XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

PAULO CESAR CORREA BORGES

CARLOS ALBERTO MENEZES

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-045-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3. Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

SUPLÍCIO E BIOPODER EM FOUCAULT: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS PRISÕES CAUTELARES E CONTROLE SOCIAL

TORMENT AND BIOPOWER IN FOUCAULT: CONSIDERATIONS ABOUT THE PRECAUTIONARY ARRESTS AND SOCIAL CONTROL

Ronaldo Bezerra Dos Santos
José Eduardo Lourenço dos Santos

Resumo

Michel Foucault escreveu importante obra para a literatura mundial denominado Vigiar e Punir: nascimento da prisão e nos dois primeiros capítulos traz o chamado suplício. Mais do que uma forma desumana, para os dias atuais para a execução de uma pena, o autor revela um sistema interessante de demonstração de poder e controle social, muito semelhante ao sistema de prisões cautelares que se tem no Brasil exercitando-o de maneira individual. Com relação à coletividade, o mesmo autor, tempos depois, relatará outra forma de controle denominada biopoder. O presente artigo trata destas questões de modo a relatar a incidência de características do suplício nas prisões cautelares para o controle social individual e a utilização do biopoder para o controle geral. Com isso, apenas se busca fomentar a discussão de tão importante tema, sem esgotá-lo.

Palavras-chave: Suplício, Biopoder, Prisão cautelar, Controle social

Abstract/Resumen/Résumé

Michel Foucault wrote important works to the world literature named monitor and Punish: birth of prison and in the first two chapters brings the so-called punishment. More than an inhumane manner, to the present day for the execution of a penalty, the author reveals an interesting system of demonstration of power and social control, very similar to the system of provisional prisons in Brazil that has been exercising him individually. With respect to collective, the same author, later, reports another form of control named Biopower. The present article deals with these issues in order to report the incidence of torture in prisons protective features to the individual social control and the use of Biopower for overall control. With that, only if search foster discussion of this important topic, without depleting it.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Punishment, Biopower, Precautionary arrest, Social control

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como proposta fomentar e ampliar a discussão acerca das semelhanças encontradas entre o sistema de controle de poder que era utilizado através dos suplícios na obra de Michel Foucault, relacionando com as prisões cautelares existentes, bem como abordar o biopoder como exercício de domínio social atual.

Foucault em sua obra denominada Vigiar e Punir: nascimento da prisão traz em seus dois primeiros capítulos as características do suplício que era a forma cruel e desumana de se aplicar uma pena capital e depois deixou de existir em sua forma inicial. Mais tarde, o autor tratará do chamado biopoder como forma de se exercitar o controle social de maneira coletiva.

Não se abordará neste artigo a questão da forma desumana na aplicação da pena no suplício, mas sim, a discussão acerca do que está por trás, ou seja, da forma de controle social e demonstração de poder individual. Para isso, se buscou entender o que o referido autor traz em seu livro sobre as características do fenômeno, bem como a necessária abordagem do biopoder como forma de controle social coletiva. Após, foi necessário trazer os conceitos atuais sobre prisão cautelar, suas espécies e as características próprias de cada uma.

Só depois dos devidos conceitos, passaram-se no último capítulo a traçar as características e semelhanças entre os sistemas do suplício de Foucault e as prisões cautelares atuais, mas apenas como forma de controle social individual, mas especificadamente, poder de punir.

Não se espera esgotar a discussão, mas apenas fomentá-la, pois, a segregação cautelar é tema de relevância social e deve ser discutida, estudada e abordada, sempre objetivando a melhoria da convivência social.

1 O SUPLÍCIO

1.1 **O Suplício na obra de Foucault**

A célebre obra do magnífico filósofo francês Michel Foucault intitulada vigiar e punir: nascimento da prisão publicado originalmente em 1975 traz na sua primeira parte o chamado suplício que é dividido em dois capítulos: capítulo I – “o corpo dos condenados” e o capítulo II, “a ostentação dos suplícios”.

O autor inicia sua obra narrando com riqueza de detalhes a sentença que fora proferida em desfavor de Damiens em 02 de março de 1757:

> Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris aonde devia

> ser levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; em seguida, na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com o que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos as cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento (FOUCAULT, 1987, p. 4).

Em seguida, o mesmo autor traz normativas do regulamento redigido por Léon Faucher para a "casa dos jovens detentos em Paris", isto ocorreu, segundo ele, três décadas mais tarde da sentença proferida e executada em desfavor de Damiens.

Importa destacar que neste regulamento é possível identificar um tipo de punição bem diferente, onde existem obrigações, mais com respeito a certos direitos, visto que determina o horário de início e término das atividades dos detentos, duração dos trabalhos, da ida à capela, das refeições, da escola, horário das aulas e refeições e retorno às celas.

Para Foucault (1987) o suplício era o fato de um ser humano ser condenado e executado em praça pública, como um verdadeiro espetáculo de brutalidade, em que o Estado demonstrava sua força às pessoas e o fazia através desse show de violência em que a figura do carrasco aparecia como a de herói e a do condenado como o verdadeiro mau que deveria ser extirpado da terra.

Com o tempo, o suplício foi desaparecendo, conforme narra o autor, sendo substituído por outras punições também relacionadas ao corpo como a privação da liberdade por exemplo. Contudo, não mais no sentido castigo-corpo, como ocorria antes.

Mesmo nos casos em que a pena fosse a capital, ou seja, a pena de morte, não mais se fazia em praça pública na presença da população, mas sim, em locais próprios e longe dos olhos dos outros e inclusive se tentando ao máximo a eliminação da dor, conforme narra Foucault (1987, p.14): "Os rituais modernos da execução capital dão testemunho desse duplo processo-supressão do espetáculo, anulação da dor".

A guilhotina neste sentido corrobora com a eliminação da dor, tendo em vista que é uma máquina feita para eliminar a vida com eficiência e rapidez, sendo que decapta uma pessoa em segundos e com isso não lhe causa sofrimento. Nota-se a preocupação em aplicar a pena capital evitando ao máximo o padecimento do condenado.

