

CAPÍTULO VIII

DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA AO GARANTISMO PENAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL

A revolta nasce do espetáculo da desrazão diante de uma condição injusta e incompreensível. Mas seu ímpeto cego reivindica a ordem no meio do caos e a unidade no próprio seio daquilo que foge e desaparece. (CAMUS, Albert. *O homem revoltado*. Tradução: Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro: Record, 2013, p. 21.)

*Gabriela Lima Andrade*¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Poder punitivo e prisão sem sentença; 3. Prisão preventiva e presunção de culpabilidade: a ampliação do estado de insegurança; 4. A ordem pública como fundamento para decretação de prisão preventiva: a juridicização da opinião pública (ou publicada); 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: A institucionalização do poder punitivo comumente ignora a tendência de construção política do Direito Processual Penal invertendo totalmente a função protetiva teoricamente atribuída a este mecanismo. Considerando-se que a ciência se constrói a partir de uma relação dinâmica entre a razão daqueles que a praticam e a experiência que surge na realidade concreta, a hipótese da presente pesquisa é de que, há, no discurso judicial, a manifestação inequívoca das intenções do encarceramento cautelar como

¹ Pós-graduanda em Direito e Magistratura pela Escola de Magistrados da Bahia (EMAB) em convênio com a Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Monitora do Grupo de Pesquisa Transdisciplinar em Processo e Ciências Criminais do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP) / Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas (CEPEJ/UFBA). Advogada.

antecipatório dos efeitos de uma pena e, conseqüentemente, do caráter visceralmente político da punição. Nesse sentido, o objetivo deste estudo é discutir, a partir dos referenciais teóricos da Criminologia Crítica e do Garantismo Penal e por intermédio do método hermenêutico-dialético, de Maria Cecília de Souza Minayo, a banalização da prisão preventiva, especialmente reconhecida nas justificativas da tutela da ordem pública.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Cautelar. Poder Punitivo. Criminologia Crítica. Garantismo Penal.

ABSTRACT: The institutionalization of punitive power often ignores the political construction trend of Criminal Procedure fully reversing the protective function theoretically attributed to this mechanism. Considering that science is constructed from a dynamic relationship between the ratio of those who practice and the experience that arises in concrete reality, the hypothesis of this research is that there is, in judicial speech, the clear statement of intentions the precautionary incarceration as anticipatory effects of a sentence and hence the viscerally political character of punishment. In this sense, the aim of this study is to discuss, from the theoretical framework of Critical Criminology and Criminal Guaranteeism and through the hermeneutic-dialectic method of Maria Cecília de Souza Minayo, the trivialization of precautionary prison, the trivialization of probation, especially recognized in the justifications of public order protection.

KEYWORDS: Precautionary Prison. Punitive power. Public Order. Critical Criminology. Criminal Guaranteeism.

1. INTRODUÇÃO

O conhecimento não se inicia somente a partir de fatos ou números, mas, principalmente, da existência de um problema (POPPER, 1978, p. 14). No caso do presente artigo, a significância

do problema é proporcional aos números que lhe envolvem: o Brasil é o quarto país com maior número absoluto de encarcerados no mundo². A cada cem mil brasileiros, cento e quatro estão presos provisoriamente³. Em razão dessa realidade, dentre as diversas indagações suscitadas a partir do problema, são questionados os fundamentos inerentes à própria custódia cautelar, teoricamente justificada por finalidades estritamente instrumentais e processuais. No entanto, a vagueza e a imprecisão do principal argumento utilizado desenfreadamente pelas agências judiciais para decretar a prisão preventiva – a tutela da *ordem pública*, requisito previsto no Código de Processo Penal – levam à abertura e à carência de sólidos critérios dos métodos e conceitos que comumente fundamentam a contrição cautelar de sujeitos presumidamente inocentes.

Nesse sentido, a presente pesquisa pressupõe o diálogo teórico existente entre o Garantismo Penal, encabeçado por Luigi Ferrajoli, e a Criminologia Crítica, principalmente sob a perspectiva de Raúl Zaffaroni e Nilo Batista. O objetivo da utilização de tais referenciais é estudar, na medida de suas convergências conceituais, a forma de funcionamento do controle punitivo brasileiro e os discursos jurídico-penais que legitimam a contenção cautelar dos

² Disponível em: http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em: 01 de dez. de 2014.

³ Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/midia/noticia/26505-pragmatismo-politico-como-reverter-o-quadro-de-superpopulacao-de-presos-no-brasil>> Acesso em: 14 de nov. de 2014.

criminalizados. Tendo em vista que o marco teórico deve ser considerado desde a problematização inicial (GUSTIN, DIAS, 2013), o objetivo de manusear o Garantismo Penal como um dos referenciais teóricos é o de evidenciar o real papel das agências judiciais: conter o poder punitivo (FERRAJOLI, 2014). No entanto, tais agências ampliam o espaço do exercício deste poder quando optam por manter as prisões cautelares através de critérios não instrumentais, como a ordem pública.

