

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

ADRIAN BARBOSA E SILVA

**GARANTISMO E SISTEMA PENAL: CRÍTICA CRIMINOLÓGICA ÀS PRISÕES
PREVENTIVAS NA ERA DO GRANDE ENCARCERAMENTO**

Belém/PA

2016

ADRIAN BARBOSA E SILVA

**GARANTISMO E SISTEMA PENAL: CRÍTICA CRIMINOLÓGICA ÀS PRISÕES
PREVENTIVAS NA ERA DO GRANDE ENCARCERAMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direitos Humanos.

Linha de Pesquisa: Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos.

Orientadora: Prof^{ra}. Dr^a. Ana Cláudia Bastos de Pinho.

Belém/PA

2016

ADRIAN BARBOSA E SILVA

**GARANTISMO E SISTEMA PENAL: CRÍTICA CRIMINOLÓGICA ÀS PRISÕES
PREVENTIVAS NA ERA DO GRANDE ENCARCERAMENTO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ana Cláudia Bastos de Pinho.

Aprovado em: __/__/__

Banca Examinadora

Prof^a. Dr^a. Ana Cláudia Bastos de Pinho

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito
Universidade Federal do Pará – PPGD/UFPa (Orientadora)

Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito
Universidade Federal do Pará – PPGD/UFPa (Membro Interno)

Prof. Dr. Salo de Carvalho

Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito
Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ (Membro Externo)

Para Telma e Clovis, *mes raisons d'être*.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é dedicado à todas as pessoas cotidianamente selecionadas, encarceradas e controladas pelo sistema penal da margem brasileira, em especial àquelas presas sem condenação, muitas que, em vista desta precária situação, perderam suas famílias e suas vidas, notoriamente, vulneráveis, marginalizadas e, com idade, raça e classe pré-definidas, estigmatizadas. Estas modestas linhas pretendem dar voz aos excluídos, esclarecendo a impossibilidade da naturalização do atroz. Se o Direito deve servir à vida, que seja a de todos. Se responsabilizar é fundamental, me incluo e, sem pudores, digo: *somos todos responsáveis*.

Porém, a produção desta “pesquisa-denúncia” não seria possível sem a imprescindível e privilegiada colaboração de terceiros, que precisam ser nominados e agradecidos.

Primeiramente, agradeço à minha orientadora, Profa. Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho, por toda confiança depositada desde meu ingresso no PPGD/UFGA. Seguindo a tradição de seu *Para Além do Garantismo*, aquele foi o momento em que efetivamente começaríamos a discutir a teoria de Luigi Ferrajoli a partir da “lupa criminológico-crítica”. Apesar das riquíssimas experiências acadêmicas conjuntas (disciplinas, grupo de pesquisa, estágio docência, palestras etc.), a minha gratidão vai além, pois a minha querida “ACP” – como carinhosamente sempre abreviei – não apenas me é referência teórica; é, sobretudo, afetiva, marcada por um carinho muito especial. Algo que certa vez lhe disse foi que quando decidi realizar o mestrado no Pará, a culpa foi exclusiva dela, pois sempre lhe vi como a pesquisadora de maior fôlego na Amazônia. Por toda nossa *parceria*, no mais puro e legítimo sentido da palavra: obrigado!

Ao Prof. Dr. Salo de Carvalho (UFRJ) pelo gentil e valioso aceite em compor a minha banca de defesa de dissertação, bem como à Profa. Dra. Marília Montenegro (UFPE/UNICAP) e ao Prof. Dr. Saulo Monteiro de Matos (UFGA) pela participação, análise crítica e minuciosa do escrito parcial em meu exame de qualificação: naquele dia, em seção realizada no TRT da 8ª Região, com minha orientadora, consolidava-se, em definitivo, o problema desta pesquisa.

Ao Prof. Dr. Máximo Sozzo, por todos os ensinamentos ofertados durante o período de pesquisa realizado na Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales da Universidad Nacional del Litoral (FCJS-UNL), no marco da Escuela de Invierno de Criminología, em Julho de 2014. A experiência vivida em Santa Fe, durante o primeiro ano do mestrado, foi imensamente enriquecedora e, não obstante, permitiu o amadurecimento da pesquisa criminológica, referencial adotado e aplicado no segundo capítulo deste escrito.

Em nome do Prof. Dr. Jean-François Yves Deluchey, pesquisador sério e crítico, aos pesquisadores do CESIP (Centro de Estudos Sobre Intervenção Penal), cujas intensas pesquisas nos conduziram ao Seminário Internacional “Crítica e Questão Criminal na América Latina: Balanço e Perspectivas” (EMERJ-CLACSO-ICC-UNL), no Rio de Janeiro, e, em nome do Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes, inspiração para qualquer penalista, aos membros do Grupo Filosofia & Castigo, coordenado por minha orientadora, e que organizaram o “II Fórum Internacional de Criminologia de Língua Portuguesa” (AICLP). Ambos os eventos reuniram alguns dos maiores nomes da criminologia na atualidade e muito contribuíram para este texto.

À todas as guerreiras e guerreiros do Grupo Cabano de Criminologia! Vida longa!

Aos amigos da pós-graduação, em especial, Rafaela Neves, minha legítima parceira de projetos acadêmicos (desde a graduação!), Rômulo Morais, pela forte parceria criminológico-crítica, Rodrigo Oliveira, referência de pesquisador dedicado ao ser humano, Ana Luisa Rocha, pelos momentos difíceis vividos conjuntamente e superados com grandes risos, Paulo André Nassar, por ser uma referência, e Fernando Ruiz Perdomo, pela amizade.

Ao Vladimir Koenig, meu grande amigo de angústias acadêmicas e forenses, cuja ajuda nesta dissertação foi imprescindível, seja pelo diálogo contínuo, pelas produções conjuntas, pelo apoio na pesquisa empírica, seja com a ajuda na construção dos gráficos. Te devo muito!

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES) pelo financiamento desta pesquisa, mas também pela realização dos sonhos de outros tantos.

À todos os professores e funcionários do PPGD/UFPA, em nome do Prof. Dr. Girolamo Treccani, coordenador, pela condução dedicada deste respeitado polo de pesquisa científica.

Na pessoa do Prof. Dr. João Paulo Valle Mendes, reitor, à todos os meus alunos, colegas de docência e funcionários do Centro Universitário do Pará (CESUPA), casa em que me criei, me formei e, enfim, decidi que a pesquisa e o magistério seriam inegociáveis em minha vida.

E, por fim, aonde se encontram os maiores afetos: aos meus pais, Telma e Clovis, a quem tudo devo; sem os quais nada seria possível, eu não seria quem sou e não pensaria como penso. Agradeço pela sólida educação que me proporcionaram, tão boa e sincera que me conduziu a me tornar um educador. Mas, em especial, por me ensinarem a respeitar o próximo.

À toda a minha família, Barbosa e Silva, por toda confiança, mas, principalmente e com todo amor, à minha irmãzinha Máisa e minha vozinha Valda: meu coração é de vocês.

À Taiana Andrade Freitas, pelo amor e amizade indeléveis, imprescindíveis, dia após dia, para a consecução desta árdua tarefa; por muito mais, por ser minha autocrítica.

Aos amigos e a todos que, apesar de inominados, contribuíram de alguma forma para que esse trabalho fosse possível. Muito obrigado! E, parafraseando minha banda: *teach peace!*

*“(...) Emancipate yourselves from mental slavery,
None but ourselves can free our minds (...).”*

(Bob Marley, Redemption song, in “Uprising”, 1980)

*“Hoje é o dia da revolução
Não há ninguém nas ruas
Você está sozinho
Pronto... pra sujar as mãos!
Muito antes de dizer
Não havia tempo pra agir
Esquecer tudo o que leu
Mais teorias pra cuspir...
Muitos já tentaram, muitos vão morrer
Seja justo, não há causa, não ceda outra face pra bater.
Há urgência em estar vivo!
Outra forma de pensar!
E assumir... outro valor!”*

(Dead Fish, A urgência, in “Zero e Um”, 2004)

*“The most immediate question today
is how to prevent the further expansion of prison populations
and how to bring as many imprisoned women and men
as possible back into what prisoners call ‘the free world’.
(...) The most difficult and urgent challenge today
is that of creatively exploring new terrains of justice,
where the prison no longer serves as our major anchor”.*

(Angela Davis, Are Prisons Obsolete?, 2003)

RESUMO

O presente trabalho tem como questão central a aplicação da prisão preventiva pelas agências judiciais no contexto do sistema penal brasileiro. Partindo-se da premissa de que os sistemas penais situados na margem latino-americana, periferia do capitalismo globalizado neoliberal, carecerem de legitimidade devido a fatores estruturais, no primeiro capítulo, realiza-se espécie de “radiografia geral” do sistema penal brasileiro tensionando sua programação oficial, direcionada à tutelar direitos humanos pela via de combate à criminalidade, com a realidade operacional de suas agências de punitividade, que atuam em verdadeira *inversão*, ao violá-los, isto é, em contramão àquilo a que se propõe, sendo o *grande encarceramento* um dos principais problemas desta realidade, ocupando as prisões preventivas papel central para tanto. Buscando evidenciar a íntima relação existente entre a aplicação deste instituto com o problema nacional, realizou-se análise de todos os julgamentos de *habeas corpus* do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em matéria de prisões preventivas, durante o ano de 2015. Uma vez constatada a hipótese de que esta prisão cautelar é, na confluência de dados do sistema penitenciário paraense com os resultados da pesquisa empírica, essencialmente disfuncional à cautelaridade, passa a prisão a ser a regra e a liberdade a exceção. Já no segundo capítulo, busca-se qualificar teoricamente a problemática, no sentido de não recair à objetividade do visível, indo muito além do mostrado nos dados coletados e, a partir do desenvolvimento da teoria criminológica problematizadora (criminologia crítica), em especial da produzida na América Latina, busca-se desvelar a funcionalidade real existente, porém oculta, por trás da aplicação desta prisão cautelar (controle social desigual via antecipação de pena, contenção de inimigos e defesa social), tendo sido analisadas decisões representativas de três modelos decisórios, apresentados no primeiro capítulo e teoricamente estudados no segundo. Desde um modelo crítico de ciências criminais, superando o positivismo criminológico e a crença na ideologia da defesa social, o *criticismo* propõe um enfoque singular e questionador diante do problema, requalificando o papel do jurista (*jurista crítico*). Por fim, no último capítulo, em vista das reflexões realizadas, bem como do aporte qualitativo propiciado pela “lupa criminológica”, realiza-se abordagem a partir da teoria do garantismo, que, encarado como estratégia político-criminal (opção metodológica), não obstante ser passível de críticas (em especial, pela criminologia), evidencia interessante mecanismo de resposta à deslegitimação e, no que concerne ao específico caso das prisões preventivas é, sem dúvida, uma ferramenta possível e viável para redução dos danos decorrentes da lógica hiperencarceradora. Desde o resgate à perspectiva histórico-fundacional dos garantismos tradicionais até sua reconstrução epistemológica na obra de Luigi Ferrajoli, busca-se, por fim, demonstrar a real possibilidade de recepção e aplicação da crítica garantista aos fundamentos legais autorizadores da tutela penal preventiva para, diante das (dis)funcionalidades do controle penal, reduzir prisões, garantir direitos, ampliar liberdades e salvar vidas.

Palavras-chave: Sistema penal. Prisões preventivas. Grande encarceramento. Criminologia crítica. Garantismo.

ABSTRACT

This work has as central issue the application of pretrial detention by judicial agencies in the context of the Brazilian criminal justice system. Starting from the premise that the criminal justice systems located in Latin American margin, the periphery of the neoliberal global capitalism, lack legitimacy due to structural factors, in the first chapter, it takes place kind of “general radiography” of the Brazilian penal system tending its official programming, directed to protect human rights by means of combating crime, with the operational reality of their punitive agencies that operate in real reversal, when violate them, that is, opposite to what is proposed, and the *great incarceration* of the main problems of this reality, occupying the central role pretrial detention for both. Seeking to highlight the close relationship between the application of this institute with the national problem, there was analysis of all *habeas corpus* judgments of the Court of Justice of Pará, on pretrial detention during the year 2015. Once verified the hypothesis that this cautionary prison is at the confluence of the paraense penitentiary system data with the results of empirical research, essentially dysfunctional to cautelardade, it passes the prison to be the rule and freedom the exception. In the second chapter, it seeks to theoretically describe the problem in order to not fall to the objectivity of the visible, far beyond the one shown on the data collected and, from the development of problematizing criminological theory (critical criminology), in particular produced in Latin America, it seeks to unveil the existing real functionality, but hidden behind the application of the precautionary prison (unequal social control through penalty anticipation, enemies containment and social defense), and representative decisions of three decision models were analyzed, presented in the first chapter and theoretically studied in the second. Since a critical model of criminal sciences, surpassing the criminological positivism and the belief in the ideology of social defense, *criticism* proposes a unique and questioning approach to the problem, requalifying the jurist's role (*critical jurist*). Finally, the last chapter, in view of the considerations made, and qualitative contribution afforded by “criminological magnifying glass” approach is carried out from the warrantism theory which, seen as a political-criminal strategy (methodological approach), nevertheless be open to criticism (especially by criminology), shows interesting response mechanism to delegitimization and, as regards the specific case of pretrial detention is undoubtedly a possible and viable tool for reducing damages from hiperincarceration logic. Since the rescue of historical-foundational perspective of traditional warrantisms to its epistemological reconstruction in the work of Luigi Ferrajoli, it seeks to finally demonstrate the real possibility of reception and application of warrantism criticism of legal foundations authorizes of preventive penal protection for before of (dis)functionality of penal control, reduce prisons, guarantee rights, extend freedoms and save lives.

Keywords: Penal System. Pretrial detention. Great incarceration. Critical criminology. Warrantism.