A par disso, os espetáculos de morte em praça pública, o suplício do condenado com o castigo corporal, sofrimento em excesso, mutilações e todo tipo de tortura na execução da pena acaba desaparecendo no princípio do século XIX.

Por outro lado, Foucault (1987, p.15) também lembra que mesmo ocorrendo muita brutalidade nas execuções das penas capitais, o suplício não era a regra vigente, nestas penas, mas sim medida excepcional:

> Não devemos no entanto nos enganar. Entre esse arsenal de horror e a prática cotidiana da penalidade, a margem era grande. Os suplícios não constituíam as penas mais frequentes, longe disso. Sem dúvida para os nossos olhos atuais a proporção de veredictos de morte, na penalidade da era clássica, pode parecer considerável: as decisões do Châtelet durante o período de 1755 a 1785 comportam 9 a 10% de penas capitais – roda, forca ou fogueira.

Assim, o suplício não ocorria só nos casos de pena capital, tendo em vista que nem sempre estas ocorriam, mas, o suplício poderia aparecer como pena acessória da principal, como por exemplo, numa pena principal de banimento o condenado poderia sofrer como pena acessória a marcação com ferrete, exposição pública e até mesmo ser açoitado. Desta forma, independentemente da pena recebida o suplicio sempre se fazia presente.

1.2 **O conceito de suplício para Foucault**

A abordagem que Foucault (1987) faz do suplício é interessante, pois, se considerarmos a brutalidade e a forma cruel, desumana e infamante que as penas eram aplicadas, poder-se-ia erroneamente interpretar o suplício como sendo algo impensado e desregrado, pagando-se o delito cometido com o sentimento de raiva e vingança existente no ser humano. Por outro lado, para o autor o suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei.

Ele entende que para uma pena ser considerara suplício, deve obedecer alguns critérios sendo o primeiro a dor e o sofrimento como forma de penalidade. Com isso, a pena de morte sendo executada através de uma rápida decapitação tem um efeito diferente daquele que sofre a mesma pena de morte, mas por esquartejamento de seus membros. Neste caso, o esquartejamento causa uma dor muito maior ao condenado.

O segundo critério para o autor é o que chamou de produção regulada do suplício, pois, neste caso não é só o sofrimento, mas o tipo, a qualidade, a intensidade e o tempo, junto com a gravidade do crime, pessoa do criminoso e também o nível social das vítimas do crime. Assim, a aplicação da punição é calculada de acordo com regras determinadas:

> Há um código jurídico da dor; a pena, quando é suplicante, não se abate sobre o corpo ao acaso ou em bloco; ela é calculada de acordo com regras detalhadas: números de golpes de açoite, localização do ferrete na brasa, tempo de agonia na fogueira ou na roda (o tribunal decide se é caso de estrangular o paciente imediatamente, em vez de deixa-lo morrer, e ao fim de quanto tempo esse gesto de piedade deve intervir), tipo de mutilação a impor (mão decepada, lábios ou língua furados) (FOUCAULT, 1987, p. 31).

Vale lembrar que a punição imposta através do suplício tem a ver com a busca da verdade sendo esta uma relação verdade-poder para o autor, pois, é o que legitima todos esses mecanismos de punição. Essa verdade na maioria das vezes é imposta no sentido vertical, inquisitivo sem garantias reais a não ser aquilo que já é pré-estabelecido como verdade.

Outra característica do suplicio segundo Foucault (1987) é ser ostentoso, todos devem presenciar como espécie de triunfo da justiça, ou vitória e isso se confirma, pois, mesmo após a execução, o condenado ainda tem seu corpo queimado, suas cinzas jogadas ou o próprio corpo ou partes dele sendo expostos para que as pessoas possam ver e se lembrar. É uma manifestação de poder, neste caso do poder punitivo.

A par disso, pode-se concluir que o suplício para o filósofo francês não era desorganizado, pelo contrário, era pré-determinado como um sistema de punição, dentro de regras e com características de dor, sofrimento, ostentação e cujo objetivo também era a comprovação do poder punitivo, ou seja, de um sistema de punição eficaz e que o corpo do condenado é que sofreria as consequências nefastas, mas importantes, para demonstrar uma relação de poder.

2 BIOPODER

2.1 O biopoder em Foucault

O poder, como analisado por Foucault (2005), é abordado fora da concepção da filosofia política moderna, substituindo as compreensões ideológicas pelo saber: o poder circula, forma, organiza o saber. O que se procura é transformar o homem em objeto útil e dócil.

> Poderíamos, pois, contrapor dois grandes sistemas de análise de poder. Um, que seria o velho sistema que vocês encontram nos filósofos do século XVIII, se articularia em torno do poder como direito original que se cede, constitutivo da soberania, e tendo o contrato como matriz do poder político. E haveria o risco de esse poder assim constituído, quando ultrapassa a si mesmo, ou seja, quando vai além dos próprios termos do contrato, tornar-se opressão. Poder-contrato, tendo como limite, ou melhor, como ultrapassagem do limite, a opressão. E vocês teriam o outro sistema que

> tentaria, pelo contrário, analisar o poder político não mais de acordo com o esquema contrato-opressão, mas de acordo com o esquema guerra-repressão. E, nesse momento, a repressão não é o que era a opressão em relação ao contrato, ou seja, um abuso, mas, ao contrário, o simples efeito e o simples prosseguimento de uma relação de dominação. A repressão nada mais seria que o emprego, no interior dessa pseudopaz solapada por uma guerra continua de uma relação de força perpétua. Portanto, dois esquemas de análise do poder: o esquema contrato-opressão, que é, se vocês preferirem, o esquema jurídico, e o esquema guerra-repressão, ou dominação-repressão, no qual a oposição pertinente não é a do legítimo e do ilegítimo, como no esquema precedente, mas a oposição entre luta e submissão. (FOUCAULT, 2005, p. 24).