Além disso, a partir do referencial da Criminologia Crítica, busca-se demonstrar a real tarefa do direito penal, no sentido de compreender a legitimação das decisões das agências judiciais através da própria limitação das manifestações do poder punitivo (ZAFFARONI, 2008). Assim, pretende-se esclarecer qual processo penal tem-se como norte, além de pontuar brevemente os danos causados pela sociedade de risco (BECK, 2009) que legitima a prisão preventiva assentada na tutela da ordem pública, sinalizando os problemas existentes na complexa relação entre o poder punitivo e ampliação da insegurança. Nesse ínterim, destaca-se como a tutela de políticas preventivas por intermédio do direito penal e processual penal amplia notoriamente a incidência das doutrinas de defesa social, tipicamente caracterizadas pelos modelos de periculosidade individual ou coletiva (CARVALHO, 2013) que, sobretudo,

motivam a súplica pública pela prisão preventiva como solução para quaisquer conflitos delitivos.

2. PODER PUNITIVO E PRISÃO SEM SENTENÇA

Dentre os grandes padecimentos do poder punitivo no Brasil, indubitavelmente, está o exorbitante número de encarceramentos provisórios. Segundo diagnóstico do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2014, o número de presos provisórios no sistema equivale a 41% da população carcerária brasileira⁴. Conforme propõe a Criminologia Crítica, discorda-se da postura de aceitação inquestionável do Código Processual Penal e da aplicação subsuntiva da previsão do diploma legal. Desta forma, a referida linha teórica está pautada na construção política do Direito Penal e, por que não, Processual Penal: “Como teoria crítica, cabe-lhe a tarefa de fazer parecer o invisível” (BATISTA, 1990, p. 32). Conseqüentemente, o seu objetivo é verificar funcional e estruturalmente o desempenho prático do sistema penal com vistas aos instrumentos formais de controle social a fim de compreender o discurso penal disciplinado por uma sociedade de classes historicamente determinada (BATISTA, 1990).

⁴ Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 01 dez. de 2014.

Portanto, para entender os discursos jurídico-penais que legitimam a prisão preventiva, a institucionalização do poder punitivo em sede de cautelar deve ser estudada em associação direta à seleção criminalizante existente em tal processo com vistas ao caráter visceralmente político da punição⁵. Sob esta lógica, Zaffaroni investiga a criminalização seletiva a partir da diferenciação entre a criminalização primária, consubstanciada na elaboração das leis penais, ou seja, o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas, e a criminalização secundária, que é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas (ZAFFARONI, 2008). Em geral, são as agências políticas (parlamentos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (ZAFFARONI, 2008), poder que corresponde basicamente às agências policiais.

Zaffaroni expõe que, no contexto da orientação seletiva, todas as assertivas do tipo “a prisão preventiva não é uma pena” ou “as penas mais graves diminuem o número de delitos” a respeito da realidade do comportamento humano não são submetidas à

⁵ Vera Regina de Andrade reconhece a politicidade do mecanismo punitivo, identificando-o no marco das Criminologias Críticas. A propósito, ANDRADE apud WEBER, 1979, p. 17: O monopólio da violência legitimada pela legalidade é o que caracteriza o aspecto especificamente político da dominação numa sociedade territorialmente demarcada. A pena é o núcleo do exercício do poder. (ANDRADE, 2012).

verificação (ZAFFARONI, 2008). No entanto, costuma-se considerá-las verdadeiras no Direito Penal sem esse requisito elementar de relativa certeza científica, inclusive utilizando-as como próprio fundamento do discurso e não como mero complemento periférico. Esta é a melhor prova do erro metodológico consistente em “inventar dados sociais falsos como próprios do saber jurídico e refutar dados sociais verdadeiros argumentando que são sociológicos” (ZAFFARONI, 2008, p. 66). Assim, a consequência mais vendável da criminalização secundária é divulgada pela comunicação social: a prisonização. Através desta é dissipada socialmente a ideia de que as prisões são povoadas por autores de fatos graves, como homicídios e estupros, quando, na verdade, a maioria esmagadora está presa por obras pouco complexas, com fins lucrativos (ZAFFARONI, 2008). No Brasil, tráfico de entorpecentes e crimes contra o patrimônio (furto, por exemplo) representam 75% destas prisões⁶. Nas palavras de Vera Malaguti, “se a política não tem como reduzir a violência que o modelo econômico produz, ela precisa mais do que de um discurso, precisa de um espetáculo” (BATISTA, 2011, p. 100).