SUMÁRIO

NOTAS INTRODUTÓRIAS	11
1 A PERDA DE LEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: O PRIVILEGIADO CASO DAS PRISÕES PREVENTIVAS	18
1.1 Panorama geral sobre a situação crítica do sistema penal brasileiro na América Latina	18
1.1.1 Programação oficial: a proteção dos direitos humanos pelas agências de punitividade.....	18
1.1.2 Operacionalidade real: crise estrutural e inversão dos direitos humanos.....	22
1.2. Reinvenção das prisões e grande encarceramento brasileiro	27
1.2.1 O “giro punitivo” na periferia do capitalismo globalizado neoliberal	27
1.2.2 Grande encarceramento e prisões preventivas: a evidência do “punitivismo preventivo” à brasileira – o caso paraense	34
1.3 A prisão preventiva no processo penal brasileiro	41
1.3.1 Processo penal e Constituição: em qual sistema processual o regime cautelar se estrutura?	41
1.3.2 A sistemática da prisão preventiva a partir da Lei nº 12.403/11	43
1.3.3 Presunção de inocência e cautelaridade: a subversão real da funcionalidade declarada.....	46
1.4 Aplicação da prisão preventiva pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará: análise dos julgados de <i>habeas corpus</i> das comarcas estaduais em 2015	49
1.4.1 Aspectos relativos ao recorte metodológico e instrumental de análise.....	49
1.4.2 Dos acórdãos do judiciário paraense em 2015 (jan./dez.): análise quantitativa.....	51
1.4.3 Do conteúdo das decisões sobre prisões preventivas em sede de <i>habeas corpus</i> : análise qualitativa.....	56
1.4.3.1 <i>Decisão 1: A crença na prisão preventiva como mecanismo de controle da criminalidade</i>	<i>56</i>
1.4.3.2 <i>Decisão 2: A criação do “homem delinquente” portador de periculosidade social.....</i>	<i>58</i>
1.4.3.3 <i>Decisão 3: Pela defesa da sociedade – a sobreposição do “público” (ordem pública) ao “particular” (indivíduo)</i>	<i>60</i>
2 DA PROBLEMÁTICA À PROJEÇÃO CRÍTICO-CRIMINOLÓGICA.....	63
2.1 O local do saber criminológico nas grandes narrativas sobre a questão criminal..	63
2.2 Para uma introdução às bases fundacionais da criminologia crítica	70
2.2.1 Antecedentes histórico-políticos	70
2.2.3 “Viagens culturais” e recepção das criminologias na América Latina e no Brasil ..	80

2.2.4 Criminologia crítica como crítica à dogmática penal: a figura do “penalista-criminólogo” (ou “criminólogo-penalista”?)	85
2.3 Crítica ao “punitivismo preventivo”: desvelando as funções não declaradas da tutela penal preventiva – Discursos reais e controle social desigual	89
2.3.1 Discurso de prevenção neutralizante (modelo decisório n.º. 1)	92
2.3.2 Discurso positivista periculosista (modelo decisório n.º. 2)	94
2.3.3 Discurso de defesa social (modelo decisório n.º. 3).....	97
2.4. Sobre o papel do jurista e a(s) resistência(s) possível(eis): “políticas criminais alternativas” e a opção pelo garantismo	99
3 REAÇÃO À DESLEGITIMAÇÃO: UMA APROXIMAÇÃO GARANTISTA	105
3.1 Bases teóricas para uma compreensão do garantismo	105
3.1.1 Passado e presente do garantismo: do “movimento ilustrado” clássico à reconstrução epistemológica na obra de Luigi Ferrajoli	107
3.1.3 Axiologia: as bases principiológicas do sistema penal garantista (SG).....	114
3.2 Política criminal alternativa: o minimalismo garantista.....	117
3.2.1 Constitucionalismo, positivismo e democracia: a tarefa do jurista crítico.....	117
3.2.2 Modelos divergentes: direito penal mínimo x direito penal máximo.....	120
3.2.3 Descriminalização, despenalização e alternativas penais: abolição do cárcere? ...	122
3.2.4 Modelo penalógico e limitação punitiva: a “lei do mais fraco” entre o justificacionismo utilitarista e a teoria crítica de deslegitimação.....	125
3.3 Criminologia x garantismo: diálogo ou tensão?.....	129
3.3.1 Crítica criminológica ao garantismo penal: elementos para uma autocrítica.....	129
3.3.2 Um “garantismo criminologicamente fundado”? Fundamentos para uma política de redução de danos no direito penal brasileiro	133
3.4 Crítica garantista à tutela penal preventiva no processo penal brasileiro	137
3.4.1 A <i>strumentalità</i> constitucional-garantista do processo penal: terreno de análise ..	137
3.4.2 Crítica garantista ao instituto da prisão preventiva	140
3.4.3 Refutação das hipóteses legais autorizadas do encarceramento preventivo: possibilidade concreta de recepção das teses garantistas para o Brasil.....	143
NOTAS CONCLUSIVAS	150
REFERÊNCIAS	154
ANEXO.....	165

NOTAS INTRODUTÓRIAS

All social groups make rules and attempt, at some times and under some circumstances, to enforce them. Social rules define situations and the kinds of behavior appropriate to them, specifying some actions as “right” and forbidding others as “wrong”. When a rule is enforced, the person who is supposed to have broken it may be seen as a special kind of person, one who cannot be trusted to live by the rules agreed on by the group. He is regarded as an *outsider*¹.

O excerto acima diz respeito à premissa inicial sobre a qual se estrutura *Outsiders: Studies in the sociology of deviance*, obra do cientista social Howard Saul Becker, publicada em 1963, e que representou uma mudança paradigmática² nos instrumentais teóricos de compreensão sobre a “questão criminal”³.

É que a sociologia do desvio desenvolvida na década de 60 representou uma verdadeira ruptura epistemológica à teoria sociológica tradicional – nos termos do autor, uma “contra-revolução” que teria devolvido para a pesquisa sociológica seu “correto” direcionamento –, essencialmente centrada na lupa determinista do positivismo e ocupada em oferecer respostas à clássica questão: “por que os criminosos cometem crimes?”.

Na verdade, a principal contribuição de Becker para sociologia – e, a seguir, para a criminologia – foi justamente a desnaturalização do “crime” a partir da categoria *desvio*: tal como aquela, uma criação social. Se os grupos sociais são responsáveis pela criação e definição dos parâmetros de convívio social, estipulando, a partir de regras, o certo e o errado (o adequado e o inadequado, o bem e o mal...), são estes grupos que definem o *desvio* ao *padrão* (norma comportamental), logo, o *desviante* (“*outsider*”), com a devida aplicação deste rótulo. Em suma: o *desvio* não é um ente, não é um dado ontológico pré-constituído ao ser, mas fruto do exercício de um processo de interação social que possibilita a aplicação da etiqueta.

¹ BECKER, Howard Saul. *Outsiders: Studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1963, p. 1. “Todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias, impô-las. Regras sociais definem situações e tipos de comportamento a elas apropriados, especificando algumas ações como ‘certas’ e proibindo outras como ‘erradas’. Quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo especial, alguém de quem não se espera viver de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é encarada como um *outsider*” (tradução livre).

² “Considero ‘paradigma’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna e Nelson Boeira. 12ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 53).

³ Campo com abrangência a diversos objetos de análise (v.g. crime, penalidade, controle social, segurança etc.), desde o esforço crítico de observação do Direito Penal e da Sociologia do Desvio, sob uma ótica não-hermética e aberta a diversos campos do conhecimento (v.g. política, cultura, economia, psicanálise etc.), a expressão se consagra no âmbito das ciências criminais com a fundação da revista italiana *La Questione Criminale* (1975), por Alessandro Baratta e Franco Bricola, vindo a se tornar *Dei Delitti e delle Pene* (1983) e, atualmente, após o falecimento de Baratta, *Studi sulla Questione Criminale. Nuova serie di Dei Delitti e delle Pene*, sob a direção de seus discípulos: Dario Melossi, Tamar Pitch e Giuseppe Mosconi, tendo Massimo Pavarini falecido em 29.09.15.

Partindo do pressuposto deste novo modelo de compreensão, o conceito de “delito” passa a representar nada mais que um *desvio criminalizado*, é dizer, uma conduta avessa à uma determinada padronização social cuja resposta é uma norma de caráter punitivo. Os discursos de justificação e legitimação do Estado moderno, por acaso, explicitam que o consequente disciplinamento de condutas, forjado por mecanismos de limitação de liberdade, se apresenta como necessário ao cumprimento das expectativas e dos interesses contidos nas normas sociais, assim como, em caso de eventual frustração, respostas sancionatórias funcionariam como instrumentos de administração e conformação de expectativas via estabilização contrafactual *a posteriori*: eis uma ideia de “controle social”⁴.

Neste sentido, não obstante a análise iniciada pelo cientista social norte-americano se concentre no campo microssociológico (mais precisamente, a partir da etnometodologia e interacionismo simbólico) e esteja direcionada a uma abordagem crítica das instituições sociais, uma vez incorporada ao campo das ciências criminais, permite a adoção de um ponto de vista problematizador do horizonte de projeção do controle penal, notadamente a partir do discurso jurídico-penal, pautado na explicação dogmática que habilita a gestão normativa do poder punitivo e sua manifestação operacional concentrada nas agências penais.

Diante disto, Luigi Ferrajoli é um dos autores que trabalha a hipótese de que as violências são uma constante presente no desenvolvimento dos diferentes sistemas repressivos ao longo da história. Não à toa, denuncia que a história das penas (violência pública) constitui o capítulo da história da humanidade que teria produzido muito mais danos do que a própria história dos delitos (violência privada), por compreendê-las mais cruéis e numerosas, bem

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación Universitaria Jerez, 1985, p. 36. Não obstante fazer-se várias referências à noção de “controle social” nesta dissertação enquanto ferramenta fundamental do marco teórico trabalhado, não se trata de seu objeto de discussão o desenvolvimento conceitual desde a matriz sociológica (neste sentido, cf. MELOSSI, Dario. *El Estado del Control Social: Un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia*. México: Siglo XXI, 1992), o que não impossibilita alertar sobre a densa discussão acadêmica que a cerca. Além de não se tratar de um conceito generalizante, afinal heterogêneo, alerta Máximo Sozzo para a sua hiperutilização irrefletida, bem como sua imprescindibilidade para a (re)construção de um saber crítico sobre a questão criminal (Cf. SOZZO, Máximo. *Bucear y rescatar (de Mead a Foucault): Notas sobre la noción de control social y la (re)construcción de un saber crítico sobre la cuestión criminal*. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, B, pp. 519-539, 1999). Para todos os efeitos, por se tratar de um trabalho cujo epicentro gira em torno do pensamento criminológico desenvolvido na América Latina (adianta-se desde já), utilizar-se-á o conceito crítico desenvolvido por Lola Aniyar de Castro – oposto ao tradicional modelo consensual e normalizador exposto acima – segundo a qual *controle social* é “o conjunto de sistemas normativos (religião, ética, costumes, usos, terapêutica e direito – este último entendido em todos os seus ramos, na medida em que exercem esse controle reprodutor, mas especialmente no campo penal; em seus conteúdos como em seus não-conteúdos) cujos portadores, através de processos seletivos (estereotipia e criminalização) e estratégias de socialização (primária e secundária ou substitutiva), estabelecem uma rede de contenções que garantem a fidelidade (ou, no fracasso dela, a submissão) das massas aos valores do sistema de dominação; o que, por motivos inerentes aos potenciais tipos de conduta dissonante, se faz sobre destinatários sociais diferencialmente controlados segundo a classe a que pertencem” (CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005, pp. 53-54).

como, seriam programadas, conscientes e organizadas pelas agências de punitividade, porquanto, ao apontar a artificialidade envolta no pretense discurso de defesa social (proteção da sociedade contra o crime), afirma que “[...] l’insieme delle pene comminate nella storia ha prodotto per il genere umano un costo di sangue, di vite e di mortificazioni incomparabilmente superiore a quello prodotto dalla somma di tutti i delitti”⁵.

Assim, se o exercício funcional dos sistemas penais incorpora incomensuráveis danos decorrentes do uso da violência autorizada⁶, torna-se fundamental realizar diagnóstico crítico e indagar suas condições de legitimidade⁷ frente ao *modus operandi* das agências de punitividade desde o ponto de vista de sua programação oficial (objetivos declarados).

Precisamente por aderir à esta estratégia, o presente estudo se debruça sobre o horizonte de projeção do controle penal contemporâneo na realidade latino-americana periférica na qual se insere o Brasil, país que em sua história recente é caracterizado, dentre tantos fatores, por extremadas taxas de encarceramento, hiperinflação legislativa criminalizante do cotidiano, violências informais e institucionalizadas, execuções extralegais pelas agências estatais e, de um modo geral, contínuas e progressivas violações de direitos humanos que são amargamente naturalizadas por uma cultura punitiva cuja profecia de fé depositada na pena está presente em diversos segmentos sociais que clamam cada vez mais por pulsão repressiva, pretensa panaceia para todos os males sociais.

Compreender a perspectiva de deslegitimação do sistema penal brasileiro parece ser um primordial passo a ser dado por uma análise que se pretende crítica e cuja específica atenção se dá no campo da penalidade, porém mais precisamente da aplicação das prisões preventivas no processo penal cautelar brasileiro, que seguem na mesma contramão das

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del garantismo penale*. 10ª ed. Bari: Laterza, 2011, p. 382. “[...] o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos” (tradução livre).

⁶ Segundo Weber, “a relação entre o Estado e a violência é particularmente íntima. Desde sempre, os agrupamentos políticos mais diversos – começando pela família – recorreram à violência física, tendo-a como instrumento normal do poder. Entretanto, nos dias de hoje devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território – a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado – reivindica o monopólio do uso legítimo da violência” (WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas vocações*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 60).

⁷ Por *legitimação*, seguindo os ensinamentos de Lola Aniyar de Castro, entende-se “toda forma de convalidar, autorizando-o, principalmente através da promoção do consenso social, um determinado sistema de dominação” (CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia...*, 2005, p. 43), por *legitimidade do sistema penal*, seguindo Zaffaroni, entende-se a característica outorgada por sua racionalidade que o coloca como um exercício de poder planejado racionalmente, pretensamente dotado de coerência interna em seu discurso jurídico-penal e valor de verdade quanto à operatividade social. Segundo o mestre portenho, fundamental seria que o discurso jurídico-penal não se afastasse do “ser” e quedasse tão apenas no “dever ser”, pois para que o “dever ser” seja um “ser que ainda não é” é preciso que seu “vir a ser” seja ao menos possível, do contrário jamais será, logo, deslegitimado (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, pp. 16-19).

prisões-pena com índices absurdos em todos os Estados do país e, de modo muito pior, por restringir a liberdade e outros direitos do cidadão sem o respaldo confirmatório de culpa, isto é, de uma decisão condenatória transitada em julgado⁸.

A hipótese central sustentada é a de que, se por um lado a pena prisional não realiza suas finalidades declaradas segundo o discurso oficial, a aplicação das prisões preventivas da forma que vem ocorrendo no Brasil, segue o mesmo curso: ao invés de serem instrumentalizadas sob a luz da cautelaridade com o fim último de proteção dos atos processuais – o que por si só já seria discutível no que se refere à sua adequação e às drásticas consequências geradas –, sobretudo com as contribuições advindas do saber criminológico, sustenta-se que são mecanismos estruturais (e não conjunturais) ótimos para a gestão do controle social desigual, viabilizando verdadeiro mecanismo de contenção de marginalizados e excluídos, rotulados como inimigos, e operando como verdadeira medida de segurança antecipadora de uma possível pena.

