidade social	01
	Comoção social	01
Abalo social	01	
Cautelaridade	Para assegurar a aplicação da lei penal	07
	Risco à instrução criminal	05
	Para conveniência da instrução	02
	Resguardar a ordem econômica	01

APÊNDICE II – MOTIVOS RELACIONADOS À CONCESSÃO DA LIBERDADE

SOBRE O FATO			
MOTIVO	Justificativas		
Gravidade inerente ao tipo penal	Circunstâncias do fato não conduzem à preventiva Circunstâncias do fato não invocam a preventiva Circunstâncias do fato insuficientes para a preventiva	30	
	Circunstâncias e modus operandi inerentes ao tipo penal Circunstâncias e modus operandi inseridos na gravidade do tipo penal	18	
	Ausência de violência ou grave ameaça	10	
	Ausência de uso de arma	08	
	Pequena quantidade de entorpecente Quantidade de entorpecente compatível com o uso	06	
	Cautelares compatíveis com a gravidade	05	
	Ausência de prejuízo à vítima Restituição do bem subtraído	03	
	Ausência de gravidade	01	
	Circunstâncias do crime não revelam risco à comunidade	01	
	Ausência de indícios delitivos	Ausência de indícios de autoria delitiva	02
		Necessidade de maiores esclarecimentos sobre o fato	02
Ausências de indícios de materialidade delitiva		01	
SOBRE A PESSOA			
MOTIVO	Justificativas		
Primariedade	Primariedade Primariedade técnica Ausência de antecedentes Bons antecedentes Ausência de passagens anteriores por delegacias Ausência de registros anteriores	76	
	Antecedentes não indicam propensão ao crime Ausência de indícios de propensão à reiteração	11	
Condições pessoais favoráveis	Residência fixa Endereço certo	25	
	Condições pessoais favoráveis Condições pessoais conduzem à liberdade Condições pessoais não conduzem à preventiva	16	
	Condições pessoais não revelam periculosidade Circunstâncias do crime não revelam periculosidade Condições pessoais não revelam risco à comunidade Condições pessoais conduzem às cautelares	04	
	Trabalho lícito Ocupação lícita Atividade laborativa	11	
	Estudante	01	
	Vulnerabilidade	Vulnerabilidade social Usuário de entorpecentes/álcool Necessidade de tratamento para dependência química	07
DESCOLADOS			
MOTIVO	Justificativas		

Ausência dos requisitos da preventiva	Ausência dos requisitos para preventiva Ausência dos motivos autorizadores da preventiva Preventiva não legitimada Preventiva restrita à necessidade concreta Desnecessidade da preventiva Desproporcionalidade da preventiva Preventiva não justificável Necessidade de racionalizar o uso da preventiva Liberdade adequada à hipótese Liberdade recomendável no curso do processo Liberdade mais justa ao caso Liberdade é um direito quando ausentes os requisitos da preventiva Excepcionalidade da preventiva Caráter subsidiário da prisão Preventiva somente pode ser decretada quando for imprescindível A Constituição impõe a liberdade como regra	211
Ausência das categorias legais da preventiva	Ausência de risco à eventual aplicação da pena Ausência de indícios de evasão	27
	Ausência de risco à ordem pública Liberdade não oferece risco à ordem pública Liberdade não resulta em risco para ordem pública Liberdade não oferece risco à sociedade	22
	Liberdade não resulta risco às atividades econômicas	19
	Liberdade não interfere na instrução criminal Não há risco à instrução, que sequer começou	17
Natureza cautelar da preventiva	Preventiva não deve se converter em antecipação da pena Preventiva não se destina a antecipar a pena Preventiva não se confunde com a pena Preventiva com fins punitivos deforma o instituto cautelar Vedação do cumprimento antecipado da pena Princípio da proporcionalidade/homogeneidade Medidas cautelares não podem ser mais graves que a futura condenação Possibilidade de aplicação do regime aberto, suspensão da pena ou substituição	60
	Liberdade provisória não é sinônimo de absolvição	14
	Desvio arbitrário da finalidade ofende as garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal	14
Princípio da presunção de inocência	Princípio da presunção de inocência/não culpabilidade Liberdade é a regra até a condenação Direito de responder ao processo em liberdade Preservação da liberdade até decisão definitiva	45
Gravidade abstrata não justifica preventiva Necessidade de fundamentos concretos		31
Princípio da dignidade da pessoa humana		10
Ausência de requerimento pelo Ministério Público Manifestação do Ministério Público pela liberdade		03

APÊNDICE III - MOTIVOS RELACIONADOS À FIXAÇÃO DE CAUTELARES

Princípio da proporcionalidade Cautelares proporcionais ao caso	43
Evitar prejuízo à instrução Garantir a produção probatória Assegurar o comparecimento aos atos processuais Evitar obstrução à instrução	36
Cautelares mais razoáveis ao caso	35
Resguardar futura aplicação da lei penal	26
Garantir a ordem pública	21
Cautelares adequadas/suficientes/compatíveis com a gravidade do crime e às circunstâncias do fato	16
Sem motivos específicos	13
Vincular o agente ao juízo/persecução/investigação (instrução e aplicação) Garantir a eficácia do processo	10
Evitar/prevenir reiteração delitiva	07
Resguardar a vítima	03
Cautelares produzirão os mesmos efeitos desejados preservando a liberdade Cautelares suficientes para os mesmos fins pretendidos pela preventiva	05
Garantir a segurança social	05
Condições pessoais favoráveis	05
Princípio da não culpabilidade	04
Necessidade de restringir a liberdade plena	01

APÊNDICE IV – MOTIVOS RELACIONADOS AO RELAXAMENTO

Ilegalidade da prisão	19
Ausência da situação de flagrância	14
Ausência dos requisitos legais da prisão em flagrante	
Concordância com o Ministério Público	12
Ausência de materialidade e autoria delitivas	08
Conduta atípica	06
Menção a tortura e espancamento	06
Possibilidade de ter ocorrido tortura	
Probabilidade de ter ocorrido espancamento	
Marcas visíveis de violência	04
Lesões visíveis	
Fragilidade dos depoimentos policiais	04
Contradições nos depoimentos policiais	
Ausência de declarações de testemunhas presenciais	03
Ausência de declarações da vítima	
Irregularidade do auto de prisão em flagrante	03
Violação à garantia da duração razoável do processo	03
Necessidade de maiores esclarecimentos sobre os fatos	02
Sem motivos específicos	01
Ausência dos requisitos da preventiva	01
Violação ao domicílio do agente	02
Pequena quantidade de droga	02
Quantidade ínfima de droga	
Indicativo de destinação ao uso	01
Princípio da presunção de inocência	01
Primariedade do agente	01
Delito de consumação instantânea	01
Prisão extemporânea	01