Dessa forma, o fenômeno consubstanciado na *prisão como substituto do gueto* pode ser identificado nos padrões relacionais e nas formas culturais similares entre o gueto e a prisão

⁶ Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/midia/noticia/26514-ultima-instancia-sistema-carcerario-e-filtro-discriminatorio>>. Acesso em: 14 de nov. de 2014.

(WACQUANT, 2003). Ao comparar histórico-analiticamente o gueto e a prisão, Loïc Wacquant conclui que as duas organizações pertencem claramente a uma mesma classe: instituições de confinamento forçado. O gueto é um modo de “prisão social”, enquanto a prisão funciona à maneira de um “gueto judiciário”. Ambos têm por missão confinar uma população estigmatizada de forma a neutralizar a ameaça material e/ou simbólica que ela faz pesar sobre a sociedade da qual foi extirpada (WACQUANT, 2003). Quando se observa a seleção da população criminoso, portanto, é possível reencontrar os mesmos sintomas de interação e poder que visualizamos na própria estrutura social (BARATTA, 2011). Por conta da concentração das atenções das forças policiais na prevenção e repressão aos grupos estigmatizados e anteriormente identificados por suas etiquetas, a fenda entre o rotulado e a comunidade se aprofunda (CASTRO, 1983). Além disso, na reconstrução da história da vida de encarcerados, todo evento passado, por mais fútil que seja, é reinterpretado como antecipatório das futuras tendências antissociais do delinquente (CENTURIÃO, 2000). Tudo isso conflui no que foi chamado de Criminologia da Reação Social e, consequentemente, no processo de criminalização (CASTRO, 1983).

À medida que o discurso jurídico legitima o poder punitivo sem restrições, negando-se a realizar qualquer esforço em limitá-lo, ele está ampliando o espaço para o exercício do poder punitivo pelos

sistemas penais subterrâneos (ZAFFARONI, 2008). Tal exercício, intensificado e ampliado pelo controle social, é nutrido pelo medo da criminalidade, que, por sua vez, busca solução nos rigores da repressão. A intervenção do sistema penal na satisfação do desejo punitivo como remédio para a criminalidade, no entanto, é uma alternativa “tão palpável quanto irreal” (KARAM, 1996). Sob o domínio do poder punitivo discricionário, a tutela da ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva é preenchida em cada ocasião por conteúdos mais arbitrários, o que perfaz, portanto, a real necessidade de analisar se a prisão preventiva para garantia da ordem pública tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que devem marcar e legitimar esse provimento, ou se é utilizada com função de prevenção, que de nenhuma maneira a prisão sem sentença está chamada a cumprir, já que desvirtua a sua própria natureza e assume contornos de verdadeira antecipação da pena (LOPES JR., 2013).

Em que pese a oposição entre Zaffaroni e Ferrajoli na essência das perspectivas e diagnósticos em relação aos problemas do sistema penal, tendo em vista a teoria deslegitimante do poder punitivo empreendida pelo primeiro, as eventuais divergências não são prejudiciais na diretriz das limitações do sistema penal. Para o jurista argentino, entender a pena a partir de um conceito agnóstico/negativo significa reduzir a punição a um mero ato de

poder que só tem explicação política. A fim de deter legitimidade, as agências jurídicas devem decidir limitando ou contendo as manifestações do poder próprias do estado de polícia em prol da sobrevivência do estado de direito (ZAFFARONI, 2008). Já para o Garantismo Penal, não só a democracia garante a luta pelos direitos, como a própria luta pelos direitos garante a democracia. Esta luta, quando exercitada coletivamente, é capaz de impedir as degenerações autoritárias, além de servir como próprio instrumento de defesa dos direitos violados.

A função garantista do direito consiste na minimização do poder e da violência, tanto privada quanto pública. Ou seja, não basta que exista um avançado sistema de garantias constitucionais para que os poderes sejam contidos e os direitos fundamentais postos a salvo. Simplificar a estrutura a este fim é o que Ferrajoli chamada de “falácia garantista” (FERRAJOLI, 2014). Salo de Carvalho aponta o ponto de convergência entre as teorias de Ferrajoli e Zaffaroni na construção de discursos sobre o limite da pena, que pode ser sustentada na perspectiva política de redução de danos causados pelas intervenções arbitrárias e desproporcionais. O autor estabelece a possibilidade de compreender “o garantismo penal como discurso e como prática voltada para a instrumentalização do controle e a limitação dos poderes punitivos” (CARVALHO, 2013, p. 169).