Neste sentido, se o presente estudo pudesse ser sintetizado em uma indagação a qual se propõe responder, seria a seguinte: *considerando a aplicação disfuncional da prisão preventiva para fins de controle social e antecipação de pena, em que medida é possível reduzir os danos provenientes de sua aplicação?*

Buscando tentar resolver tal indagação, no capítulo primeiro pretende-se fazer uma espécie de “radiografia geral” do sistema penal brasileiro, que desde o ponto de vista contextual da margem latino-americana, possui especificidades que são diversas das dos países centrais e próprias de países periféricos e emergentes. O que se objetiva nesta seção é demonstrar que, dentre outros elementos, os sistemas penais em sua conjuntura correspondem e são funcionais à sistemática dos modelos econômicos de produção em que estão inseridos e, naturalmente, na forma do capitalismo globalizado neoliberal, atenderá às demandas forjadas segundo esta lógica.

⁸ Impossível não destacar que, durante os momentos finais em que se redigia este trabalho, durante o julgamento do paradigmático HC 126.292/SP (Rel. Min. Teori Zavaski), em 17.02.16, o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento jurisprudencial que vigorava desde 2009, passando, a partir de então, a admitir a execução provisória da pena com sentença condenatória confirmada em segundo grau. O órgão de cúpula entendia que a Constituição Federal de 1988, por força da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVIII), não autorizava a execução da pena senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não obstante a alteração jurisprudencial, a referida decisão não altera em nada o conteúdo desta pesquisa pois se tratam de problemas que, apesar de estarem intimamente vinculados à problemática do encarceramento brasileiro, sobretudo em vista do impacto direto que proporcionam, se encontram em planos distintos: enquanto o julgado que alterou a compreensão sobre execução provisória da pena se refere à prisão-pena, o presente trabalho problematiza os fundamentos e a aplicação judicial de um específico instituto do processo penal cautelar, qual seja, a prisão preventiva, portanto, fala-se em prisão provisória, cujos fundamentos são outros e, como se verá mais a frente, estão previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, enquanto os daquela, no artigo 59, do Código Penal.

No capítulo em que se busca efetivamente delinear hipótese e problema de pesquisa, se situa o altíssimo déficit de correspondência das demandas declaradas pela operacionalidade real das agências de punitividade, evidenciando-se um *status* que corresponde a premissa central da investigação: a deslegitimação do sistema penal. É neste contexto em que estará inserido o problema do cárcere. O que se busca delinear é que, se a prisão-pena à sua feita não cumpre suas funções declaradas (proteção de bens jurídicos e contenção/redução da dita criminalidade), a aplicação da prisão preventiva – específico objeto desta dissertação –, no exercício operacional do processo penal cautelar, se esvai em curso semelhante.

Para tanto, buscando auferir compreensões sobre a práxis do controle punitivo preventivo (*como as prisões preventivas são, efetivamente, aplicadas?*), realizou-se análise empírica (quantitativa e qualitativa) sobre todos os julgados de *habeas corpus*, tocantes à análise dos fundamentos legais da prisão preventiva, ocorridos nas Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJ/PA) ao longo do ano de 2015.

As seguintes razões justificam o recorte adotado: (1^a) da análise comparativa dos dados de encarceramento Brasil-Pará, verificou-se que a situação estadual espelha o contexto nacional, seja pelo contingente de pessoas e motivos pelos quais se encarcera (perfil de reclusos e de delitos), seja pelo *boom* carcerário operado no final do século passado, com especial ênfase ao protagonismo desempenhado pelas prisões preventivas; (2^a) tendo como marco a Lei nº. 12.403/11, que reformatou o regime de medidas cautelares no ordenamento brasileiro, verificou-se que de 2012 a 2015 (referência a última contagem realizada em dezembro), o crescimento anual da população carcerária no Pará sempre variou de forma relativamente semelhante e estável, sendo 2015, porém, o ano em que mais se encarcerou preventivamente em termos absolutos – eis a possível redução do (sempre existente) arbítrio na escolha do período de análise: *afinal, como se decidiu no ano em que mais se encarcerou preventivamente no Pará?* –; (3^a) por terem sido estudados julgados de todas as comarcas do Estado (e não apenas da capital), as conclusões possibilitaram uma análise mais completa e aproximativa das decisões frente ao encarceramento estadual; (4^a) o período escolhido para análise, além de ser o de financiamento da pesquisa, também representa pioneirismo e atualidade sobre o tema, por não existirem estudos, nem dados nacionalmente consolidados, sobre este período, neste local; (5^a) os esforços empregados são compatíveis às limitações próprias do pesquisador individual que não possui um centro de pesquisa à sua disposição. Do todo, o recorte parece ofertar elementos para uma compreensão concreta e aproximativa da lógica punitiva da Corte estadual, a partir das prisões preventivas, face ao encarceramento nacional.

No segundo capítulo, busca-se analisar o problema das prisões preventivas a partir do acúmulo teórico produzido pela criminologia de viés crítico desde meados da década de 60 e 70, a quando de sua tradução norte-americana e europeia para o pensamento latino-americano e brasileiro sobre a questão criminal.

A criminologia crítica, em suas mais diversas vertentes (porém, entendida desde uma “unidade crítica”), produziu um verdadeiro giro axial nas reflexões a respeito do delito, da pena e do controle social, cambiando o foco central de investigação etiológico-causal (análise do indivíduo) com o advento da paradigma da reação social (*labelling approach*), passando a analisar não mais as origens do crime através do indivíduo criminoso, mas, a partir do enfoque do etiquetamento, a estudar o papel desempenhado pelas instituições de controle social no que se refere aos processos de criminalização, ou seja, nos processos determinantes para construção e atribuição da etiqueta “criminalidade” e, por consequência, a de indivíduo “criminoso”.

Na atualidade das ciências criminais, sobretudo com esta virada crítica guinada na investigação sobre a questão criminal (*criminological turn*), fica evidente a necessidade da interdisciplinaridade entre os saberes penais, sobretudo uma visão criminológica, alimentada do empírico, aliada à realidade social e aos problemas da vida que uma dogmática penal ensimesmada, por ser tão pobre, não pode oferecer. Trata-se, portanto, de uma importante ferramenta à disposição do jurista militante e questionador das instituições penais. Uma vez aplicada ao problema, desde as decisões judiciais trabalhadas, busca desvelar o discurso real mantenedor do encarceramento preventivo e, assim, ofertar alternativas de atuação.

O horizonte de compreensão propiciado pelas criminologias críticas latino-americanas, cujas teses centrais se ocupam não apenas em reproduzir o arcabouço de reflexão central, mas de pensar a partir da realidade e dos problemas que são próprios da conjuntura global-periférica, não apenas os dados sobre o sistema penal, o encarceramento, mas, em particular, a aplicação das prisões preventivas, são questões que passam a ter uma leitura qualificada em vista da crítica político-ideológica e denunciativa do exercício real do poder punitivo ao esclarecer seus discursos velados. Neste instante, sob o ponto de vista das ciências criminais, tem-se uma visão propriamente crítica sobre o problema.

No terceiro e derradeiro capítulo, trabalha-se o garantismo teorizado por Luigi Ferrajoli. De posse dessa ferramenta teórica, busca-se demonstrar que diante de toda a problemática envolvendo a perda de legitimidade do sistema penal, em especial quanto ao instituto da prisão preventiva e sua aplicabilidade no sistema penal brasileiro (conforme a análise empírica junto ao judiciário paraense), uma vez entendido desde a imprescindível e

inarredável incorporação dos elementos criminológico-críticos (condição de possibilidade para reflexão crítica e autocrítica de seus pressupostos), *o garantismo é um caminho possível e viável para a realização de um projeto político-criminal de redução de danos.*

Em vista da importância, enfrenta-se a imprescindível – porém, tantas vezes esquecida ou pobremente refletida – problemática em torno das relações entre criminologia e garantismo, pensando o modelo teórico garantista a partir da crítica criminológica com o fim de que o referencial possa ser problematizado, buscando verificar limites e possibilidades de sua perspectiva político-criminal alternativa.

Em sendo assim, esta seção se destina a destrinchar os aportes teóricos fundamentais que sustentam e possibilitam uma compreensão da teoria geral do garantismo construída por Ferrajoli, valendo fazer uma reconstrução histórica do passado e do presente dos *garantismos*, desde os “movimentos penais ilustrados” até a proposta de reconstrução epistemológica do classicismo penal. A empreitada teórica do jusfilósofo italiano, compreendida desde o ponto de vista da política criminal, viabiliza um enfoque minimalista-redutor do poder punitivo, propugnando sua máxima contenção, conforme os parâmetros impostos pelas democracias constitucionais contemporâneas, à exemplo da brasileira.

Considerando que do ponto de vista das ciências criminais uma perspectiva jurídico-penal minimalista possui alicerces intimamente vinculados à práxis processual penal (espaço de atuação do jurista), é a partir da axiologia do sistema penal garantista que se trabalha o princípio da presunção de inocência, condição natural da submissão à jurisdição, e se aplica o referencial garantista à sistemática da prisão preventiva, enfrentando-se cada um de seus fundamentos no ordenamento jurídico pátrio a fim de se realizar o devido filtro constitucional e refletir sobre uma possível e concreta política de redução de danos aplicada ao cotidiano forense das agências judiciais brasileiras (papel de atuação do jurista crítico).

Ao fim e ao cabo, com a consciência de se tratar de apenas uma das táticas possíveis de resistência frente à circunscrição do teatro processual, acredita-se na real possibilidade de a incorporação da perspectiva garantista criminologicamente fundamentada na atuação cotidiana dos atores do processo penal, enquanto instrumento de crítica às matrizes autoritárias e inquisitoriais ainda presentes nos diplomas legais brasileiros, refletir diretamente nos índices de encarceramento com impactante redução, bem como denunciar a aplicabilidade da prisão preventiva como mecanismo de controle social desigual pautado na noção de defesa social, incompatível com as bases sustentadoras do Estado de Direito.

1 A PERDA DE LEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: O PRIVILEGIADO CASO DAS PRISÕES PREVENTIVAS

“La crisi della pena moderna è in primo luogo misurabile nel suo grado di inflazione, esattamente come la moneta”⁹.

1.1 Panorama geral sobre a situação crítica do sistema penal brasileiro na América Latina

1.1.1 Programação oficial: a proteção dos direitos humanos pelas agências de punitividade

A atuação dos atores do sistema penal está condicionada às orientações permissivas ou proibitivas decorrentes da legalidade no campo penal e processual penal, enquanto previsão normativa direcionada ao devido desenrolar das práticas de punitividade previstas no ordenamento jurídico pátrio, conforme os critérios de justiça forjados pela política criminal estruturante das diretrizes da dogmática penal. Este raciocínio pressupõe que o discurso jurídico-penal e o sistema penal estão planejados distintamente e, por não se tratarem da mesma coisa, não podem ser confundidos sob pena de se incorrer num erro epistemológico de análise tendente à legitimação do irracional e todos seus problemas consequentes.

Se por um lado o direito penal representa um conjunto normativo que prevê crimes e sanções, e que disciplina a incidência e a validade destas normas, a estrutura geral do crime e a aplicação e execução das sanções cominadas¹⁰, por outro, o sistema penal é representativo do que não está situado no plano abstrato, apesar de ter seus limites e vias de atuação habilitados por aquele discurso normatizador: o sistema penal nada mais é que um conjunto de agências que operam a gestão dos processos de criminalização primária (momento inventivo das leis) ou secundária (momento aplicativo das leis)¹¹. A operacionalidade real do

⁹ PAVARINI, Massimo. Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel mondo: dalla ‘ronda dei carcerati’ al ‘giromondo penitenziario’. *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Roma, n. 1-2, 2002, p. 106. “A crise da pena moderna é, em primeiro lugar, mensurável no seu grau de inflação, exatamente como a moeda” (tradução nossa).

¹⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 24.

¹¹ Ressaltando a existência de relações de concorrência existentes entre si, bem como de forma interna às suas próprias estruturas, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar alertam, numa caracterização bastante completa e exemplificativa, que “na análise de cada sistema penal devem ser consideradas as seguintes agências: a) as *políticas* (parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos); b) as *judiciais* (que incluem juízes, ministério público, serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública, organizações profissionais); c) *políciais* (que abarcam a polícia de segurança, judiciária ou de investigação, alfandegária, fiscal, de investigação particular, de informes privados, de inteligência do estado e, em geral, toda agência pública ou privada que cumpra funções de vigilância); d) as *penitenciárias* (pessoal das prisões e da execução ou da vigilância punitiva em liberdade); e) as de *comunicação social* (radiofonia, televisão, imprensa escrita); f) as de *reprodução ideológica* (universidades, academias, institutos de pesquisa jurídica e criminológica); e g) as *internacionais* (organismos especializados da ONU, da OEA, cooperação de países centrais, fundações,

segundo diante da “lupa jurídico-penal” primeira possibilita a realização de uma análise comparativa entre os elementos normativos segundo os quais as agências de controle penal deveriam operar em tese (“dever ser”), sua efetiva ação concreta (“ser”), podendo ou não agir em conformidade (“vir a ser”).

Para se realizar análise sobre a projeção de funcionalidade do sistema penal e em que medida se mostra legítimo, imprescindível se faz compreender o momento de sua “crise” pela qual, informa Lola Aniyar de Castro¹², deveríamos entender tanto a manifestação concreta de realização de sua principiologia no plano fático como ao que diz respeito à coerência interna dos níveis do poder e a seu grau de credibilidade, a partir de uma análise que atenda a pelo menos três níveis de verificação: (a) no nível de seus princípios formulados; (b) no de sua realização concreta; e, por fim, num sentido mais profundo, (c) no de suas funções reais.

Todo sistema penal possui em seu epicentro, coração funcional, a figura da “pena” e, respectivamente, uma “teoria da pena” que busque legitimar *a priori* a sua aplicação e, logicamente, *a posteriori* a existência do controle punitivo como um todo. O sistema penal precisa construir um discurso que o justifique como mecanismo imprescindível e viável para proteção de determinados interesses que não podem ser tutelados qualificadamente pelas demais ramificações jurídicas. A dogmática jurídico-penal, portanto, é o discurso jurídico responsável por estabelecer as condições de racionalização do seu exercício.