O que ele chama de biopoder pode ser visto como um aperfeiçoamento do poder disciplinar, em que o biológico reflete no jurídico, mas que toma a vida acima da ameaça da morte (vida do ser vivente). Tem-se uma estatização do biológico, as características biológicas passam a interessar ao poder, à política. Na realidade, já quando do poder disciplinar se poderia falar em biopoder, uma vez que a vida já era seu objeto, mas de forma particular, individual, com sujeição dos corpos, como forma de indicar que o caminho seguinte envolveria a população, um aspecto mais amplo, geral, em seus diversos fenômenos desde a natalidade até a mortalidade.

O biopoder será definido na primeira aula do curso *Sécurité, territoire, population:*

> [...] como o conjunto de mecanismos pelos quais aquilo que na espécie humana constitui seus traços biológicos fundamentais vai poder entrar no interior de uma política, de uma estratégia política, de uma estratégia geral de poder. Em relação à tecnologia disciplinar, esse conjunto de mecanismos (em que se constitui o biopoder) define um outro modo de agenciamento do espaço, especifica uma forma diferente da normalização e singulariza um novo "corpo" enquanto objeto e sujeito da estratégia de poder representada pela biopolítica (FONSECA, 2002, p. 207).

Ressalta Giacóia Júnior (2006, p. 620):

> durante a segunda metade do século XVIII, eu creio que se vê aparecer algo de novo, que é uma outra tecnologia de poder, não disciplinar desta feita. Uma tecnologia de poder que não exclui a técnica disciplinar, mas que a embute, que a integra, que a modifica parcialmente e que, sobretudo, vai utilizá-la implantando-se de certo modo nela, e incrustando-se efetivamente graças a essa técnica disciplinar prévia. Essa nova técnica não suprime a técnica disciplinar simplesmente porque é de outro nível, está em outra escala, tem outra superfície de suporte e é auxiliada por instrumentos totalmente diferentes.
>
> Dizer que o poder, no século XIX, incumbiu-se da vida, é dizer que ele conseguiu cobrir toda a superfície que se estende do orgânico ao biológico,

> do corpo à população, mediante o jogo duplo das tecnologias de disciplina, de uma parte, e das tecnologias de regulamentação, de outra. Portanto, estamos num poder que se incumbiu tanto do corpo quanto da vida, ou que se incumbiu, se vocês preferirem, da vida em geral, com o pólo do corpo e o pólo da população. Biopoder, por conseguinte, do qual logo poderemos localizar os paradoxos que aparecem no próprio limite de seu exercício.

Esse poder não se dirige ao ser individual, com fins disciplinares, e sim sobre o homem como massa da população, intervindo sobre os processos e ciclos biológicos, da natalidade à mortalidade, controlando, normatizando e regulamentando:

> percebe-se que enquanto a disciplina atua sobre um espaço vazio, construído artificialmente, a tecnologia do biopoder, ou seja, os mecanismos de segurança, vão atuar sobre um certo número de dados materiais, majorando os elementos positivos e minimizando os negativos (atuais e futuros). Para tanto, os mecanismos de segurança trabalham com previsibilidades, com riscos, com probabilidades de ocorrências. Nos mecanismos de segurança trata-se acima de tudo da gestão de séries abertas de elementos que se deslocam indefinidamente (bens, pessoas, doenças) a partir de estimativas e probabilidades. Ao final dessa primeira aula, Foucault dirá que enquanto a soberania "capitaliza" um território, tendo como problema maior o posicionamento da sede do governo; enquanto a disciplina "arquiteta" um espaço, dando-se como problema central a distribuição hierárquica e funcional dos indivíduos; a segurança procurará organizar um "meio", em função de uma série de acontecimentos possíveis que devem ser regularizados em um quadro múltiplo e transformável (FONSECA, 2002, p. 210).

Ocorre uma combinação (acoplamento) entre disciplina e regulamentos, entre individual e coletivo, em que a decisão sobre o valor ou desvalor da vida é um ato biopolítico.

Conforme observa Foucault (2005, p. 289):

> a disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens na medida em que essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos. E, depois, a nova tecnologia que se instala se dirige à multiplicidade dos homens, não na medida em que eles se resumem em corpos, mas na medida em que eles formam, ao contrário, uma massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc.

Posteriormente a atuação sobre o corpo humano, individualizado, passa-se a trabalhar com o homem na forma de massa humana (homem como espécie), ao que Foucault (2005) entendia como uma biopolítica da espécie humana.

No fim do século XVIII, quando se pensou em direito penal, conforme anota Foucault (2008, p. 340), "percebe-se que a questão posta pelos reformadores era de fato uma questão de economia política, no sentido de que se tratava de uma análise política, ou de uma

reflexão em todo o caso de estilo econômico, sobre a política e o exercício do poder". O que se tem é a biopolítica em seu nascimento, racionalizando o governo de um grupo, de uma população, em seu aspecto biológico, e com ela o biopoder, que veio a crescer nos séculos seguintes. O homem deixa a sua posição de objeto e passa a ser sujeito do poder político, a sua vida passa a ser parte dos mecanismos e formas de atuação do poder, indicando a forma mais adequada de controle e utilização da vida.

Essa biopolítica trata da fecundidade, mas também da morbidade, usa-se a medicina com função maior que a saúde pública, envolvendo formas de doenças, velhice, acidentes, refletindo em outra forma de preocupação como poupança, seguridade social, etc. Isso envolve um novo elemento, fora os já conhecidos indivíduo e sociedade, "a população", e como cuidar desta no campo político, biológico e de poder, "em suma, aos acontecimentos que ocorrem numa população considerada em sua duração" (FOUCALT, 2005, p. 293). A população vista como mão-de-obra deixa de obedecer apenas à vontade do soberano, exigindo sua administração.

Foucault (2008b, p. 103) afirma que "a partir do momento em que, ao contrário, como vis-à-vis, não da soberania, mas do governo, da arte de governar, teve-se a população, creio que podemos dizer que o homem foi para a população o que o sujeito de direito havia sido para o soberano".