Segundo a concepção da epistemologia inquisitiva (ou antigarantista), o objeto de conhecimento e de tratamento penal, além do delito formalmente previsto, é o desvio criminal imoral ou antissocial e a pessoa do desviante, cujo delito é suficiente para justificar a punição (FERRAJOLI, 2014). Nesse contexto, a técnica que mais se propaga é a previsão de figuras como a ordem pública, de conteúdo elástico e indeterminado, idôneas para conotar, conforme Ferrajoli, em termos vagos ou valorativos, modelos globais de desvio, ao invés de indicar tipos empiricamente determináveis (FERRAJOLI, 2014). A prática comum de incluir a periculosidade do sujeito como um atentado à ordem pública e, dessa forma, decretar a prisão preventiva do indivíduo, por essência, se inclui em um dos tipos de execução da epistemologia inquisitiva. Assim, a garantia da presunção de inocência é minada pela tradição inquisitória, que, no caso da prisão preventiva, é marcada pela prévia contenção do agente que ainda é mero acusado, em nome da defesa social (MORAIS DA ROSA, 2006).

Nesse sentido, a tendência do modelo punitivo não é solucionar o conflito; é suspendê-lo, deixá-lo pendente no tempo⁷.

⁷ Houve um tempo em que a medicina se contentava em segregar o doente, sem curá-lo e sem procurar sanar as causas que produziam a doença. Assim é hoje a criminologia e o instituto da punição. Surge na sociedade um crime, que é apenas um dos sintomas dum mal que forçosamente deve grassar nessa sociedade. Que fazem? Usam o paliativo da pena, abafam o sintoma e considera-se como encerrado um processo. [...] Só haverá direito de punir quando punir significar o emprego daquela vacina de que fala Carnelucci contra o germen do crime. Até então seria

Parte-se da denúncia ao autoritarismo do período ditatorial para os aplausos à tortura e ao extermínio dos inimigos da ordem pública, traduzindo toda conflitividade social em punição (BATISTA, 2011). Obviamente, é possível que haja conflitos em que não exista uma solução viável ou culturalmente aceitável, exigindo-se uma resposta formal. Contudo, a mera suspensão desse conflito termina por flexibilizar as garantias e fortalecer o dogma da pena como solução por excelência para os conflitos humanos (ZAFFARONI, 2008). Mantendo-se nesse caminho, tem-se a pena de morte como destino final para todos os delitos, mas não porque com ela se obtenha algum convencimento, mas sim porque “esgota o catálogo de males crescentes com os quais se pode ameaçar uma pessoa” (ZAFFARONI, 2008, p. 128). Dessa forma, a redução do direito de punir a uma obrigação ou necessidade de punir cai na armadilha cognitiva que consiste em se opor ao abrandamento de penas, demandando penas aflitivas cada vez mais severas (PIRES, 2004). O efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos gera uma perversão inquisitiva do processo e torna-o a própria análise da interioridade da pessoa julgada ao invés de dirigir-se à comprovação de fatos objetivos (ZAFFARONI, 2008). Inevitavelmente, essa atividade gera a

preferível abandonar a discussão filosófica dum fundamento do direito de punir, e de cabeça baixa, continuar a ministrar morfina às dores da sociedade. (LISPECTOR, 1941).

degradação das verdades processual e empírica, intersubjetivamente controláveis, em claro convencimento íntimo e, portanto, irrefutável do julgador (FERRAJOLI, 2014).

Ou seja, se, para uma sentença condenatória, a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova daquela que forma o objeto do juízo, enquanto esta deve ser presumida desde o início (FERRAJOLI, 2014), quiçá para a privação cautelar da liberdade. Note-se que se faz imprescindível a análise dos fundamentos precisos utilizados para decretação da prisão preventiva (MORAIS DA ROSA, 2006). Essa necessidade se torna ainda mais criteriosa a partir de um conceito genérico como a ordem pública, tendo em vista a capacidade argumentativa em que pode ser compreendida a tutela de tal garantia com o fim de privar a liberdade do sujeito acusado, antes da existência de uma sentença condenatória. Assim, um argumento que pesa sobre o imputado a partir de uma presunção de periculosidade baseada numa suspeita de conduta criminosa é o mesmo que presumir a sua culpabilidade. Isto é, atribui-se à prisão preventiva a finalidade de uma pena e, concomitantemente, a priva das garantias asseguradas pelo devido processo legal, pressupostos para decretação de uma prisão-pena, antes que a causa do acusado seja ouvida, o que, nas palavras de Ferrajoli, equivale a “uma ilegítima pena sem juízo” (ZAFFARONI, 2008, p. 508).