A moderna constituição do saber jurídico, enquanto técnica transnacionalizada¹³ de conhecimento assentada no paradigma dogmático da ciência¹⁴, cujas raízes são verdadeiras heranças históricas (jurisprudência romana, exegese medieval e sistemática moderna), não apenas se caracteriza pela pretensão racionalizante e gestão burocrática do Estado, detentor do monopólio de produção de leis e regulação da vida em sociedade, mas, justamente por isso, também estaria condicionada em sua “auto-imagem” a garantir a aplicação equânime de suas disposições (decisões previsíveis e uniformes) e segurança jurídica ao fim de ser útil à vida¹⁵.

candidatos a bolsas de estudo e subsídios” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I: Teoria geral do Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 60-61.).

¹² CASTRO, *Criminologia...*, 2005, pp. 133-134.

¹³ Para Welzel, a dogmática alemã representava um verdadeiro “baluarte contra invasões ideológicas” e teria resistido aos conflitos políticos do Terceiro Reich justamente por sua pretensão neutral. A este aspecto se juntaria outro: a sua capacidade de “transmissão”, daí que após seu aprimoramento tedesco teria sido acolhida em diversos sistemas jurídicos estrangeiros (Grécia, Itália, Espanha, Portugal, países da América do Sul, Japão, Coréia, Áustria e Suíça), além de países com os Estados Unidos que se empenhou por se aproximar a seu referencial (WELZEL, Hans. *A Dogmática no Direito Penal*. *Revista de Direito Penal*, São Paulo, n. 13/14, jan.-jun., 1974, p. 9).

¹⁴ Cf. JHERING, Rudolf Von. *La Dogmática Jurídica*. 2ª ed. Buenos Aires: Losada, 1946.

¹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: Escorço de sua configuração e identidade*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 18-21.

Do deslocamento das premissas da teoria do direito aos aportes da teoria da pena, cuja conotação está fortemente vinculada à tradição do liberalismo político e contratualismo clássico e à ideia de *fim*¹⁶ no direito penal, serão compreendidas e institucionalizadas nos ordenamentos jurídico-penais ocidentais a partir de uma perspectiva polifuncional: a proteção dos bens jurídicos (interesses vitais para o convívio social) e, em última análise, da sociedade, ocorrerá a partir da explícita adesão a fins punitivos: retribuições (teorias absolutas) e prevenções gerais, especiais, positivas e negativas (teorias relativas), com fins de reintegração, correção, dissuasão e neutralização. Não por acaso, a despeito de a Constituição Federal de 1988 se mostrar absenteísta e não explicitar qualquer teleologia concebível à pena (*por que punir?*), na legislação infraconstitucional ficam patentes os fins legitimantes, a exemplo de relevantes dispositivos do Código Penal (Lei nº 2.848/40)¹⁷ e da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84)¹⁸.

A dogmática jurídico-penal moderna, ademais de carregar consigo a pretensão racionalizadora/garantidora do poder punitivo e a formulação “científica” de promessa de segurança jurídica, é portadora de uma visão globalizante do crime e da pena chamada de “ideologia da defesa social”, isto é, a ideologia que é própria da ciência penal cuja função principal é a justificação e a racionalização do sistema de controle social em geral (mas em particular, do controle punitivo) como prática científica de defesa da sociedade contra o crime¹⁹, realocando funcionalidade social ao discurso penal.

Justamente por bem se declarar cumpridor de tais fins, o Estado brasileiro assume na atualidade compromissos nas dimensões internacional e doméstica no que diz respeito às

¹⁶ Inspirado em Rudolf von Ihering, a partir d’*O Fim no Direito* (1877), para o qual o fim do Direito seria a paz, Liszt foi um dos responsáveis por desenvolver a ideia de *fim* no direito penal – com importante colaboração para a teoria do bem jurídico – e, por consequência, da pena não meramente retributiva. O alemão é o autor da “doutrina teleológica da diferenciação da pena” e entendia a história do direito penal como a própria história da proteção dos interesses da sociedade. Assim, para ele: “*correção, intimidação, ‘inocuição’*: eis aqui, pois, efeitos imediatos da pena; as forças impulsoras inerentes a ela, por meio das quais ela realiza a *proteção dos bens jurídicos*” (LISZT, Franz von. *A idéia de fim no direito penal*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005, p. 56).

¹⁷ No dispositivo referente às circunstâncias judiciais que o magistrado deverá se basear para aplicar a pena *in concreto*, ficam bastante claros os discursos retributivo e preventivo: “Art. 59, CP. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação** e **prevenção** do crime” (grifo nosso).

¹⁸ Logo no artigo inicial, é explícito que o “espírito” da Execução Penal brasileira é norteador pelo discurso ressocializador: “Art. 1º, LEP. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica **integração social** do condenado e do internado” (grifo nosso). No mesmo sentido, no item 14 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (1983): “14. Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a **proteção dos bens jurídicos** e a **reincorporação do autor à comunidade**” (grifo nosso).

¹⁹ PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Trad. Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, pp. 49-50.

condições de procedibilidade da intervenção penal. À nível internacional, é signatário de diversos tratados de direitos humanos e, especificamente quanto ao tratamento penitenciário e ao cumprimento da pena, aderiu, *v.g.*, à Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966), à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), todos versando sobre a vedação à tortura e às penas cruéis e outras espécies de tratamento desumano e degradante.

Fundamental destacar ainda no contexto do pós-guerra, o papel do Brasil como membro-fundador das Nações Unidas em 1945, que ao integrar as Assembleias Gerais, passou a compactuar e a assumir uma série de compromissos em respeito a direitos e obrigações (*v.g.* Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos, 1990) e, a partir da redemocratização, sua adesão ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos ao assinar a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969 e ratificar a competência contenciosa de sua Corte em 1992, ambos importantes marcos internacionais da proteção dos direitos humanos pelo sistema penal.

Em âmbito interno, ao se considerar o constitucionalismo pós-88, tem-se explícito por fundamento e limites ao poder punitivo os princípios democrático e republicano, a cidadania e a dignidade humana (art. 1º, II e III, CF/88) e todo o rol de direitos e garantias fundamentais presentes no texto constitucional. É possível destacar nos incisos do artigo 5º, da CF, importantes marcos limitadores da tutela punitiva: II (legalidade) IV, VI, VIII, IX e X (lesividade), XLV (pessoalidade ou intranscendência da pena), XLVI (individualização da pena e instituição das penas em espécie), XLVII (humanidade ou vedação do excesso punível), XLVIII (distinções e estabelecimentos diferenciados para cumprimento de pena) e XLIX (integridade físico-moral do preso), L (direito de presidiárias à amamentação da sua prole), em conformidade com as determinações internacionais (art. 5º, §2º, CF), garantias propriamente penais, como LIII (jurisdicionalidade), LIV (devido processo legal), LVII (presunção de inocência), LV (contraditório e ampla defesa), garantias processuais penais.

Do ponto de vista oficial, no qual se encontram os mandamentos legais, constitucionais e internacionais, não apenas a íntima relação existe entre sistema penal e direitos humanos, quanto os compromissos por guarda, promoção e concretização, são, logo, inegáveis.

1.1.2 Operacionalidade real: crise estrutural e inversão dos direitos humanos

Desde uma perspectiva crítica, atesta Salo de Carvalho que o problema central da penologia, “para além da legitimidade jurídica das penas e dos seus critérios de limitação, é o de que os discursos de justificação (teorias da pena), invariavelmente, naturalizam as consequências perversas e negativas da pena como realidade”²⁰. Para Sánchez Rubio²¹, não apenas é um mecanismo epistemológico negativo quanto perverso, que, porém, deixa de ser visualizada criticamente pela cultura jurídica que a normaliza. De fato, para que se possa efetivamente problematizar a pena engendrada pelo sistema penal, imprescindível se torna abdicar de posicionamento romantizador que atribui funções positivas à punição.

Nestes termos, a visão trágica de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar é bastante precisa: “[...] a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes. O conceito assim enunciado é obtido por exclusão: a pena é um exercício de poder”²². Louk Hulsman²³, por sua vez, a destrona ao explicar que muito mais do que privação de liberdade, é um universo artificial onde tudo é negativo, ela é um mal social específico que produz um sofrimento estéril, um sofrimento não criativo, desprovido de sentido: um sofrimento *nonsense*.

Por outro lado, tão importante quanto compreender os elementos negativos sem embargo naturalizados pelos discursos legitimantes, é compreender que se a pena (com o arcabouço teórico que a legitima) ocupa papel central nos sistemas penais, o poder que é inerente ao sistema penal não reside tão apenas ou principalmente nela. O poder (punitivo) não se resume ao espectro repressivo²⁴, seus efeitos vão muito além de sua manifestação

²⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: Fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 41.

²¹ SÁNCHEZ RUBIO, David. *Inversión Ideológica y Derecho Penal Mínimo, Decolonial, Intercultural y Antihegemónico*. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). *Leituras de um Realismo Jurídico-Penal Marginal. Homenagem a Alessandro Baratta*. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica, 2012, p. 139.

²² ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro...*, 2011, p. 99.

²³ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. 2ª ed. Niterói: LUAM, 1997, p. 62.

²⁴ Trata-se da hipótese desenvolvida por Foucault: “[...] me parece que a noção de repressão é totalmente inadequada para dar conta do que existe justamente de produtor no poder. Quando se definem os efeitos do poder pela repressão, tem-se uma concepção puramente jurídica desse mesmo poder; identifica-se o poder a uma lei que diz não. O fundamental seria a força da proibição. Ora, creio ser essa uma noção negativa, estreita e esquelética do poder que curiosamente todo mundo aceitou. Se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não, você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considera-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir” (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. Roberto Machado. 25ª ed. São Paulo: Graal, 2012, pp. 44-45).

negativa: “vigiar, observar, controlar movimentos e ideias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizações entre desfavorecidos etc.”²⁵. Em sua feição positiva, o poder punitivo é configurador, verticalizador, vigilante, militarizador, disciplinar.

O que se percebe é que o sistema penal possui uma lógica operacional que vai muito além de sua função de defesa social e dos direitos humanos. Existe uma contradição entre este “sistema penal aparente” e o que Lola Aniyar de Castro²⁶ chamou de “sistema penal subterrâneo”, no qual seu conjunto de agências executivas do poder punitivo real atuam à margem da legalidade realizando processos de criminalização gerenciados pelo estereótipo de indivíduos à nível de presunção de culpabilidade, atuam na manutenção da marginalidade social e neutralizam direitos individuais e sociais das grandes massas (v.g. indígenas, imigrantes, negros, jovens, minorias sexuais e dissidentes), com explícitos procedimentos de exceção diante das classes subalternas (v.g. violações de domicílio, violências policiais, violações de direito à imagem, prisões preventivas por prazo indeterminado, execuções sem processo, imposição de sofrimentos físicos e morais etc.).

O segundo nível de análise apontado por Castro, em sua proposta de verificação dos graus de legitimidade do poder punitivo operado pelos sistemas penais, diz respeito ao grau de realização de seus princípios programadores (discurso oficial) *in concreto*. No que se refere em específico à realidade latino-americana na qual está inserido o Brasil, as evidências empíricas apontam para o déficit de realização de seus objetivos ou fins declarados.

Ao fazer uma análise sobre a lógica operacional do controle social e da manifestação do poder punitivo em nosso contexto, David Sánchez Rubio²⁷ é bastante preciso e incisivo ao comentar que na América Latina os Estados de Direito estão assentados em um controle social excludente, verticalizado, militarizado, patriarcal, sexista, economicista, desigual, xenófobo, racista e ocidental-centrista, cujo direcionamento, sob a lógica discriminatória reforçada pelo binômio “crime-castigo”, operante em direção à parcela da população mais vulnerável e permanentemente vitimizada, não à toa, incômoda às oligarquias detentoras do poder.

²⁵ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro...*, 2011, pp. 98-99.

²⁶ CASTRO, Lola Aniyar de. Derechos Humanos, Modelo Integral de la Ciencia Penal y Sistema Penal Subterráneo. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*. Buenos Aires: Depalma, pp. 233-247, 1984.

²⁷ SÁNCHEZ RUBIO, *Inversión Ideológica y Derecho Penal Mínimo...*, 2012, p. 144.

Ao analisar a funcionalidade real das agências de punitividade, Zaffaroni²⁸ identifica que características como a seletividade, a violência e as suas formas de reprodução, a manifestação contínua de condutas cada vez mais lesivas, a corrupção institucionalizada, a sua verticalização social e a destruição das relações sociais, não podem ser compreendidas como problemas conjunturais – o que justificaria a falta de efetividade na realização de seus objetivos programados –, senão estruturais ao exercício de todos os sistemas penais.

No entanto, se por um lado, todos os sistemas penais apresentam problemas inerentes à sua arquitetura funcional, por outro, a problemática nos sistemas penais latino-americanos é potencializada: na “margem” do centro global, os níveis de corrupção, estratificação, seletividade, desigualdade, são inigualáveis. Segundo o criminólogo portenho, em nossos “sistemas penais marginais” as agências de punitividade operariam com um nível tão alto de violência que causariam mais mortes que a totalidade de homicídios dolosos entre desconhecidos cometidos por particulares, não obstante, explicitamente genocidas, operariam desde o signo da morte: um “genocídio em andamento”²⁹.

Várias das afirmações apontadas como características estruturais relativas ao sistema penal subterrâneo na América Latina podem ser confirmadas por dados e estudos realizados por órgãos especializados.

No marco da Relatoria sobre Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (2011), também reconheceu estar a violação sistemática de direitos humanos na região vinculada à problemas essencialmente estruturais.

²⁸ ZAFFARONI, *Em Busca das Penas...*, 2001, pp. 24-27.

²⁹ Considerando os sistemas penais latino-americanos como “marginais” em três sentidos – (a) estamos na periferia do poder planetário em relação aos países centrais, (b) os fatos de poder devem ser entendidos na relação de dependência com o poder central e (c) a maioria da população-alvo da violência do sistema penal é composta por marginalizados pelo poder –, Zaffaroni descreve o singular da operacionalidade das agências de punitividade: a morte: “Há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada, ou seja, fuzilamento sem processo). Há mortes por grupos parapoliciais que implicam a eliminação de competidores em atividades ilícitas (disputa por monopólio de distribuição de tóxicos, jogo, prostituição, áreas de furtos, roubos domiciliares, etc.). Há ‘mortes anunciadas’ de testemunhas, juizes, fiscais, advogados, jornalistas, etc. Há mortes de torturados que não ‘aguentaram’ e de outros em que os torturadores ‘passaram do ponto’. Há mortes ‘exemplares’ nas quais se exhibe o cadáver, às vezes mutilado, ou se enviam partes do cadáver aos familiares, praticadas por grupos de extermínio pertencentes ao pessoal dos órgãos dos sistemas penais. Há mortes por erro ou negligência, de pessoas alheias a qualquer conflito. Há mortes do pessoal dos próprios órgãos do sistema penal. Há alta frequência de mortes nos grupos familiares desse pessoal cometidas com as mesmas armas cedidas pelos órgãos estatais. Há mortes pelo uso de armas, cuja posse e aquisição é encontrada permanentemente em circunstâncias que nada têm a ver com os motivos dessa instigação pública. Há mortes em represália ao descumprimento de palavras dadas em atividades ilícitas cometidas pelo pessoal desses órgãos do sistema penal. Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário. Há mortes por violência exercida contra presos nas prisões. Há mortes por doenças não tratadas nas prisões. Há mortes por taxa altíssima de suicídios entre os criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconscientes. *Há mortes...*” (ZAFFARONI, *Em Busca das Penas...*, 2001, pp. 164-165/124-125).