É um momento em que se busca prolongar a vida de forma controlada, a fim de se assegurar um equilíbrio biológico de vida, uma regulamentação, e não disciplina. Fala-se em vida, e não em morte.

Diverso do poder soberano, o biopoder trata de formas de gestão da vida, substituindo o "fazer morrer ou deixar viver" pelo "fazer viver e deixar morrer": o biopoder tem a função de gerar a vida, tendo por suporte as ciências do homem, como a demografia e a medicina social, uma tecnologia da população (passa-se de um Estado territorial a um Estado de população). Tem-se a substituição do "fazer morrer ou deixar viver" pelo "fazer viver e deixar morrer", como já observado: a vida passa a ser a forma de atuação dessa forma de poder.

Procedimentos de poder saber, com o auxílio dos avanços tecnológicos, procuram controlar e modificar os diversos processos relacionados à vida:

> pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico reflete-se no político; o fato de viver não é mais esse sustentáculo inacessível que só emerge de tempos em tempos, no caso da morte e de sua fatalidade: cai, em parte, no campo de controle do saber e de intervenção do poder (FOUCAULT, 1988, p. 155).

Por outro lado se tem a separação dos indivíduos em grupos dignos ou indignos de viver, grupos com importância política de permanecerem vivos e os sem importância (sujeito até a eliminação/exclusão): “na biopolítica moderna, soberano é aquele que decide sobre o valor ou sobre o desvalor da vida enquanto tal” (AGAMBEN , 2010, p. 137).

Com isso se constata que o biopoder é fundamental ao capitalismo por garantir os processos econômicos controlando os corpos humanos, mas também dele depende no que se refere aos mecanismos tecnológicos apresentados com a evolução dos tempos, evolução esta que acabou de certa forma sendo exigida por esse tipo de poder, a fim de se atingirem os objetivos que ele poderia proporcionar. Trata-se da forma de poder do pós-fordismo.

Como já discorrido, essa forma de poder convive com a forma disciplinar, o homem tratado no individual, mas também no coletivo. Tais formas não estão no mesmo nível, daí o porquê da possível convivência, articulação. Foucault (2005, p. 298).

> temos, pois, duas séries: a série do corpo – organismo – disciplina – instituições; e a série população – processos biológicos – mecanismos regulamentadores – Estado. Um conjunto orgânico institucional: a organo-disciplina da instituição, se vocês quiserem, e, de outro lado, um conjunto biológico e estatal: a bio-regulamentação [sic] do Estado.

O controle da normalização disciplinar se volta à materialidade dos corpos e pela organicidade das instituições, enquanto que no biopoder a normalização é direcionada aos processos da vida e ao controle das condutas.

Fonseca, analisando Foucault, destaca que ele, em tal instante, focaliza os mecanismos disciplinares, então já existentes, para uma perspectiva mais ampla da biopolítica:

> o biopoder não se constitui numa forma de poder independente do poder disciplinar, mas é integrado por este último. Em torno das disciplinas do corpo e das regulações das populações é que teria se organizado um mecanismo de poder sobre a vida. Mecanismo que não agiria pela despesa, pela interdição, pela imposição da morte, mas que se concretizaria pelo investimento sobre a vida e seus fenômenos, mecanismo que teria no “corpo vivo” e na “vida enquanto processo” seus dois vetores principais (FONSECA, 2002, p. 200).

Complementando tal entendimento, constata-se que o campo biológico foi dominado pelo Estado, como forma de atuação social:

> o investimento da bio-política [sic] sobre a vida se faz por meio do exercício normalizador, pela inclusão/exclusão de indivíduos e grupos nos processos econômicos, pelo ajustamento dos corpos aos aparelhos de produção, por meio de novas estratégias de gestão e administração de recursos, do capital, dos meios de produção, procedimentos e métodos de intensificação e majoração das forças produtivas, que naturalmente incidem também sobre as forças do corpo. Todo esse grande agenciamento incluía tanto o corpo global

> da população como os corpos dos indivíduos, na forma de um bio-poder [sic] que constituiu um elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo (GIACÓIA JUNIOR, 2005, p.622).

Nessa atuação social vem a ocorrer a luta entre a proteção da vida e seu "inimigo", em que a polícia vem a se confundir de certa forma com a política, podendo se falar em um verdadeiro estado de exceção no qual se encontra o "inimigo", submetido a um ordenamento diverso dos demais, excluído do todo do qual faz parte.

A sociedade da era moderna, do pós-fordismo, é uma sociedade controlada pelo biopoder e pela biopolítica, a qual encontra como forma de controle social a Criminologia da Vida Cotidiana ou Atuarial, já citada anteriormente nesse texto, a qual substitui o social pelo econômico, com a identificação de grupos inteiros considerados inimigos da ordem social, vistos como a multidão, e que deve sofrer neutralização, ocorrendo uma gestão do risco que oferecem aos demais indivíduos, uma vez que se admite a insuficiência do Estado no controle criminal e social. Tal forma de criminologia tem por enfoque situações e atitudes propícias ao comportamento criminoso, e não mais à questão da culpa em condutas já praticadas.

Trata-se, por assim dizer, de uma forma de atuação do biopoder, que pode atuar em diferentes campos e momentos do mundo atual, e que se fundamenta em dados estatísticos, os quais elencarão os normais e os que devem ser excluídos.

Deve ocorrer um controle sobre a vida e sua manutenção, com privilégio do grupo em detrimento dos que não se enquadram nele. Aqui se encaixam aqueles que estão fora do mercado de trabalho e de consumo, tendo em vista a grande quantidade de mão-de-obra, a qual gera um grande número de classes sem qualquer tipo de poder aquisitivo, as subclasses (ou os inimigos). Quem se sobressai são os com maior qualificação e poder econômico, e que são aqueles que o poder fará viver.

A criminologia da vida cotidiana se manifesta não apenas na forma de transferir responsabilidades, mas também em novas formas de políticas de intimidação, voltada para o aspecto prático: crime é visto como algo normal, decorrente de comportamentos da vida econômica e social da atual sociedade, não se exigindo uma predisposição ou anormalidade psicológica.