3. PRISÃO PREVENTIVA E PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE: A AMPLIAÇÃO DO ESTADO DE INSEGURANÇA

Para além do retrocesso inquisitório da cultura penal oitocentista⁸, o legado da prisão preventiva perpetuou-se em todos os sistemas jurídicos europeus e, invariavelmente, foi apropriado pelo ordenamento brasileiro, consolidando-se nos códigos e cartas constitucionais (FERRAJOLI, 2014). Com a funcionalização do indivíduo em relação ao Estado, retratada fielmente pelo Fascismo, a presunção de inocência entrou em crise e a prisão preventiva foi amplamente legitimada, chegando a ser, no Código Rocco, hipótese de prisão obrigatória e automática (FERRAJOLI, 2014). Sob esse aspecto, Ferrajoli entende que o uso – e, como se vê, o abuso da prisão preventiva – é o esvaecimento de todas as outras garantias penais e processuais, já que a sua utilização recai na inevitável inutilização da presunção de inocência.

O principal interesse do Princípio da Presunção de Inocência é que todos os inocentes, sem exceção, sejam protegidos. Disso decorre a concepção de Ferrajoli de que, se os direitos dos cidadãos

⁸ O modelo processual da Inquisição dispensava a cognição e critérios objetivos, gerando uma subjetivação do processo que, de fato, o afastava da comprovação de fatos históricos, supostamente o objetivo por trás da ambição de verdade que o movia. (KHALED JR., 2006-2007, p. 109-132).

são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias, a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas a segurança fornecida aos cidadãos, pelo Estado, contra o próprio arbítrio punitivo (FERRAJOLI, 2014). Não há qualquer provimento jurisdicional ou mesmo político que cause mais insegurança do que o encarceramento de um indivíduo sem processo. Ou seja, a presunção de inocência configura a mais relevante expressão da liberdade no processo penal, já que envolve a tutela não só da segurança jurídica dos indivíduos, como a própria legitimidade da atuação do Poder Judiciário (DELMANTO JÚNIOR, 1998).

Ainda assim, a partir dos dados informados pelo Ministério da Justiça, por conta da presença de número maior de presos provisórios do que de condenados em vários estados brasileiros⁹, conclui-se que, se excluídos os presos provisórios do cálculo de déficit de vagas no sistema prisional, sobram vagas em cerca da metade desses estados¹⁰. Em que pesem as informações estatísticas apresentadas, que pressupõem critérios que ultrapassam objetivos político-econômicos, e da relevância da presunção de inocência,

⁹ Disponível em:

<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID2627128ED69E45C68198CAE6815E88D0PTBRNN.htm>>. Acesso em: 02 de dez. de 2014.

¹⁰ Disponível em:

<http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario_iv_-_o_problema_dos_presos_sem_julgamento_no_brasil2.pdf> Acesso em: 21 de set. de 2014.

ainda assim, comumente, indivíduos ficam presos nessas condições. E, apesar da institucionalização de alternativas diversas à prisão cautelar, previstas, por exemplo, pela Lei 12.403/2011 – que, nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, foi mais uma *tentativa* de salvar o sistema inquisitório brasileiro (COUTINHO, 2011) –, tais medidas são inutilizadas pelo uso sem freios da prisão preventiva.

No entanto, a utilização imoderada da prisão preventiva não é exclusiva do Brasil, tampouco dos países da América, ainda que a sua aplicação seja arbitrária e ilegal, apresentando-se como um problema realmente crônico em muitos países da região, tendo em vista a estrutura hierárquica excludente característica das sociedades latino-americanas (MAIA, COSTA, 2009). Entre os motivos para o excesso de uso da prisão preventiva na América, estão: retardo judicial, deficiências do acesso aos serviços de Defensoria Pública, existência de legislação que privilegia a aplicação da prisão preventiva, falta de mecanismos para aplicação de outras medidas cautelares, inversão do ônus da prova na aplicação da prisão preventiva, uso desmedido em casos de delitos menores e a extrema dificuldade em lograr a sua revogação (*INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS*, 2013). Quanto aos dados relacionados especificamente ao Brasil, este é o segundo da região, logo depois dos Estados Unidos da América, com a maior quantidade

de pessoas privadas de liberdade sob custódia das polícias estaduais (*INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS*, 2013). Em contrapartida, na Itália, 48% das pessoas privadas de sua liberdade assim o estão em sede de prisão cautelar (PASTOR, 2004). A situação é similar em quase todos os países do mundo (PASTOR, 2004). Para Jacinto Coutinho, a mentalidade dos órgãos jurisdicionais segue refletindo um senso comum teórico marcado pela moral popularesca imposta pelos meios de comunicação, o que transforma a figura do juiz em justiceiro, que engole, sem se dar conta, tal fenômeno. A prisão processual, portanto, serve como clara antecipação da pena e os juízes o fazem sem muito pudor, até que um órgão superior trate de cassar a ordem (COUTINHO, 2011), o que, muitas das vezes, tampouco ocorre. Segundo o jurista, quaisquer mudanças legislativas tendem a fracassar enquanto não formarmos uma cultura democrática no processo penal, fundada nas bases do sistema acusatório. Para que tal cultura democrática se forme, o juiz deve atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal e, assim, resolver a crise de legitimação do Poder Judiciário¹¹.