Destacou como sendo os principais: (a) a superpopulação e a superlotação; (b) as deficientes condições de reclusão, tanto físicas, como relativas à falta de provisão de serviços básicos; (c) os altos índices de violência carcerária e a falta de controle efetivo das autoridades; (d) o emprego de tortura com fins de investigação criminal; (e) o uso excessivo de força por parte da segurança dos centros penais; (f) o uso excessivo de prisões preventivas; (g) a ausência de medidas efetivas de proteção de grupos vulneráveis; (h) a falta de programas laborais e educativos; (i) a corrupção e a falta de transparência na gestão penitenciária³⁰.

As mesmas Comissão³¹ e Relatoria, a partir do *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* (2013), reconheceram o problema crônico a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva no âmbito latino-americano. Destacaram ter sido a mesma conclusão tirada pela *3ra Reunión de Autoridades Responsables de Políticas Penitenciarias y Carcelarias*, cujo objetivo se resumiu em intercambiar diálogo entre as autoridades responsáveis pelos sistemas penitenciários dos países membros da OEA, em Washington, em 2012, apontando para aproximados 40% de presos provisórios na região, concluiu, não obstante se tratar de ferramenta importante para a administração da justiça democrática, que da forma que vem sendo aplicada – muita das vezes, como verdadeira antecipação de pena contra grupos vulneráveis – (o que seria devido a diversos motivos: v.g. questões legais, problemas estruturais relativos à administração da justiça, ameaças à independência judicial, tendências da cultura judicial etc.) ser incompatível com os pressupostos de direitos humanos do Estado Democrático de Direito, das Convenção e Declaração Americanas e da Carta da OEA.

Em sentido semelhante, o Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquent (ILANUD) também destacou aqueles que seriam os cinco problemas ou necessidades principais dos sistemas penitenciários na América Latina e no Caribe, coincidentes com a visão dos atores do sistema penal: (a) a ausência de políticas integrais (criminológicas, de direitos humanos, penitenciárias, de reabilitação, de gênero, de justiça penal); (b) a superlotação carcerária, originada em orçamentos reduzidos, e a falta de adequada infraestrutura penitenciária; (c) a deficiente qualidade de vida dos encarcerados nas prisões; (d) a insuficiência de pessoal penitenciário com capacitação devida; (e) a ausência de programas de capacitação e de trabalho para pessoas presas. Ressaltou-se,

³⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. Washington: OEA, 2011.

³¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Washington: OEA, 2013.

ainda, a condição de especial gravidade relacionada às grandes taxas de encarceramento: pessoas presas provisoriamente, com especial destaque para o caso brasileiro e argentino³².

A Human Rights Watch³³, em seu último relatório mundial, analisou, dentre outros aspectos, a segurança pública e a práxis das agências policiais no cotidiano brasileiro, dando destaque para 436 mortes no Rio de Janeiro e 505 mortes em São Paulo (aumento equivalente a 93% se comparado a 2013), nos primeiros nove meses de 2014. Além disso, destacou as péssimas condições de higiene e habitação em instituições prisionais brasileiras, marcadas, sobretudo, pela superlotação – que no Brasil teve aumento de 45% de 2006 para 2013, com mais de 230.000 presos provisórios – e violência intracarcerária, com várias denúncias (5.431) de tortura, maus-tratos e tratamentos cruéis em unidades prisionais e repartições policiais encaminhadas para a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos nas quais agentes da segurança pública e administração penitenciária apenas excepcionalmente são responsabilizados, como se a lógica do sistema penal realmente possibilitasse a retroalimentação da violência cotidiana.

Segundo os registros do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP)³⁴, no marco de seu último anuário, a cada 3 (três) horas pelo menos uma pessoa foi morta pela polícia em 2014, resultando em um total de 3.009 vítimas (37,2% de crescimento de letalidade em relação a 2013), morrendo, paralelamente, ao menos um policial por dia (398 ao todo, ou seja, redução de 2,5% em relação a 2013). A Anistia Internacional³⁵, por sua vez, destacou em interessante estudo sobre as práticas policiais no Rio de Janeiro, o impacto que os estereótipos negativos associados à juventude, negra, marginalizada, das favelas, contribuem para a banalização e naturalização da violência, ao apontar pelo menos dois relevantes dados: (a) 8.466 foram as vítimas de homicídios decorrentes da intervenção policial carioca durante os anos de 2005 e 2014; (b) com um aumento de 143% (1980 a 2012), durante o ano 2012, das 56.000 pessoas assassinadas, destas, mais de 50% possuíam entre 15 a 29 anos, sendo 77% negras.

Por fim, ainda é válido registrar algumas informações conclusivas do Atlas da Violência (2016)³⁶, fruto da cooperação técnica entre Instituto de Pesquisa Econômica

³² CARRANZA, Elías (coord.). *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*. México: Siglo XXI/ILANUD/IRW, 2009, pp. 29-79.

³³ HUMAN RIGHTS WATCH. *World Report: Events of 2014*. New York: HRW, 2015, pp. 115-117.

³⁴ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: FBSP, ano 9, 2015.

³⁵ ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho! Homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

³⁶ CERQUEIRA, Daniel et al. *Mapa da Violência 2016: Nota técnica nº. 17*. Brasília: FBSP/IPEA, 2016, pp. 39-40. A propósito das violências praticadas pelas agências de punitividade, cf. MORAIS, Rômulo Fonseca. Da

Aplicada (IPEA) e Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), cuja análise se dá entre 2004 e 2014: (a) até 2014, pelo menos 59.627 pessoas foram vítimas de homicídio no Brasil (taxa equivalente a 29,1 mortes/100.000 habitantes); (b) este resultado é equivalente a mais de 10% das mortes contabilizadas em todo o mundo, segundo os dados oficiais (o Brasil se encontra entre as 12 maiores taxas de homicídios a cada 10.000 habitantes no *ranking* mundial, que conta com 154 países); (c) em 2014, 61 jovens, entre 15 a 29 anos, foram vítimas de homicídio para cada 100.000 jovens; (d) de 2004 a 2014, a taxa de homicídios de negros aumentou em 18,2% (ao tempo que o indicador de não negros diminuiu 14,6%). O que se pode concluir é que, ao contrário da ilusão que o sistema penal busca prover (redução e controle da criminalidade e dos índices de violência), o que se percebe é uma total reversão, pois, ainda que fosse contabilizada a margem de erro referente a toda pesquisa oficial, os índices são provas incontestáveis da irrealizabilidade do projeto político-criminal declarado.

Desde o empírico (dados coletados), a “crise” do sistema penal no Brasil, do ponto de vista da realização dos direitos humanos a que se propõe (programação oficial), é praticamente inegável, desembocando o discurso de legitimação das práticas do controle penal, em analogia à afirmação de Franz Hinkelammert, na “[..] **inversión de los derechos humanos**, en cuyo nombre se aniquila a los propios derechos humanos”³⁷. Como se aborda a seguir, este fenômeno se mostra incontestado no que se refere ao problema do encarceramento, com destaque privilegiado para a problemática das prisões preventivas.

1.2. Reinvenção das prisões e grande encarceramento brasileiro

1.2.1 O “giro punitivo” na periferia do capitalismo globalizado neoliberal

No campo da investigação penológica, o final do século XX pode ser compreendido como um período simultaneamente caracterizado por transições, ressignificações e paradoxos no que se refere aos rumos político-criminais tomados em diversos países do mundo ocidental. Muito além da busca pela neutralidade como recurso de justificação da programação político-científica do controle penal, os rumos que a penalidade passa a tomar neste período não ocorrem por acaso, e mais: assim como qualquer discurso no campo penal, produz efeitos que potencializam ou contém as violências, mas nunca são indiferentes a ela.

visibilidade das violências protagonizadas à invisibilidade das violências sofridas: A juventude popular nas trincheiras. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, nº 273, pp. 4-5, ago. 2015.

³⁷ HINKELAMMERT, Franz. La inversión de los derechos humanos: El caso de John Locke. *Revista Pasos*, San José de Costa Rica, n. 85, set.-oct., 1999, pp. 20-21, grifo nosso. “[...] **inversión dos direitos humanos**, em cujo nome se aniquila os próprios direitos humanos” (tradução livre).

Até meados da década de 70, os maiores especialistas sobre a questão criminal no mundo³⁸ eram uníssomos em reconhecer a ruína da prisão enquanto instituto capaz de cumprir com seus objetivos legitimadores (naquele momento, em especial a reabilitação). No campo criminológico, as constatações inevitavelmente rememoram três grandes obras – *Punishment and Social Structure* (1939), de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, *Surveiller et Punir* (1975), de Michel Foucault e *Carcere e Fabbrica: Alle origini del sistema penitenziario* (1977), de Massimo Pavarini e Dario Melossi –, todas, a partir de seus respectivos métodos e pressupostos, concluindo pela impossibilidade de compreensão das finalidades e funções do cárcere desvinculado de seu contexto social. Uma premissa seria indiscutível: os sistemas punitivos guardam íntima vinculação com os modelos econômico-políticos das sociedades em que se situam; a prisão, em conformidade com o mercado de trabalho, reproduz as relações de produção e viabiliza exclusão dos “indesejados”.

Efetivamente, ainda não se descobriu de forma indubitável como a penalidade tomou direcionamento inimaginável pelos *experts* e a(s) causa(s) possível(eis) do *status quo* do encarceramento global. Conquanto, seguindo a hipótese iniciada pelos autores supracitados e desenvolvida por várias correntes críticas da criminologia e da sociologia, vários foram os autores que relacionaram o “giro punitivo” operado na década de 80 ao advento do projeto neoliberal³⁹.

³⁸ “[...] em meados dos anos 1970, os três principais historiadores revisionistas da prisão – David Rothman, Michel Foucault e Michael Ignatieff – concordavam com os sociológicos radicais Stanley Cohen e Andrew Scull, bem como com os penólogos do sistema, Hermann Mannheim e Norval Morris. Todos viam a prisão como uma instituição em declínio inevitável, destinada a ser substituída no médio prazo por instrumentos de controle social mais difusos, discretos e diversificados” (WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. Trad. Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, pp. 32-33). Em sentido semelhante, Salo de Carvalho diagnostica que o modelo correccionalista passou a ser tido como inviável e, a seguir, passou a ser desestabilizado devido a dois discursos deslegitimadores: (a) pela falta de capacidade e/ou interesse na manutenção do modelo *penal-welfare* (argumento de fundo político-econômico proveniente do pensamento conservador) e (b) devido às críticas produzidas contra à finalidade de correção de condenados (v.g. criminologia crítica e garantismo) e pela falta de controle sobre o regime de penas altamente flexíveis (teoria do justo merecimento) (argumento de fundo teórico-acadêmico em conformidade com as tendências críticas) (CARVALHO, Salo de. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: O exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 7-8).

³⁹ Cf. WACQUANT, Loïc. *Toward a dictatorship over the poor? Notes on the penalization of poverty in Brazil*. *Punishment & Society*, London, v. 5 (2), pp. 197-205, 2003; GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, pp. 8-20; ROSA, Alexandre Morais da. *Discurso Neoliberal e Estado Democrático de Direito*. *Ciências Sociais Aplicadas em Revista – UNIOESTE*, Marechal Cândido Rondon, v. 8, nº 15, pp. 27-40, 2º sem. 2008; SÁNCHEZ, Ignacio González. *Redefiniendo la pobreza y la penalidad: La formación del Estado neoliberal*. *RES – Revista Española de Sociología*, nº 15, pp. 97-102, 2011; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do pensamento economicista no Direito Criminal de hoje*. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 31, pp. 37-49, 1999; LEMOS, Clécio. *Política Criminal no Brasil Neoliberal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011; GOMES, Marcus Alan de Melo. *Uma epistemologia da política criminal racional e democrática*. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al. (Org.). *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

As duas últimas décadas do século passado, conjugadas com a simbólica queda do muro de Berlim e o fim da guerra fria, propiciaram a instauração de uma “nova ordem mundial”, possível pelos níveis de mundialização do capital e o advento da revolução técnico-científica e informacional (globalização). Com o desmonte do Estado de bem-estar, consolidou-se uma “nova arte de governar”⁴⁰, fundada no Estado mínimo e na hegemonia do mercado.

O chamado “neoliberalismo” se insurgiu em oposição ao *Welfare State* europeu e ao *New Deal* norte-americano na busca por “justiça social”, “democracia de mercado”, “liberdade de escolha”, “equidade”, “igualdade de oportunidades” etc. Ao contrário do liberalismo clássico, o “novo liberalismo”, verdadeira negação da perspectiva pioneira, reage ao excesso de igualitarismo a partir de doutrinas conservadoras condicionantes da legitimidade do projeto do capital e da ilegitimidade da socialista⁴¹. Foucault⁴², em crítica incisiva, explica que o neoliberalismo, na forma alemã ou na americana, não é uma espécie de “ressurgência” das fórmulas liberais próprias dos séculos XVIII e XIX. Na atualidade neoliberal, o que importa não é deixar a economia livre, mas saber em que medida o mercado pode servir de princípio para um Estado. Para o pensador francês, essencial não está na *troca*, mas na *concorrência*; o essencial para o mercado não é a *equivalência*, mas a *desigualdade* para assegurar a sua racionalidade econômica.

Os impactos da nova ordem são expandidos em diversos setores da vida. O Direito, situado no contexto de fragilização do Estado-Nação pela globalização, foi transformado em “[...] instrumento econômico diante da mundialização do Neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente pragmática de custos/benefícios (*pragmatic turn*), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas”⁴³. Para Jacinto N. de M. Coutinho, “O direito, assim, é um empecilho, não propriamente porque consolida situações, engessando a história, mas porque isso pode significar a impossibilidade da tão almejada *eficiência*, imprescindível quando tudo passa a ser competição”⁴⁴, não obstante, erroneamente identificada à *eficácia* e que propiciará a sua *flexibilização*.