Os riscos devem ser calculados de forma agregada dos crimes, sendo um novo entendimento do crime e de como agir com medidas preventivas. O crime passa a ser visto sob uma ótica institucional, em uma perspectiva social e econômica, não tendo relação com aplicação da lei.

O controle social se dá então nesse sentido, diminuindo ou até excluindo direitos dos

menos favorecidos, sendo que com isso não coloca fim em sua vida de forma direita, mas o deixa morrer na forma de omissão. Essa é, aparentemente, a biopolítica atual.

3 PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Conceito de prisão

Grande parte da doutrina tem conceituado a prisão como sendo a privação da liberdade de locomoção ou do direito constitucional de ir e vir. Renato Brasileiro de Lima (2012) lembra a origem da palavra prisão, provém do latim *presionae*, que vem de *prehensione*, que significa prender.

Segundo Magalhães Noronha (2002) a expressão prisão é uma fonte de confusões, pois, tanto pode designar a prisão pena como a prisão realizada antes do julgamento do processo criminal.

Já Nucci (2011) tratou do conceito de prisão como sendo a privação da liberdade, através do recolhimento e faz a distinção utilizando as codificações, entendendo que o código penal trata da prisão decorrente de uma sentença condenatória, enquanto que o direito processual penal trata da prisão cautelar e provisória.

O fato é que a prisão não deixa de ser uma forma de segregação, de privação da liberdade do ser humano, podendo ocorrer, na esfera penal, pelo cometimento, "em tese", de uma conduta típica definida como crime ou delito, seja por uma circunstância flagrancial nos moldes do art. 302 do Código de Processo Penal, seja por uma ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judiciária, como no caso das prisões preventivas e temporárias, de acordo com o art. 5º, inciso LXI da Constituição da República Federativa do Brasil, ressaltando que estas modalidades são chamadas de prisões cautelares, pois, inexiste sentença penal condenatória.

3.2 **Prisões Cautelares**

Prisões cautelares podem ser conceituadas como segregações antecipadas, onde o indiciado ou o réu perde a sua liberdade, seja em razão de uma circunstância flagrancial ou por determinação da autoridade judicial, para garantir a eficácia da investigação preliminar ou da instrução processual. Com efeito, se considera antecipada, porque inexiste sentença penal condenatória transitada em julgado.

Sanguiné (2014, p. 1) afirma:

> A prisão cautelar é uma das instituições mais polêmicas do sistema penal, constituindo, na maioria dos países, um dos problemas mais difíceis e críticos do processo penal, no qual colidem com extraordinária intensidade o interesse do Estado em garantir a efetividade do processo penal e os direitos fundamentais do acusado, em particular, o direito à sua liberdade pessoal.

A par disso, ressalta-se que a natureza da prisão cautelar é agressiva justamente pelo fato de se perder antecipadamente a liberdade de locomoção, antes do julgamento final do processo, muitas vezes em fase de investigação preliminar, onde sequer existe a ampla defesa e o contraditório, já que o sistema que norteia o inquérito policial é o inquisitório.

Ademais, a Constituição Federal (1988) adotou como princípio a presunção de inocência ou não culpabilidade, sendo que o tratamento que deve ser dispensado ao réu ou indiciado é o de inocente independentemente da acusação. Contudo, vemos um grande número de pessoas segregadas antecipadamente, ficando presas em locais totalmente insalubres e muitas vezes desrespeitando o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, mas sendo consideradas inocentes pela lei.

Sobre este problema assevera Lopes Jr. (2014, p. 803):

> É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois, sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, pois, decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro.

Sobre as espécies das prisões cautelares, leciona Lima (2012, p. 68):

> Prisão cautelar, provisória, processual ou sem pena: tem como subespécies a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária. Com a reforma de 2008 (Lei 11.689/2008 e a Lei 11.719/2008), foram expressamente extintas as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, outrora prevista como espécies autônomas de prisão cautelar.

O mesmo autor salienta que a prisão cautelar é decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações e também da ação penal. Com efeito, como o próprio nome sugere, se a prisão é cautelar, esta cautelaridade é para alguém ou algo e se não é para o réu que perde seu direito a liberdade, só poderá ser para o Estado como forma de prevenção social.

Assim, com a reforma processual penal ocorrida em 2011, temos hoje como prisões provisórias ou cautelares a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária, sendo as duas primeiras decorrentes do próprio Código de Processo Penal em seus artigos 301 e 311 e a última através de legislação especial, Lei 7.960/89. As antigas prisões provisórias decorrentes de sentença de pronúncia e sentença penal condenatória foram suprimidas pela lei.

3.2.1. **Prisão em flagrante**

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2011) a palavra flagrante deriva do latim *flagrans, flagrantis*, significando que está queimando, que está ardendo, por isso, a expressão flagrante delito quer dizer que o crime está sendo cometido naquele momento.

Com isso, a prisão em flagrante ocorre no momento em que o crime ou delito está acontecendo, acaba de acontecer, existindo perseguição e também caso o autor do fato delituoso seja encontrado em situação fática que se possa presumir ter realmente cometido a infração penal. Por isso, parte da doutrina tem se referido ao flagrante como sendo a certeza visual do crime.

Renato Brasileiro de Lima (2012) a define como sendo uma medida de autodefesa da sociedade, resultante da segregação cautelar daquele que é surpreendido nas hipóteses de flagrância e lembra a desnecessidade da ordem judicial. O art. 302 do Código de Processo Penal enumera as quatro situações em que ocorre a situação flagrancial:

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

A doutrina denominou os dois primeiros incisos como flagrante próprio, o terceiro inciso como impróprio ou quase flagrante e o quarto como presumido. Importa salientar que nestas hipóteses qualquer um poderá prender quem quer que esteja em flagrante delito, conforme prevê o art. 301 do diploma processual penal, sendo que inexiste obrigatoriedade por parte das pessoas, contudo, com relação às autoridades, existe ai uma obrigação para com o seu dever.