¹¹ Ilustrações sobre o poder de julgar: [...] o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juízes sob os olhos, e teme-se a magistratura, e não os magistrados. É até mesmo necessário que, nas grandes acusações, o criminoso, de acordo com a lei, escolha seus juízes; ou pelo menos que possa recusar um número tão grande deles que aqueles que sobram sejam tidos como de sua escolha. (MONTESQUIEU, 2000, p. 177).

Ferrajoli tem absoluta razão quando questiona se “a custódia preventiva é realmente uma ‘injustiça necessária’, ou se, ao invés, é apenas o produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, não obstante as virtuosas proclamações em contrário, presumido culpado” (FERRAJOLI, 2014, p. 512). A partir da presunção de culpabilidade do sujeito, argumenta-se pela necessidade de prisão preventiva através de fundamentos indeterminados, o que permite que a prisão preventiva, nas palavras de Odone Sanguiné, “cumpra funções encobertas, não declaradas, mas que desempenham um papel mais importante na práxis processual do que as funções oficiais propriamente ditas” (SANGUINÉ, 2003). Isto é, a utilização de argumentos duvidosos evidencia a desvinculação do juiz a qualquer condição objetiva preexistente, a partir de meros critérios de discricionariedade administrativa.

4. A ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA: A JURIDICIZAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA (OU PUBLICADA)

A prisão para garantia da ordem pública remonta argumentos nazifascistas para justificar a punição através de conceitos vagos e

desprovidos de qualquer referencial semântico (LOPES JR., 2013), o que recai na decretação de uma contrição cautelar fundamentada em uma opinião. Na Itália fascista, por exemplo, a política criminal era baseada em dois fatores: a maior severidade contra a delinquência em nome da defesa do Estado e dos interesses individuais e coletivos por este considerados merecedores de tutela; e a introdução de institutos, como a medida de segurança, destinados à prevenção do delito (DAL RI JÚNIOR, 2006). Tal política foi fundamentada na instrumentalização favorável a um rígido sistema de defesa social, em que os interesses gerais deveriam prevalecer sobre os particulares, através, inclusive, da possibilidade de emanar sanções limitadoras da liberdade pessoal dos suspeitos (DAL RI JÚNIOR, 2006). Igualmente, na Alemanha nazista, o magistrado não se encontrava totalmente vinculado às leis, o que autorizava o recurso ao “são sentimento do povo” para punir (FERRAJOLI, 2014).

Da mesma maneira, a subjetividade do conceito de ordem pública impossibilita o indivíduo de saber se a sua conduta, de fato, a viola ou não, o que é claramente inconciliável com o princípio constitucional da segurança jurídica. Segundo Ferrajoli, as medidas de ordem pública são, em suma, um conjunto heterogêneo de medidas atípicas. Ou seja, na sua utilização, não vige nem o princípio da estrita legalidade nem o princípio da submissão às garantias conexas da jurisdição (FERRAJOLI, 2014), já que pode produzir a

dissolução total das garantias, por tratar-se de denotação jurídica indeterminada, que se refere a contiguidades genéricas, inclinações ou mesmo prognoses de periculosidade. A questão, portanto, não é decidida a partir de uma argumentação jurídica. Nas palavras do autor italiano, são minas vagantes do ordenamento jurídico (FERRAJOLI, 2014). Assim, a tipificação de conceitos genéricos para fins punitivistas, caracterizada pela produção legislativa autoritária, influi na constituição de uma jurisprudência da mesma natureza. A repressão, portanto, é institucionalizada pelo próprio sistema de justiça (TORELLY, 2012).

A atual estratégia de criminalização não está muito distante da realidade vivida na década de 30. Entre o fim do século XX e o início do século XXI, ocorreu uma clara ressignificação do sujeito que figura como agente ativo nos crimes contra o Estado. Se antes os comunistas representavam os maiores inimigos do Poder, hoje, a construção do pânico coletivo é pautada na identificação do assaltante, do homicida, do criminoso sexual e do traficante de drogas como inimigos da segurança pública (DAL RI JÚNIOR, 2006). O público, então, grita pela ação do governo – que seja rápida e forte – e abre mão de vínculos impostos pela legalidade (DAL RI JÚNIOR, 2006) a fim de fortalecer qualquer ação de cunho punitivo. Assim, é possível identificar o discurso de legitimação da punitividade no estado de permanente exceção, que é