Exsurge uma nova lógica praticável a partir da qual o critério de *eficiência* será qualificado como “princípio jurídico norteador”. Se a aposta no intervencionismo social do

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*: Curso dado no Collège de France (1978-1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁴¹ COUTINHO, O papel do pensamento economicista..., 1999, p. 38; ROSENMAN, Marcos Roberto Roitmann. Neoliberalismo. In: SADER, Emir; JINKINGS, Ivana (coord.). *Enciclopédia Contemporânea da América Latina e do Caribe*. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 850.

⁴² FOUCAULT, *Nascimento da...*, 2008, pp. 159-162.

⁴³ ROSA, Processo Penal Eficiente?..., 2010, pp. 13-14.

⁴⁴ COUTINHO, O papel do pensamento economicista..., 1999, p. 40.

Welfare era incompatível aos anseios determinados pelos intelectuais neoliberais, doravante, a “‘mão invisível’ do mercado do trabalho desqualificado encontra seu prolongamento ideológico e seu complemento institucional no ‘punho de ferro’ do Estado penal, que se amplia e se desdobra de modo a *jugular as desordens geradas pela difusão da insegurança social*”⁴⁵. Símbolo desta crença serão os movimentos repressivistas norte-americanos (v.g. política criminal da *zero tolerance*, teoria da *three strikes and you’re out*, políticas de *law and order* etc.) e, no início do século, a teorização do “direito penal do inimigo” (*Feindstrafrecht*), por Günther Jakobs, as quais poderiam ser sintetizadas na aposta pelo poder punitivo enquanto via ótima para a redução e a prevenção da criminalidade.

Do que Larrauri chamou de “renascimento da penologia”⁴⁶, a consolidação das políticas responsáveis pelo recrudescimento punitivo (“populismo punitivo”) decorreria basicamente de quatro fatores: (1º) *neoliberalismo econômico*, que substitui o Estado social para o Estado punitivo, aumentando as desigualdades, favorece a insegurança devido à instabilidade laboral, produz um setor de pessoas excluídas em função da etnia, gênero, idade e classe social; (2º) *neoconservadorismo*, que enfatiza a imagem do “delinquente perigoso” e um discurso enfatizador da responsabilidade individual; (3º) *insegurança ontológica*, devido à ausência de uma comunidade local, estrutura familiar, desigualdades sociais, sentimentos de racismo etc.; e (4º) *aumento continuado do delito*, quantitativa (taxa de delitos registrados) e qualitativamente, passando a ser mais violento, organizado e transnacional⁴⁷.

Seguindo o mesmo raciocínio, David Garland⁴⁸, em *The Culture of Control* (2001), entende que a forma que operou o “giro punitivo” e as mutações na penalidade decorreram da funcionalidade que a punição passou a ter de acordo com as imposições neoliberais. Mais que isso, a despeito de sua análise partir das experiências da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos, as novas tendências punitivas (riscos, inseguranças, controle) seriam próprias do estágio social, econômico e cultural que ocupam outras sociedade na pós-modernidade, podendo, ainda que com variações referentes às suas realidades específicas, sofrerem dos mesmos sintomas⁴⁹.

⁴⁵ WACQUANT, *Punir os Pobres...*, 2013, p. 32.

⁴⁶ LARRAURI, Elena. La economía política del castigo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 11, nº 6, 2009.

⁴⁷ LARRAURI, Elena. Populismo punitivo... y como resistirlo. *Jueces para la Democracia*, marzo., nº 55, 2006, pp. 16-17.

⁴⁸ GARLAND, *The Culture of Control...*, 2001, pp. 8-20.

⁴⁹ Para o sociólogo escocês, doze seriam os principais sintomas do “renascimento da penologia”: (1.) *o declínio do ideal de reabilitação*, a partir da revitalização da pena pelos fins de retribuição, neutralização e gestão de riscos; (2.) *o ressurgimento do retributivismo*, incorporado em leis e políticas penais, respaldado no sentimento de vingança das vítimas e; (3.) *tom emotivo da política criminal*, devido à emergência do medo do crime que reformatará o novo discurso político-criminal; (4.) *retorno do da vítima*, que passa a ocupar papel de destaque na

Da dimensão global-ocidental (Estados Unidos e Europa) à margem sul-periférica, da crise do *Welfare*⁵⁰ à transnacionalização do projeto neoliberal para a realidade latino-americana, sobre a intensidade dos impactos que a apropriação deste modelo engendrará, constata-se que

[...] se nos países centrais a reinvenção da prisão adquire funções instrumentais na nova lógica do capitalismo contemporâneo pós-*Welfare State*, o seu revigoramento adquirirá potência em grau superlativo nos países periféricos. Na margem, como é notório, as conquistas do Estado Social foram mero simulacro e, no que tange especificamente à dimensão do penal, os modelos correcionalistas foram implementados apenas formalmente. Em termos punitivos, o retribucionismo nunca foi abandonado, apesar de reingressar na atualidade com força máxima em face da nova legitimação (científica e política) advinda das agências centrais de controle, obtendo impacto substantivo nos índices de encarceramento⁵¹.

Na lógica do sistema penal do empreendimento neoliberal, na qual o social é contido e o penal é ampliado, é preciso compensar a sensação de insegurança cumulada com o déficit de legitimidade patente em sua operacionalidade, a partir da eficiência punitiva, que direciona o *postestas puniendi* aos desajustados da nova política econômica e relegitima a pena. No desenrolar da nova lógica do capital, o agigantamento punitivo será direcionado, em vista de sua própria condição estrutural, à determinada parcela da sociedade via seletividade discriminatória imanente ao controle penal, cuja atenção é, praticamente, voltada em sua totalidade ao contingente de particulares mais vulneráveis à criminalização e à penalização.

política criminal (v.g. leis com nome); (5.) *valorização do “público”*, justificante do discurso securitário de contenção de perigos e riscos e, não à toa, da pena neutralizante; (6) *novo populismo*, que desloca a política criminal do campo científico dos especialistas para o campo eleitoral-demagogo; (7.) *reinvenção das prisões*, que dará azo ao encarceramento massivo no mundo; (8.) *transição do pensamento criminológico*, que na “criminologia do cotidiano”, não se preocupa em eliminar o crime, mas controlá-lo e geri-lo; (9.) *expansão do sistema penal e segurança comunitária*, marcado pela expansão do policiamento comunitário, vigilância de bairros etc.; (10.) *comercialização do controle do delito*, com a abertura das agências do justiça penal às privatizações (v.g. presídios); (11.) *novos estilos de gerência e rotinas de trabalho*, novo espírito que atinge todas as agências do sistema penal (v.g. princípios de custo-benefício, lógica atual etc.); (12.) *permanente sensação de crise*, ou descrença no sistema penal por todos (GARLAND, *The Culture of Control...*, 2001, pp. 8-20).

⁵⁰ Rosenmann ilustra a realidade latino-americana: “Ainda que fossem anos de expansão, a crise da década de 1970 impôs um duro golpe às políticas keynesianas. Um novo ciclo recessivo questionava seus argumentos. O modelo keynesiano, elaborado com o propósito de resolver os problemas das economias ocidentais, enfraquecia diante da inesperada coexistência de inflação e desemprego. Sua aplicação na América Latina, filtrada pelas propostas da CEPAL [Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe], deparava com dificuldades específicas para realizar as transformações da estrutura produtiva, que tinham como objetivo uma aplicação de tecnologia excessivamente poupadora do fato trabalho, e que impedia uma redistribuição intersectorial equilibrada do trabalho e altas elasticidades da demanda que provocavam uma significativa entrada de produtos de alto valor agregado, deteriorando a balança de pagamentos e a relação de troca. Para os detratores do modelo keynesiano, era o momento de propor uma nova ordem para o desenvolvimento do capitalismo, centrada na hegemonia do mercado” (ROSENMAN, *Neoliberalismo...*, 2006, p. 850).

⁵¹ CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 361.

Para Salo de Carvalho⁵², os grupos-alvo das agências de controle são aqueles cujos rótulos aplicados referem-se à juventude negra, pobre e marginalizada, quando muito vinculados ao comércio de drogas ilícitas nas periferias, tidos por desajustados que demandam neutralização. O criminólogo gaúcho sustenta a hipótese de que no Brasil a pena nunca abandonou sua função latente de controlar indivíduos perigosos e inconvenientes, mesmo no auge do correccionalismo, vigorando atualmente, em forma ótima, como mecanismo de controle e exclusão social.

Para Vera Malaguti Batista⁵³, a prisão não perdeu seu sentido, apenas adquiriu novo espaço ao ser conjugada com novas tecnologias de controle, vigilância e extermínio da periferia pobre, com nítido assentimento da mídia alarmante e do senso comum. A pena seria, portanto, reforçada enquanto dogma de resolução dos conflitos sociais, num contexto em que a penalidade não apenas é mais severa como as garantias são flexibilizadas. Vera Andrade, caracteriza a nova realidade do controle punitivo a partir de quatro dimensões fundamentais: “a. expansão quantitativa (maximização) do controle; b. expansão qualitativa (diversificação): continuidade, [...] redefinição de penas, métodos, dispositivos, tecnologias de controle; c. expansão do controle social informal – pena privada; d. minimização das garantias”⁵⁴.

No cenário brasileiro, após o advento do Código Penal de 1940 e Processual Penal de 1941 – sob as bases ditatoriais do *Codice Rocco* italiano e *Code d’Instruction Criminelle* napoleônico –, nas circunstâncias do Estado Novo varguista, forjou-se modelo bélico de repressão penal sob as matrizes da segurança nacional (*vide* Lei de Segurança Nacional), verificando-se um amplo espectro de oscilações na legislação penal em sentido ascendente.

A despeito de redemocratização do país com a Constituição de 1988 consagrar um marco indubitável na tutela das liberdades individuais diante do Estado, impossível negar que o texto constitucional trouxe consigo dispositivos com abertura ao punitivismo, que será complementada, desde de seu conteúdo programático, pela legislação infraconstitucional.

Ante as inovações legais – *v.g.* Lei nº 7.716/89 (crimes de preconceito de raça ou cor), 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo), 8.176/91 (crimes contra a ordem econômica), 9.455/97 (crimes de tortura), 9.613/98 (lavagem de dinheiro), 7.960/89 (prisão temporária), 9.605/98 (crimes ambientais), 10.028/00 (responsabilidade fiscal), 10.792/03 (RDD), 10.826/03 (estatuto do desarmamento), 7.716/89,

⁵² CARVALHO, *Penas e Medidas de Segurança...*, 2013, pp. 136-137.

⁵³ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 99-102.

⁵⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). *Faturas do Sistema Penal*. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 34.

8.072/90, 9.034/95 e Lei nº 9.455/47 (casos de inafiançabilidade e verdade à liberdade provisória), Lei nº 8.038/90 (execução provisória) –, *ferramentas do grande encarceramento*⁵⁵, Salo de Carvalho explica que as décadas de 60 e 80 teriam tido grande relevância punitivista em decorrência da elaboração da Lei nº 6.768/76 (Lei de Drogas) – a seguir, Lei nº 11.346/06 –, bem como a Lei nº 8.072/90 (criou novos tipos, aumentou penas, restringiu direitos etc.), destacando aqueles que seriam os principais fatores do aumento do encarceramento no Brasil:

(a) criação de novos tipos penais a partir do rol de bens jurídicos expostos na Constituição (campo penal); (b) ampliação da *quantidade* de pena privativa de liberdade em inúmeras e distintos delitos (campo penal); (c) sumarização do procedimento penal, com o alargamento das hipóteses de prisão cautelar (prisão preventiva e temporária) e diminuição das possibilidades de fiança (campo processual penal); (d) criação de modalidade de execução penal antecipada, prescindindo o trânsito em julgado da sentença condenatória (campo processual e da execução penal); (e) enrijecimento da *qualidade* do cumprimento da pena, com a ampliação dos prazos para progressão e livramento condicional (campo da execução penal); (f) limitação das possibilidade de extinção da punibilidade com a exasperação dos critérios para indulto, graça, anistia e comutação (campo da execução penal); e (g) ampliação dos poderes da administração carcerária para definir o comportamento do apenado, cujos reflexos atingem os incidentes de execução penal (v.g. Lei 10.792/03) (campo penitenciário)⁵⁶.

Inegável, pois, que o “giro punitivo” operado na virada do século, na conjuntura da transnacionalização do capitalismo globalizado, a partir da consequente consolidação de políticas criminais repressivistas junto à legislação pátria, possibilitou vultuoso impacto nas taxas de encarceramento nacionais.

Não obstante a análise realizada, fundamental notar que a clamorosa atualidade jurídico-política brasileira em nada a descaracteriza. O momento a que se refere diz respeito às atuais e escandalosas investigações nacionais envolvendo e resultando na prisão de poderosos e influentes agentes detentores do poder político-econômico (v.g. “Mensalão”, “Petrolão” e “Lava Jato”), fortalecendo-se cada vez mais um discurso popularesco de aprisionamento dos mais poderosos (*white collar criminality*), sempre sob o manto do “combate à corrupção” ou, até mais que isso, num nítido combate ideológico e político-partidário guinado a derrubar as forças políticas que governam o país na atualidade (*vide* problemática atual do *impeachment* da presidente, tentativas de aprisionamento do ex-presidente etc.), ainda que por conta disso tenha-se que destronar a Constituição, a legalidade, a democracia e os direitos fundamentais.

⁵⁵ Cf. LEMOS, *Política Criminal no Brasil...*, 2011, pp. 106-110.

⁵⁶ CARVALHO, *O Papel dos Atores...*, 2010, pp. 35-36.

Maria Lúcia Karam trabalhou a questão no antológico *A Esquerda Punitiva* (1996), texto já consagrado nas ciências criminais, no qual desenvolve a problemática da defesa da ordem neoliberal pela esquerda, argumentando de forma brilhante a questão, a demanda por reações punitivas sob a lógica invertida da seletividade, isto é, com pautas direcionadas ao combate da “criminalidade dourada” (classes privilegiadas e detentoras do poder político-econômico). Em excerto que bem explica a atualidade brasileira, destacada a autora:

Este histórico e irracional combate à corrupção, reintroduzindo o pior do autoritarismo que mancha a história de generosas lutas e importantes conquistas da esquerda, se faz revitalizador da hipócrita prática de trabalhar com dois pesos e duas medidas (o furor persecutório volta-se apenas contra adversários políticos, eventuais comportamentos não muito honestos de companheiros ou aliados sempre sendo compreendidos e justificados) e do aético princípio de fins que justificam meios, a incentivar o rompimento com históricas conquistas da civilização, com imprescindíveis garantias das liberdades, com princípios fundamentais do Estado de Direito⁵⁷.