Sobre este aspecto lembra Lopes Jr. (2017, p. 822) que: “o flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial”.

Após a prisão em flagrante ser devidamente lavrada pela autoridade policial, será realizada a colheita do depoimento da vítima, condutor, testemunhas e também do próprio acusado, que poderá se reservar ao direito de prestar seus esclarecimentos em juízo, não podendo sofrer nenhum tipo de represália em razão desse fato. Este direito é assegurado pela própria Constituição, art. 5º, inciso LXIII.

Ademais, possui o direito de ser acompanhado por advogado devidamente inscrito nos quadros da OAB, bem como ter a sua prisão comunicada aos seus familiares e ter a sua integridade física e mental assegurada pelo Estado, bem como ter a sua prisão comunicada ao Juiz de direito para que faça de acordo com o que estabelece a lei, as medidas que achar necessárias, dentro do que dispõe o art. 310 do Código de Processo Penal.

> Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:
> I - relaxar a prisão ilegal; ou
> II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
> III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.
> Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Importa destacar que se deve tomar cuidado com esta espécie de prisão, já que excepcional e consubstanciada na necessidade e urgência elencada no art. 302, conforme afirma Lopes Jr. (2012, p.823):

> A prisão em flagrante está justificada nos casos excepcionais, de necessidade e urgência, indicados taxativamente no art. 302 do CPP e constitui uma forma de medida pré-cautelar pessoal que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade.

Igualmente, ainda pode ser entendida como sendo uma espécie de prisão pré-cautelar, conforme leciona Banacloche Palao (1996, p. 292):

> O flagrante – ou *la detención imputativa* – não é uma medida cautelar pessoal, mas sim, pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar.

3.2.2. **Prisão preventiva**

A segunda modalidade de prisão cautelar brasileira é denominada prisão preventiva e essa prevenção nasce da necessidade estatal de encarcerar o investigado ou denunciado, através de critérios legais que entende adequado aos casos em concreto.

Trata-se de medida extrema, pois, aqui inexiste uma situação flagrancial, excepcionando-se a conversão pelo magistrado da prisão em flagrante em preventiva, hipótese em que fará a análise dos requisitos e pressupostos da prisão preventiva necessária à conversão.

Renato Brasileiro de lima (2012, p. 247) a conceitua da seguinte forma:

> Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações e processo criminal (nesta hipótese também poderá ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).

Rogério Sanches Cunha (2011, p. 148) ensina:

> O art. 313 do CPP prevê as condições em que se admite a prisão preventiva (condições de admissibilidade), selecionando crimes que, por sua natureza, quantidade da pena máxima em abstrato, condições pessoais do agente ou qualidades da vítima, são compatíveis com a custódia cautelar preventiva.

Os requisitos e pressupostos para a conversão de uma prisão em flagrante em preventiva, bem como para o seu decreto, se encontram presentes no art. 312 do Código de Processo Penal:

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Pode-se afirmar que o coração da prisão preventiva é o artigo acima citado, pois, ele enumera os requisitos que são a garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, bem como os pressupostos que são a existência da prova do crime e os indícios suficientes de autoria. Note-se com relação aos pressupostos que não é necessária a prova para autoria delitiva, contudo a materialidade seja direta ou indireta deverá estar comprovada. A doutrina também conceitua os requisitos para a medida constritiva da liberdade individual.

Importante é a lição de Aury Lopes Jr. (2012), onde critica as transmissões equivocadas do processo civil para o processo penal entendendo ser totalmente inaplicáveis as expressões *fumus boni iures* e *periculum in mora* também constantes para a decretação da

prisão preventiva e afirma que as expressões corretas são o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Com relação aos requisitos para a decretação da prisão preventiva do art. 312 do Código de Processo Penal, podemos resumidamente, conceituá-los da seguinte forma:

Garantia da ordem pública – Em que pese às críticas corretas por parte da doutrina quanto ao que vem ser este requisito, pois, como salienta Renato Brasileiro de Lima (2012) é extremamente vaga e indeterminada, tem-se entendido que este requisito coexiste com a gravidade da acusação, corroborado com o clamor da sociedade e o risco iminente do autor do crime em praticar novos delitos, ou seja, dentro do chamado *periculum libertatis.*

Garantia da ordem econômica – Instituído no Código de Processo Penal através da Lei nº 8.884/94, a chamada lei antitruste, o objetivo de tal requisito é garantir o livre comércio, evitando a formação de cartéis e também crimes que atentam contra a ordem econômica.

Conveniência da instrução criminal – O terceiro requisito é voltado à situação que o réu ou investigado estando em liberdade poderá coagir testemunhas, sumir documentos, atrapalhar na produção da prova, enfim, evita-se que haja uma espécie de tumulto na investigação ou processo que poderia por em risco a verdade real fática.

Aplicação da lei penal – Neste último requisito existe um temor por parte do Estado de não conseguir aplicar o seu *jus puniendi*, pois, nesta hipótese o réu ou investigado poderia se evadir para outra cidade, estado ou país e com isso ficaria impune da condenação eventual. Note-se que tal requisito chega a ofender o princípio constitucional da presunção de inocência, pois, se prende uma pessoa com medo que ela fuja e sequer se sabe se será a mesma condenada com sentença penal transitada em julgado.

A prisão preventiva se tornou tão importante no Brasil que o juiz ao proferir sua sentença penal deverá dar ou não ao condenado o direito de apelar em liberdade e para isso, utilizará os pressupostos e requisitos da medida extrema. Assim, se pode afirmar como regra geral que os elementos da prisão preventiva mantêm ou não alguém segregado no país.

Neste diapasão ensina Sanguiné (2014, p. 106):

> A prisão preventiva (art. 311 e ss. do CPP) é a modalidade mais importante de privação antecipada da liberdade pessoal, não só por sua maior abrangência, mas também porque seus fundamentos servem de pressupostos a todas as demais espécies de prisões cautelares. Por exemplo, a decretação judicial da custódia cautelar deve atender, mesmo na Justiça castrense, aos requisitos previstos para a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP.