operacionalizado pelo poder punitivo sob a aparência do respeito às regras dos Estados de direito, mas que, na verdade, atua no vácuo do(s) direito(s) e gera a gradual desestabilização das Constituições (CARVALHO, 2013). Nesse sentido, Daniel Pastor aponta o modo amplo de aplicação patológica das medidas de coerção com fins distorcidamente punitivos: “ella misma ha sumido como propia la tarea de ‘llevar el derecho penal a todas partes’ y a partir de ello ha hecho una interpretación expansiva también de los preceptos penales clásicos para aplicarlos, sobre todo ante los oscuros y confusos reclamos públicos, mediáticos u iushumanistas de más cárcel¹²” (PASTOR, 2006).

Esse fenômeno pode ser entendido no conjunto de circunstâncias do processo descrito por Álvaro Pires como “juridicização da opinião pública e do público pelo sistema penal” (PIRES, 2004, p. 49). Nesse processo, o público deixa de ser um simples destinatário da norma jurídica para se tornar um critério na construção da justiça¹³. Dessa forma, o juiz que decreta a prisão

¹² Ela assumiu como própria a tarefa de ‘levar o direito penal a todos os lugares’ e, partir disso, fez uma interpretação ampla das disposições penais clássicas para aplica-las, especialmente tendo em conta os obscuros e confusos pedidos públicos, midiáticos e jus humanistas de mais cárcere. (Tradução livre)

¹³ O termo “público” denota dois fenômenos intimamente correlatos, mas não perfeitamente idênticos. Significa, em primeiro lugar, que tudo o que vem a público pode ser visto e ouvido por todos e tem a maior divulgação possível. [...] Em segundo lugar, o termo público significa o próprio mundo, na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele. [...] Conviver no mundo significa essencialmente ter um mundo de coisas interposto entre os que nele

preventiva em função da garantia à ordem pública, fundamentando-a unicamente na prova da materialidade do crime e nos indícios suficientes de autoria, ignora as funções – se é que elas existem – da prisão sem juízo, especialmente se o faz levando em conta a gravidade do delito ou o clamor público. Além disso, a consequência em considerar o público na escolha do remédio legal para o problema é que o sistema penal passa a modificar seus critérios de decisão e o saber sobre as penas (PIRES, 2004).

Note-se que o artigo 312 do Código Processual Penal Brasileiro prevê a prisão preventiva através de clara debilidade semântica, pois basta um pouco de conhecimento de estrutura linguística para construir artificialmente esses requisitos, cuja falsificação é inverificável. E, uma vez decretada, os argumentos falsificados são também inverificáveis e, portanto, irrefutáveis (MORAIS DA ROSA, 2006). Assim, o clamor público se confunde com opinião pública, ou seja, a veiculada na comunicação social (LOPES JR., 2013), o que perfaz claro exemplo de instrumento para nutrir a arbitrariedade. Dessa forma, a prisão preventiva cumpre funções de pena antecipada incompatíveis com sua natureza, violando o devido processo legal e a presunção de inocência, e acaba

habitam em comum, como uma mesa se interpõe entre os que se assentam ao seu redor; pois, como todo intermediário, o mundo ao mesmo tempo separa e estabelece uma relação entre os homens. (ARENDRT, 2007, p. 59-63).

por assumir um caráter de prevenção geral e especial e de retribuição (SANGUINÉ, 2003).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A estrutura de um sistema penal fundado no encarceramento das massas tende ao arruinamento. Portanto, ratificamos que, tendo em vista a dificuldade em, por ordem política, modificar o sistema baseado na instituição das agências de criminalização primária e secundária referidas por Zaffaroni, depreendemos que a ferramenta dogmática para mantê-lo sob controle é o Garantismo Penal empreendido por Ferrajoli. Primeiramente por que, por essência, é simetricamente oposto à epistemologia inquisitiva. Em segundo plano, por concordamos com o enfoque proposto por esta linha teórica no sentido de conduzir o juiz ao lugar de garantidor dos direitos do réu.