Segundo Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, a situação pode ser explicada pelo conceito de *criminalização devida à falta de cobertura*, para a qual eventualmente o poder punitivo seleciona pessoas invulneráveis mas que, excepcionalmente, tiveram a sua imunidade rompida por se encontrar em uma pior situação decorrente de algum confronto por poder hegemônico, de modo que os raríssimos casos de “*falta de cobertura* servem para alimentar a ilusão de irrestrita mobilidade social vertical, configurando a outra face do mito de que qualquer pessoa pode ascender até a cúspide social a partir da própria base da pirâmide (*self made man*)”⁵⁸. Afinal de contas, como diria Pavarini, “para cada colarinho branco algemado no espetáculo das polícias (à la FBI ou Swat), milhares de jovens pobres jogados nas horrendas prisões brasileiras. O importante é a fé na purificação pelo castigo, o grande ordenador social dos dias de hoje”⁵⁹.

1.2.2 Grande encarceramento e prisões preventivas: a evidência do “punitivismo preventivo” à brasileira – o caso paraense

Segundo Máximo Sozzo⁶⁰, o indicador relativo às taxas de encarceramento é incompleto para medir os níveis de punitividade (níveis de dor e sofrimento) produzidos pelo

⁵⁷ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva. Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, nº 1, 1º sem., 1996, p. 80.

⁵⁸ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro...*, 2011, p. 50.

⁵⁹ BATISTA, Vera Malaguti. Sulfurosas marginalizações. *Revista de História*, São Paulo, nº 160, 1º sem. de 2009, p. 390.

⁶⁰ SOZZO, Máximo. ¿Más allá del neoliberalismo? Cambio político y penalidad en América del Sur. *Cuadernos del pensamiento crítico latinoamericano*, CLACSO, Buenos Aires, nº 23, 2ª época, mayo, 2015, p. 1.

sistema penal, porém, ainda que imperfeito, resulta em um bom ponto de partida para sua compreensão, afinal, ao menos *a priori*, possibilita aproximação à complexidade do fenômeno. Em se tratando da prisão, possibilita averiguar a sua instrumentalização pelas agências judiciais (como pena ou medida cautelar), viabilizando o que pode ser chamado de “indicador de punitivismo”⁶¹.

Necessário ainda constatar que as taxas de encarceramento correspondem a “construções políticas”⁶², ou seja, as variações nos índices de encarceramento não possuem vínculos causais ou estão correlacionadas com as práticas delitivas. Apesar das visões dissidentes, independentemente da vertente ideológica, esta parece ser a opinião majoritária entre os criminólogos contemporâneos⁶³. Neste sentido, esta seção se destina a apresentar a situação do encarceramento brasileiro, reflexo de seu contexto latino-americano, com ênfase no *status quo* do sistema carcerário do Estado do Pará.

Na forma da Lei nº 7.210/84 (artigos 71 e 72) e do Decreto nº 6.061/07 (artigo 25), o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão subordinado ao Ministério da Justiça, é responsável por executar a Política Penitenciária Nacional e apoiar administrativa e financeiramente o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), possuindo, dentre outras atribuições estabelecidas e relacionadas à execução penal e administração penal, o papel de compor os dados oficiais sobre o sistema penitenciário do país, unificando e disponibilizando periodicamente os dados das unidades federativas.

De posse das informações oficiais expedidas pelo órgão, conforme os últimos dados coletados e divulgados via INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro,

⁶¹ Para René van Swaaningen, as taxas de encarceramento desenvolvem papel fundamental no debate sobre o punitivismo. Enquanto fenômeno sociocultural, que implica tanto elementos qualitativos quanto quantitativos, as taxas são muito relevantes para compreendê-lo e se correlacionam muito bem com outros indicadores de punitivismo (v.g. confiança nos cidadãos e no governo, gasto no bem-estar social, sistema político nacional, qualidade dos profissionais que operam o sistema penal, sensacionalismo midiático ou não etc.). Exemplifica com Estados Unidos e Japão. O primeiro seria o país mais punitivo do mundo (739 presos a cada 100.000 habitantes), já o Japão (58 presos a cada 100.000 habitantes), não obstante apresentar baixas taxas de encarceramento, as condições carcerárias e controle social seriam bastante rigorosos, inclusive fora da prisão (SWAANINGEN, René van. Revirtiendo el giro punitivo. *Revista Derecho Penal*, año I, nº 1, mayo, 2012, pp. 260-264).

⁶² Com base em Hofer – citado por Lewis –, Larrauri entende as taxas de encarceramento enquanto “construções políticas” no sentido de que o número de pessoas encarceradas nas prisões são, como parece bastante comum nas falas políticas, consequência inevitável das decisões judiciais, senão a eleição realizada por políticos, aceitação do público, dos meios de comunicação, dos custos e das prioridades sociais. Em síntese: é tudo uma questão de escolha, portanto (LARRAURI, Populismo punitivo..., 2006, p. 17). Certa vez, de modo semelhante, Zaffaroni também afirmou que cada país possui o número de presos que decide politicamente ter.

⁶³ Cf. CARVALHO, *O Papel dos Atores...*, 2010, p. 17; GARLAND, *The Culture of...*, 2001; LARRAURI, *La economía política...*, 2009, p. 4. No mais, conferir toda a literatura criminológica a propósito das “cifras ocultas da criminalidade”, em especial, cf. SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. *American Sociological Review*, American Sociological Association, Washington, February, volume 5, number 1, pp. 1-12, 1940.

relativos à junho de 2014, o sistema penal brasileiro ultrapassou pela primeira vez em sua história a marca de 600.000 pessoas presas, com exatas 607.731 (579.781, no sistema penitenciário; 27.950, em secretarias de segurança/carceragens policiais; e, 358, no sistema penitenciário federal), para 376.669 vagas (taxa de ocupação: 161% vagas), totalizando um déficit de 231.062 vagas.

Segundo o gráfico abaixo, se esse *quantum* carcerário for comparado com a quantidade de número de presos que o Brasil possuía na década de 90, o aumento produzido durante um pouco mais de duas décadas equivale a 575% (em 2014, 6,7 vezes maior que em 1990).

Figura 1. Evolução de pessoas privadas de liberdade (em mil) no Brasil



Fonte: Infopen. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça⁶⁴.

Segundo o International Centre for Prison Studies (ICPS)⁶⁵, centro de investigação vinculado ao Institute for Criminal Policy Research na University of London, com base nos dados do DEPEN, o Brasil (607.731) é o 4º país com maior população carcerária absoluta do mundo, ficando tão apenas atrás de Estados Unidos (2.217.000), China (1.657.812) e Rússia (642.444).

Em termos relativos (taxa de aprisionamento⁶⁶), apesar de, em geral, dividir apenas a 31ª posição com Bahrain (301) na lista em que lidera Seychelles (799), seguida de Estados Unidos (698) e St. Kitts e Nevis (607), se comparado em termos relativos com os países que possuem a maiores populações carcerárias absolutas, num verdadeiro cruzamento de dados, continua a permanecer na quarta posição, apenas atrás de Estados Unidos, Rússia (468) e Tailândia (457)⁶⁷.

⁶⁴ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 15.

⁶⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. *World Prison Brief: Highest to lowest – prison population total*. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief>. Acesso em 27, dez., 2015.

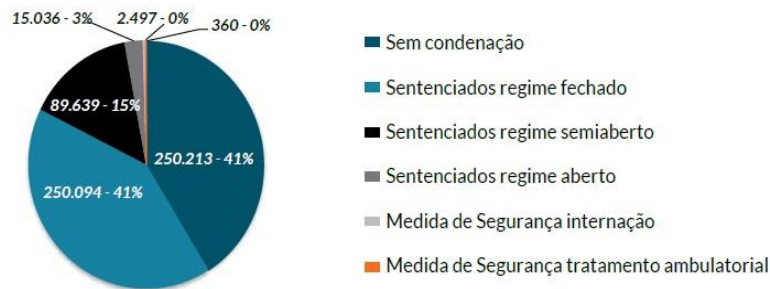
⁶⁶ A taxa de aprisionamento, que permite comparar países com distintas taxas populacionais, indica o número de pessoas presas para cada 100 mil habitantes.

⁶⁷ Apesar de não se tratar de um relatório oficial, é importante notar que em recente pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), também se constatou o abusivo encarceramento vivido no Brasil,

No que se refere ao perfil desta população que ocupa as prisões brasileiras, nota-se, principalmente: (a) a maior parte ser formada por jovens (31%, 18 a 24 anos; 25%, 25 a 29 anos – a população de jovens é maior no sistema penal que na população em geral, com 21,5%); (b) 2 a cada 3 presos é negro (67% da população prisional em geral são negros); (c) o grau de instrução escolar é baixíssimo (53%, ensino fundamental incompleto e 12% completo, 11% ensino médio incompleto, 7% ensino médio completo, 6% analfabetos); (d) a maior parte da população está presa por crimes relacionados às drogas ou crimes patrimoniais, como tráfico (27%) (aqui, enquanto o tráfico equivale à 25% de delitos praticados por homens, para mulheres, transita pra 63%), roubo (21%) e furto (11%), além de apresentar taxa relevante de homicídios (14%).

Da análise dos dados fornecidos até junho de 2014 pelo DEPEN, impossível não destacar aquele que se acredita ser o principal indicativo da crise do sistema penal brasileiro: além de possuir a 4ª maior população prisional mundial em termos absolutos, o Brasil também é o 4º país que mais encarcera cautelarmente, com o total 222.190 (41%) pessoas presas sem condenação, isto é, o equivalente a 4 a cada 10 presos definitivos (sentenciados), ficando atrás apenas dos Estados Unidos (480.000), da Índia (255.000) e da China (250.000). Veja-se:

Figura 2. Pessoas privadas de liberdade por natureza e regime prisionais



Fonte: Infopen. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça⁶⁸.

Os dados são basta claro aos atestar o excessivo uso das prisões provisórias (obviamente, não restritas às preventivas).

No documento, prevaleceu a situação de condenada (regime fechado ou semiaberto) para as pessoas consideradas simultaneamente condenadas e sem condenação (por óbvio,

reforçando, ainda mais, os números oficiais. Segundo este estudo, a população carcerária ocuparia não o 4º, mas o 3º maior índice de encarceramento global, totalizando 715.592 mil pessoas encarceradas (567.655 presas no sistema prisional; 147.937, em regime de prisão domiciliar), ficando tão apenas atrás de Estados Unidos da América (2.228.424) e China (1.701.344), e tendo ultrapassado a Rússia (676.400) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. Brasília: CNJ, 2014, p. 16).

⁶⁸ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, *Levantamento Nacional...*, 2014, p. 15.

neste caso, tratando-se da pessoa que ocupa o polo passivo da ação penal em mais de uma oportunidade, tendo sido condenada ao menos em alguma delas). Ademais, incluíram-se na condição de presos provisórios tanto as pessoas custodiadas nas secretarias de segurança pública quanto aquelas reclusas em estabelecimentos próprios do sistema penal.

Assim como o Brasil elevou absurdamente seu *quantum* carcerário ao longo das últimas duas décadas, também prosseguiu elevando a taxa de pessoas presas sem condenação. Não por acaso, este é o reflexo da própria realidade econômica e político-criminal latino-americana na qual está inserido.

No gráfico abaixo, Elías Carranza trabalha dados coletados pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente (ILANUD), contabilizando as prisões sem condenação ocorridas em países da América Latina entre os anos de 1978 e 2011, destacando, com as devidas ressalvas, serem as cifras “reais” (“criminalidade real”, e não “aparente”) ainda maiores que as situações atestadas, ao verificar o fato de que alguns governos não incluíram em seus relatórios oficiais o número de pessoas custodiadas em repartições policiais ou mesmo de pessoas que respondiam a processos criminais que ainda se encontravam em fase recursal, sob o exercício do duplo grau de jurisdição, e terem sido computadas como condenadas:

Figura 3. Pessoas presas sem condenação em países latino-americanos (1978-2011)

País	1978-1982	1999	2000-2002	2005-2006	2008	2011
	%	%	%	%	%	%
Argentina	51	55	59	58	58	
Bolivia	90	36	56	73	79	
Brasil		36	34	28	44	44
Colômbia	74	42	41	65	40	28
Costa Rica	47	18	24	20	23	23
Chile	52	51	40	28	22	20
Ecuador	64	68	70	56	46	45
El Salvador	83	76	50	31	35	29
Guatemala	54	61	58	41	42	53
Honduras	58	88	79	64	51	51
México	74	42	42	59	41	43
Nicaragua		31		15	21	24
Panamá	67	57	58	60	55	70
Paraguai	94	93		73	70	71
Perú	71	63	67	70	66	
Rep. Dominicana	80	90		56	76	64
Uruguai	77	77	72	94	64	66
Venezuela	74	59		54		

Fonte: Elías Carranza/ILANUD⁶⁹.

⁶⁹ CARRANZA, Elías. Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? *Anuario de Derechos Humanos*, nº 8, 2012, p. 43.

O Estado do Pará, local do qual se escreve e se planifica a presente dissertação, segundo o último relatório do Infopen em junho de 2014, apresentou uma população prisional total de 13.268 pessoas para o equivalente a 9.021 vagas (taxa de ocupação: 144%), com 49% de presos provisórios, ocupando no *ranking* nacional o posto de 12ª unidade federativa com maior encarceramento cautelar. Pelo que se deduz, a taxa é maior que a média nacional e, por sua vez, ainda indica que quase metade da população aprisionada do Estado se encontra sem sentença condenatória, isto é, o equivalente, aproximadamente, a cada 5 presos provisórios para 10 definitivos.