3.2.3. **Prisão temporária**

A prisão temporária se encontra normatizada na Lei 7.960/89, sendo regida pelo princípio da especialidade. Contudo, com o advento da Lei 12.403/11, que alterou vários dispositivos processuais penais, relacionados a prisão, alguns aspectos merecem ser destacados.

Aury Lopes Jr. (2012) entende ser possível a aplicação do art. 282 do Código de Processo Penal à prisão temporária nos requisitos de necessidade e adequação da medida constritiva de liberdade.

Com efeito, a prisão temporária existe apenas para uma finalidade que é garantir a investigação preliminar, ou seja, é uma prisão que só pode ser utilizada na fase de inquérito policial.

Aury Lopes Jr (2012, p. 876) leciona:

> A prisão temporária está prevista na Lei 7.960/89 e nasce logo após a promulgação da Constituição de 1988, atendendo à imensa pressão da polícia judiciária brasileira, que teria ficado "enfraquecida" no novo contexto constitucional diante da perda de alguns importantes poderes, entre eles o de prender para "averiguações" ou "identificação" de suspeitos.

O artigo primeiro da referida lei trata das três hipóteses de cabimento da prisão que são: quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes elencados na própria lei.

Assim, a prisão temporária só poderá ser decretada em uma das situações acima transcritas e nos crimes constantes na lei, pois se trata de rol taxativo e não exemplificativo. O prazo da prisão elencado no art. 2º da lei é de cinco dias prorrogado por igual período, ou seja, uma única vez, através de decisão fundamentada e motivada do juiz de primeiro grau. Caso se trate de crimes hediondos ou equiparados o prazo da prisão temporária se estende para 30 dias, prorrogável uma única vez, conforme constante no §4º do art. 2º da Lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos).

Ademais, por ser a única prisão que dispõe de um prazo predeterminado para sua manutenção, voltado à fase preliminar de investigação, no final desse prazo, caso a medida não seja efetivada como prisão preventiva, deverá o indiciado ser colocado em liberdade imediatamente, sob pena de sofrer constrangimento ilegal em seu direito de ir e vir, podendo ser impetrado ordem de habeas corpus, em seu favor por se tratar de coação ilegal e total agressão no seu direito de liberdade.

4 RELAÇÃO ENTRE O SUPLÍCIO DE MICHEL FOUCAULT E AS PRISÕES CAUTELARES NO BRASIL

Estamos em 2015 e não temos mais os suplícios nos moldes citados e explanados por Foucault em seu livro Vigiar e Punir: nascimento da prisão, pelo menos não regulamentados pelos detentores do poder, pois, tem-se visto exemplos de suplícios públicos, mas, realizados pela própria sociedade com linchamentos e agressões a pessoas acusadas de cometimento de crimes ou delitos independentemente da gravidade.

Contudo, o Estado até então detentor do *poder punitivo*, mesmo não tendo mais o suplício como mecanismo de demonstração de poder coletivo, já que usa o biopoder, possui outro meio que é a privação da liberdade, esta utilizada de maneira individual.

O cerceamento da liberdade do ser humano nos moldes e características do panóptico de Jeremy Bentham é uma das formas de demonstração de poderio estatal e tem na prisão cautelar ou antecipada sua forma mais gravosa, pois, se prende sem ter a certeza necessária de que aquele agente cometeu o crime.

No suplício de Foucault a dor, o sofrimento e a humilhação só eram aplicados, depois que fosse proferida a sentença, sendo que ela poderia até mesmo ser abrandada ou modificada. No Brasil, através de indícios de cometimento de delitos as autoridades prendem cautelarmente o ser humano, chamam a imprensa, lembrando a ostentação do suplício e determinam que aquele agente é um risco à convivência social.

Com isso, o Estado consegue demonstrar sua relação e todo o seu poderio mostrando a população que o mesmo é o detentor do "poder" de punir e ainda passa aquela imagem, como no suplício de que se fez justiça.

Prisões em flagrantes sendo realizadas de qualquer maneira e sem sequer indícios de autoria e sendo amplamente convertidas em prisão preventiva pelos magistrados, banalizando as prisões para demonstrar este poder de controle social individual.

Um artigo divulgado no site consultor jurídico abordando o tema traz importantes dados para reflexão:

> A maioria dos juízes, ao analisar casos de prisão em flagrante, opta por determinar a detenção preventiva, aponta o estudo *SOS Liberdade*, produzido pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa com o intuito de sondar o impacto da Lei 12.403/11 (Lei das Cautelares) nas decisões judiciais em São Paulo.
> Segundo a pesquisa, de 344 decisões judiciais analisadas, 171 converteram a prisão em flagrante em prisão preventiva (49,71%), 154 aplicaram medida

> cautelar alternativa à detenção (44,77%) e em 18 casos o acusado foi colocado em liberdade plena (5,23%).
> O argumento mais utilizado para fundamentar a prisão preventiva, ainda de acordo com o levantamento, é a garantia da ordem pública (36%), seguido da conveniência da instrução criminal (29%) e aplicação da Lei Penal (19%).
> Após a denúncia ser oferecida e o processo encaminhado para o fórum criminal da Barra Funda, dos 171 casos de prisão preventiva, 57 tiveram a medida mantida (33,33%). A liberdade provisória sem fiança foi concedida em 32 ações (18,71%) e medida cautelar alternativa à detenção em 17 (9,94%).
> Para sustentar a decisão, o Judiciário alegou, entre outros motivos, a existência de antecedentes criminais ou reincidência (16%); falta de vínculo com o distrito de culpa (7%); personalidade voltada à prática delitiva; ausência de ocupação lícita (6%); e indícios da autoria e materialidade do delito (6%) (LEE, 2014).

Esses dados só comprovam o fenômeno da banalização da prisão cautelar e a falsa imagem de cometimento de justiça com ostentação, igual, guardadas as devidas proporções, ao sistema do suplício, não na pena, mas na forma de controle e demonstração de poder individual.