O acusado, assim como a vítima, confia sua confiança ao Poder Judiciário. O processo penal não existe para nutrir o sentimento comum de justiça, mas para proteger, ainda que contra essa comunidade, os cidadãos individualizados que, apesar de suspeitos, não podem ser considerados culpados antes de uma sentença condenatória transitada em julgado (FERRAJOLI, 2014). Ou seja, o papel das agências judiciais é o de impedir os exercícios arbitrários de autoridade e não o de ratificá-los. No entanto, a

utilização da garantia à ordem pública como fundamento para decretação da prisão cautelar, tendo em vista a sua justificação através de conceitos instáveis, reforça o sistema de justiça criminal que banaliza o encarceramento provisório (GOMES, 2013). Tal degradação dos métodos utilizados para fundamentar a prisão sem sentença nos remete aos dizeres de Hannah Arendt sobre os elementos de autoritarismo que sobrevivem aos regimes ditos democráticos, que, apesar de teoricamente legais, recorrem à fonte de autoridade da qual as leis positivas recebem legitimidade (ARENDR, 1989, p. 512). Diante da presença frequente de um discurso centrado na repercussão social/opinião pública sobre o suposto delito perpetrado pelos acusados para decretar a prisão sem sentença, o método inquisitorial permanece no ordenamento jurídico brasileiro e na decretação de prisões preventivas, consubstanciado no número elevado de encarceramentos provisórios no Brasil e na ineficácia da Lei 12.403/2011 para a pretendida redução da população carcerária, já que um dos fatores que contribuem para sua inutilidade reside na permanência da noção de garantia da ordem pública como justificativa para o acautelamento.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina de. **O Direito Penal e o político: do limite do poder penal ao poder penal sem limite.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim nº 240, 2012.

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed., Ed. Forense Universitária, 2007.

_____. **Origens do Totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução sociológica do direito penal**. 6. ed. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECK, Ulrich. *Critical Theory of World Risk Society: A Cosmopolitan Vision*. In: Constellation Volume 16, nº 1, 2009. Disponível em: <<http://www.ulrichbeck.net-build.net/uploads/constellations.pdf>>. Acesso em 03 de nov. de 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado>. Acesso em: 25 de out. de 2014.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Reação Social**. Tradução: Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

CENTUIRÃO, Luiz Ricardo M. **Alguns aspectos das relações sociais em estabelecimentos penitenciários.** Revistas de Estudos Criminais, 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil.** Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Brasília: 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim nº 223, 2011.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Desconsideração prévia de culpabilidade e presunção de inocência.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim nº 70, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES, Patrick Mariano. **Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

INTER-AMERICAN Commission on Human Rights. Rapporteurship on the Rights of Persons Deprived of Liberty. **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas /** [Preparado por Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos], 2013.

INTERNATIONAL Centre of Prison Studies. Highest to lowest. Prison Population Total. Disponível em http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em 01 dez. de 2014.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo.** Noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: a irracionalidade da criminalização.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim nº 45, 1996.

KHALED JR., Salah H. **A gênese do saber criminológico oitocentista.** JURIS, Rio Grande, 2006-2007.

LISPECTOR, Clarice. **Observações sobre o direito de punir.** Outros escritos, 1941.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAIA, Clarissa Nunes; NETO, Flávio de Sá; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz. **História das prisões no Brasil**, volume I, Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MINISTÉRIO da Justiça (INFOPEN), dez. de 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID2627128ED69E45C68198CAE6815E88D0PTBRNN.htm>>. Acesso em: 02 de dez. de 2014.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: a bricolage de significantes.** Curitiba: Lumen Juris, 2006.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PASTOR, Daniel R. **Acerca del Derecho Fundamental al plazo razonable de duración del Proceso Penal**. Revista de Estudios de la Justicia n° 4, Chile, 2004.

_____. **La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos**. Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto Internazionale e della politica globale, 2006. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm>>. Acesso em 21 de set.de 2014.

PIRES, Álvaro. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos**. Novos Estudos CEBRAP, n° 68, 2004.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: Universidade de Brasília, 1978.

REIS, Marcela. **Pragmatismo Político: Como reverter o quadro de superpopulação de presos no Brasil?** Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/midia/noticia/26505-pragmatismo-politico-como-reverter-o-quadro-de-superpopulacao-de-presos-no-brasil>> Acesso em: 14 de nov. de 2014.

ROCCELO, Mariane. **Sistema carcerário brasileiro é filtro discriminatório “a serviço de uma sociedade desigual”**, diz coordenador da Conectas. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/midia/noticia/26514-ultima-instancia-sistema-carcerario-e-filtro-discriminatorio>>. Acesso em: 14 de nov. de 2014.

SANGUINÉ, Odone. **A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva**. Revista de Estudos Criminais, 2003.

TORELLY, Marcelo D. **Sistema Penal & Violência. Decifrando padrões da legalidade autoritária na América do Sul**. Revista

Eletrônica da Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Vol. 4, nº 1, Porto Alegre, 2012.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001, Revan, 2003.

ZACKSESKI, Cristina. **O problema dos presos sem julgamento no Brasil**. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario_iv_-_o_problema_dos_presos_sem_julgamento_no_brasil2.pdf> Acesso em 21 de set. de 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alessandro; ALAGIA, Alessandro. **Direito penal brasileiro I: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.