Atualmente, até o fato de reivindicação de direitos nas ruas, pode ser considerado crime e as pessoas, os manifestantes insatisfeitos com a gestão governamental podem ser presos cautelarmente e acusados de cometimento de infração penal. Professores, artistas plásticos, atores, estudantes entre outros.

Vale lembrar que somos regidos por uma Constituição Federal que determina e traz em seus princípios e fundamentos a liberdade como regra e a prisão como exceção. Contudo, na prática ocorre justamente o contrário, com a prisão cautelar sendo utilizada como forma de controle de poder estatal individual e a liberdade em segundo plano.

Assim, facilmente é visível as características colocadas por Foucault no suplício como forma de controle e poder individual através das prisões cautelares. Dor e sofrimento no corpo no suplício, dor e sofrimento no corpo com a perda do direito de locomoção e liberdade estando em ambientes totalmente insalubres, com número excessivo de pessoas, com péssima alimentação e higiene;

No suplício tudo era devidamente calculado como o número de açoites ou o tempo na roda, dentro da legalidade da época. Na prisão cautelar também é dentro da legalidade, contudo, não tem prazo para sua conclusão podendo o ser humano ficar anos preso sem sentença ou julgamento.

Nele também há ostentação do poder com a sociedade presenciando os atos em praça pública e a falsa noção de que se fez justiça. Na prisão cautelar são divulgadas as imagens das pessoas à imprensa e esta, acionada para divulgar a matéria em todos os meios de

comunicação possível e se passa à sociedade a falsa ideia de justiça. Portanto, o sistema de controle social e demonstração de poder denominado suplício guarda fortes características com o sistema ou forma de poder estatal denominado prisão, em sua forma mais agressiva a prisão cautelar.

Com isso, para Foucault, o Estado utiliza o biopoder como forma de exercer o seu controle sobre a sociedade coletivamente e usa a prisão para o controle individual. Notadamente, a prisão cautelar agride não só o direito fundamental a dignidade humana, mas principalmente a liberdade.

Ademais, é necessário trazer pelo menos uma definição do que pode ser considerada dignidade da pessoa humana, de modo que se optou pela conceituação elencada por Sarlet (2001, p. 60):

> Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A partir de tal conceituação é imprescindível destacar que este princípio de direito fundamental e constitucional deve também se fazer presente nas questões que versam este trabalho, em especial às prisões cautelares.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O suplício mostrado por Foucault como aplicação da pena é mais do que uma forma desumana de se impor uma sanção penal, mas é um sistema, pensado, dentro de uma legalidade e interessante como sistema de controle e demonstração de poder do Estado.

Obviamente que os tratos com os seres humanos na aplicação das penas eram cruéis, dolorosa, humilhantes, destrutivas e devem ser eternamente repudiadas. Mas o objeto de estudo e discussão do presente artigo não foi esse, mas sim uma análise entre o suplício do ponto de vista de sistema de controle social e demonstração de poder na época e as suas semelhanças com o sistema das prisões cautelares na atualidade como forma de controle individual.

Vimos que por mais estranho que possa parecer num primeiro momento, as semelhanças existem, de acordo com o que Michel Foucault traz nos dois primeiros capítulos

de vigiar e punir, relacionados com o suplício. Principalmente no capítulo II, em que o autor traça as características do sistema, como sendo as penas impostas dessumas, cruéis, infamantes, em praça pública na presença da sociedade para dar publicidade ao ato e principalmente para passar a imagem que a justiça foi feita nos moldes que eles entendiam na época do conceito de justiça.

Em que pese a prisão cautelar não ser uma prisão pena, o sistema que a molda é muito parecido com o sistema do suplício como forma de controle e demonstração de poder estatal individual.

Com efeito, hoje a regra é a prisão cautelar, ou seja, a prisão por antecipação, mesmo não tendo a certeza de que a pessoa cometeu o ilícito penal e em que condição possa ter cometido. O sistema repressivo e inquisitivo é para prender.

Com isso, se retira do ser humano por antecipação sua liberdade, mas não antes de dar publicidade ao ato, chamando a imprensa e divulgando em todos os meios de comunicação existentes a exposição de sua imagem. Não se precisa mais ir até a praça, pois, da sua casa ou do seu smartphone é possível ter acesso a esta informação.

Depois, o acusado é levado para um lugar onde os mínimos direitos inseridos no princípio da dignidade humana inexistem e lá será deixado muitas vezes por muito tempo até que um dia possa ser julgado. Mas se passa a falsa imagem à sociedade de que se fez justiça.

Assim, se identificam semelhanças entre os dois institutos quando são colocados, sob o ponto de vista do controle social e demonstração de poder, no caso da prisão controle individual.

Ademais, vimos que o biopoder também é utilizado como forma de controle social, mas diferentemente da prisão atinge a coletividade, tendo passado a prisão e entre elas as cautelares como forma de controle individual, tão grave quanto a outra já que retira do indiciado ou réu a sua liberdade antes mesmo de ser julgado.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

BANACLOCHE PALAO, Julio. *La Libertad Personal y sus Limitaciones*. Madrid, Mc Graw Hill, 1996, p. 292

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.10 ed. **Código 3em 1 Saraiva:** Penal, Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. 10 ed. **Código 3em 1 Saraiva:** Penal, Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2014.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

_____. **Nascimento da biopolítica**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

_____. **Segurança, território, população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008 b.

_____. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. **Direitos humanos e bio-poder**. In: XIV ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DE CONPEDI, 2006, Marília/SP. **Anais**... São Paulo:Marília, 2006. p.619.

GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. A construção do saber jurídico no século. In: XXI **Anais do XIV ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DE CONPEDI**:. Florianópolis: Fundação BOITEUX, 2005, p. 620.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEE, Bruno. Em caso de flagrante, maioria dos juízes opta pela prisão preventiva. **Revista Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2014-jul-28/flagrante-maioria-juizes-opta-prisao-preventiva>. Acesso em: 06 março 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Jus Podivm, 2012.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.