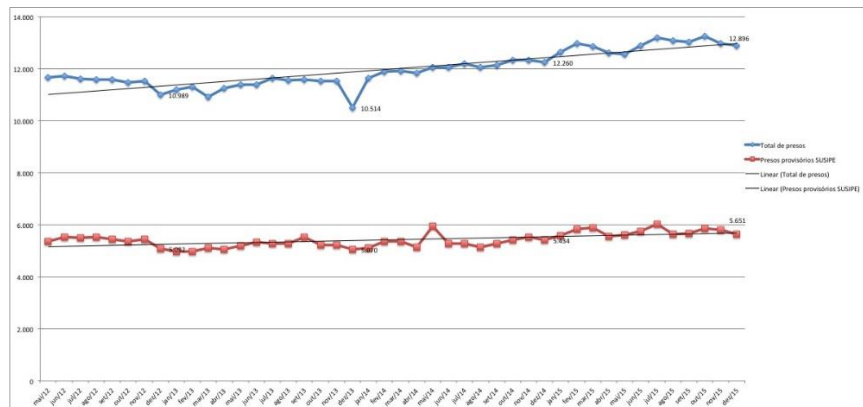
No que se refere ao perfil desta população prisional, vê-se, principalmente: (a) a maior parte ser formada por jovens (38%, 18 a 24 anos; 28%, 25 a 29 anos – níveis superiores à realidade nacional); (b) 83% da população prisional em geral são negros; (c) o grau de instrução escolar é baixíssimo (55%, ensino fundamental incompleto e 14% completo, 11% ensino médio incompleto, 6% ensino médio completo, 6% analfabetos); (d) a maior parte da população está presa por crimes relacionados às drogas ou crimes patrimoniais, como tráfico (34,3%), roubo (41,5%) e furto (19,9%), além de apresentar taxa relevante de homicídios (21,9%). Em síntese, a despeito de algumas variações, se mostrou reflexo da realidade nacional.

Como o último relatório finda no primeiro semestre do ano de 2014 e este estudo se direciona a compreender a práxis judiciária e carcerária paraense ao longo de 2015, os dados formalizados pela Superintendência do Sistema Prisional do Estado do Pará (SUSIPE), através do relatório oficial intitulado “*SUSIPE em Números: Dezembro de 2015*”, são fundamentais, pois, afinal, também correspondem à fonte das informações encaminhadas para a elaboração do levantamento nacional.

De posse dos dados consolidados⁷⁰, verifica-se que no lapso temporal situado entre maio de 1995 para 2015, a população carcerária paraense acompanhou o “giro punitivo” operado nacionalmente, com salto quantitativo variando de 1.153 para 13.350 pessoas encarceradas, ou seja, aumento equivalente a 1.058%. Apesar de a SUSIPE apenas discriminar a situação jurídica e prisional (regimento de cumprimento de pena) de seus presos, este *quantum* deve ser entendido como o valor equivale a somatória de pessoas formalmente presas pelo sistema penitenciário paraense (a partir da SUSIPE) e pela Polícia Civil.

⁷⁰ SUPERINTENDÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO DO PARÁ. *SUSIPE em Números: Dezembro de 2015*. Belém: SUSIPE, 2015.

Figura 4. Crescimento do número total de presos e de presos provisórios (SUSIPE) (2012-15)

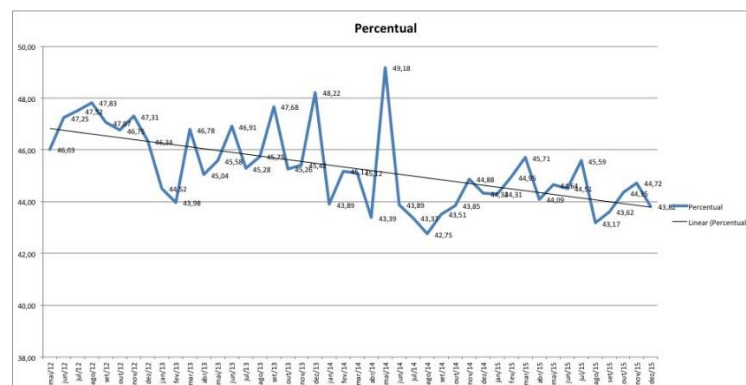


Fonte: Gráfico construído a partir de dados disponíveis no *site* oficial da SUSIPE⁷¹.

Tendo como marco o ano de 2012 (primeiro ano de experiência após a implementação da Lei nº 12.403/11), o gráfico acima representa, respectivamente, o crescimento no número de presos definitivos e provisórios em quatro períodos: 5.897 e 5.092 (10.989: dez./12), 5.444 e 5.070 (10.514: dez./13), 6.826 e 5.434 (12.260: dez./14) e, 7.245 e 5.651 (12.896: dez./15).

Em termos percentuais, conforme o gráfico abaixo, o que se percebe são variações bastante simétricas e bem correlacionadas com o aumento ou a redução anuais de presos definitivos, pois, a variação em números absolutos da população prisional sempre foi ascendente (a redução da taxa relativa à presos provisórios decorreu do aumento do número de presos definitivos):

Figura 5. Variações percentuais de presos provisórios no Estado do Pará (2012-15)



Fonte: Gráfico construído a partir de dados disponíveis no *site* oficial da SUSIPE.

Desde as lições de Pavarini, imprescindível notar que os dados aqui trabalhados devem ser analisados apenas para fins de contabilidade estatística, afinal, o resultado de um

⁷¹ No *site* da SUSIPE, a seção “SUSIPE em Números”, disponibiliza relatórios com dados sobre o sistema penitenciário paraense desde maio de 2012 até a atualidade. Ver: <http://www.susipe.pa.gov.br/?q=node/455>.

modo geral apresentado, estático, “[...] registra os presentes nas instituições penais normalmente no final do ano ou em um dia definido. Em média, os provenientes anuais do Estado de liberdade em uma instituição penal são mais numerosos”⁷².

Sem refutar a hipótese, nota-se o vertiginoso *boom* carcerário brasileiro do qual o sistema penal paraense é um espelho, ratificando, empiricamente, o panorama de um “punitivismo preventivo”, fenômeno que pode ser entendido pelo uso exorbitante, disfuncional e irracional de prisões cautelares (em especial, a preventiva) em contradição à sua excepcionalidade e que, com forte contribuição, é constitutivo da expressão global da “*era do grande encarceramento*”⁷³, isto é, partindo desde meados da década de 90 do século XX à atualidade, na marca do capitalismo e suas governamentalidades, em contrapartida à retomada do crescimento econômico e redução das desigualdades sociais e melhoras no IDH brasileiro⁷⁴, trata-se do fenômeno de incremento contínuo e ascendente da curva do encarceramento, bem como, dos índices de violência estatal, fruto de uma cultura da pena, a partir da qual toda conflitividade social (da reforma agrária à saúde pública) passa a ser criminalizada⁷⁵.

1.3 A prisão preventiva no processo penal brasileiro

1.3.1 Processo penal e Constituição: em qual sistema processual o regime cautelar se estrutura?

Todo estudo atinente ao processo penal deve considerar de antemão quais as matrizes do sistema que se analisa. A investigação sobre a prisão preventiva, típico instituto do

⁷² PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 294.

⁷³ “É um paradigma que se globalizou nos anos 1990 e começa com a transformação de toda conflitividade social em crime. O crime passa a funcionar como um fetiche – impede a compreensão dos processos sociais. Além disso, há uma simbiose crescente entre o penal e o bélico. A noção de guerra passa a aplicar-se ao cotidiano da sociedade. No Brasil, o resultado da adoção desse modelo é que até 1994 tínhamos 110 mil presos, com um aumento médio da população carcerária de 4%, 5% ao ano. De repente, de 1994 a 2005, esse número quintuplicou, passou de 110 mil a 500 mil” (CONDE, Miguel. Vera Malaguti discute o “grande encarceramento”. *O Globo*, Rio de Janeiro, 18 dez. 2010. Disponível em: <http://blogs.oglobo.globo.com/prosa/post/vera-malaguti-discute-grande-encarceramento-350304.html>. Acesso em: 29 mar. 2016).

⁷⁴ Sempre em sentido crescente, de 1980 até 2014, o IDH brasileiro saltou de 0,545 para 0,744, ocupando o país atualmente no *ranking* global a 75ª posição. Cf. PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Relatório de Desenvolvimento Humano 2015: O trabalho como motor do desenvolvimento humano*. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15_overview_pt.pdf. Acesso em 31 mar. 2016.

⁷⁵ Cf. ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

processo penal cautelar, também desta indagação não pode se furtar, até mesmo para fins de compreensão de suas (dis)funcionalidades.

O Código de Processo Penal brasileiro (a seguir, CPP) é produto de um complexo processo de importação/tradução cultural das codificações europeias. Considerando se tratar de texto de 1941, cabe considerar que sua conjuntura de insurgência é a do Estado Novo varguista, essencialmente ditatorial. Não é à toa, portanto, que suas matrizes sejam heranças do *Codice Rocco* de 1930, na Itália do governo fascista de Benito Mussolini (1922-43), que, por sua vez, já era uma cópia mal feita do *Codice d'Instruction Criminelle* napoleônico.

Jacinto N. de M. Coutinho⁷⁶ demonstra ser imprescindível para se compreender a lógica de funcionalidade do processo penal e do papel a ser desempenhado pelo julgador penal a ideia de “sistema”, segundo o qual seria um conjunto de temas jurídicos que, pautado em um “princípio unificador”, formaria um todo destinado a um fim determinado. Vigorariam, portanto, o *princípio inquisitivo* (instituidor do *sistema inquisitório*) e o *princípio dispositivo* (instituidor do *sistema acusatório*), não possuindo um princípio instituidor para o chamado *sistema misto* (apenas formalmente considerado) pois, no cerne, recairia em um ou noutro.

Partindo das lições de Franco Cordero, explicam Del Frate e Serges⁷⁷ que os sistemas seriam duas formas distintas de se conceber a sociedade: o sistema acusatório, no qual a gestão da prova é realizada pelas partes e o juiz, inerte, precisa ser provocado para decidir, teria um forte sentimento pelo indivíduo – não à toa, sujeito de direitos – e conduziria o processo à ideia de “paridade de armas”, já o inquisitório, caracterizado pelo fato de o juiz possuir grandes poderes de gestão da prova – sob qualquer preço, pela busca incansável da “verdade real” – e o réu ser tido como mero objeto de investigação, seria essencialmente “leviatânico” e descuidado com a figura do indivíduo numa perfeição notoriamente inatingível.

⁷⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro Renovar, 2001, pp. 16-18. Ainda, sobre as distinções dos sistemas processuais, “[...] o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a *gestão da prova*. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao julgador [...] já no sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chama de judge made law)” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 166).

⁷⁷ DEL FRATE, Paolo Alvazzi; SERGES, Giuliano. Garantismo e inquisizione. Considerazioni sulla giustizia criminale in età moderna. In: CAVINA, Marco (a cura di). *La giustizia criminale nell'Italia moderna (XVI-XVIII sec.)*. Bologna: Pàtron Editore, 2012, pp. 11-12.

Em nítida contraposição às bases inquisitoriais nas quais se funda o CPP de 1941⁷⁸, em 1988, com a implementação no ordenamento jurídico brasileiro da Constituição da República, vê-se a fundação de uma perspectiva essencialmente preocupada com os direitos e garantias fundamentais de cada cidadão, radicando, definitivamente, um processo penal acusatório, com o afastamento do julgador na produção da prova, cabendo a realização de controle de constitucionalidade dos dispositivos da legislação penal e processual penal infraconstitucionais.

Logo, “o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil”⁷⁹, não sendo diferente o caso das prisões preventivas em sede de processo penal cautelar⁸⁰, pois, afinal, também apontam para dispositivos inquisitoriais. Uma vez concebendo sua real função democrática, demanda ao julgador a devida realização do filtro constitucional.

1.3.2 A sistemática da prisão preventiva a partir da Lei nº 12.403/11

A distinção fundamental existente entre prisão provisória e prisão-pena (ou prisão definitiva) consiste no fato de que enquanto esta possui as finalidades declaradas de retribuição, prevenção e ressocialização daquele que, após o devido processo legal, se atribui a prática de um delito, aquela legitima-se tão apenas para fins de garantia do devido desenrolar dos atos processuais, ou seja, visa proteger o processo e, para tanto, prende o investigado/acusado.

Na atualidade processual penal brasileira, desde o advento das Leis nº 11.690/08 e 11.719/08 – responsáveis por extinguir a modalidade de prisão decorrente de sentença

⁷⁸ Ana Cláudia Pinho e Marcus Alan Gomes esclarecem: “Muitas das características do processo penal brasileiro atual são fruto de um sistema processual infraconstitucional que mantém descompasso com a Constituição Federal, mesmo após vinte anos de sua promulgação. Investigação policial puramente inquisitiva, resquícios de iniciativa acusatória do juiz (artigos 28, 383, 384, §1º, 385, 417 e 418 do CPP), gestão da prova nas mãos do julgador (artigos 156, 209, 234 e 502 do CPP), prisões cautelares vinculadas a juízos prévios sobre materialidade e autoria (e culpabilidade, portanto), decisões demérito que não produzem coisa julgada material – para ficar apenas nesses exemplos – são evidência incontestável do anacronismo de nossa lei processual penal” (PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo. Impronúncia: Uma nódoa inquisitiva no processo penal brasileiro. *In*: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (coord.). *Ciências Criminais: Articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 29).

⁷⁹ COUTINHO, Introdução aos princípios gerais..., 1998, p. 167.

⁸⁰ Veja-se, *v.g.*, “Art. 311, CPP. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a **prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício**, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial” (grifo nosso).

condenatória recorrível e de pronúncia, respectivamente –, as modalidades de prisão provisória são: (a) prisão em flagrante⁸¹, (b) prisão temporária⁸² e (c) prisão preventiva.

Com o advento da Lei nº 12.403/11, que reformulou o regime de cautelares, a prisão preventiva é qualificada como *extrema ratio*, pois, apesar de poder ser decretada a qualquer momento, seja ao longo do inquérito ou às diversas instâncias da instrução processual, isto é, no curso da ação penal (artigo 311, CPP), ela só será legítima quando, judicialmente motivada, nem a liberdade e nem as medidas cautelares diversas da prisão⁸³ se mostrarem viáveis.

Para Aury Lopes Jr.⁸⁴, a despeito das graves falhas, o novo regime de cautelares, com rol de cautelares diversas da prisão, seria melhor do que o que se tinha com o CPP de 1941, por três motivos: (a) possibilitou a ruptura com o modelo binário que limitava a opção do julgador à decretação/manutenção da prisão cautelar ou concessão da liberdade provisória; (b) revitalizou o instituto da fiança, até então praticamente esquecido/inutilizável; e (c)

⁸¹ “Art. 302, CPP. 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”.

⁸² “Art. 1º, CPP. Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986)”.

⁸³ “Art. 319, CPP. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica”.

⁸⁴ LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 16.

requalificou a figura do flagrante como medida precautelar preparatória da prisão preventiva, vendando-se a possibilidade de “prisão por si só”⁸⁵.

Em continuidade, os fundamentos legais autorizadores da prisão preventiva estão previstos no artigo 312, do CPP, e materializam-se, alternativamente, (a) na *garantia da ordem pública*, (b) na *garantia da ordem econômica*, (c) na *conveniência da instrução criminal* ou (d) para *assegurar a aplicação da lei penal* – requisitos que simbolizam o *periculum libertatis*, isto é, o perigo de o investigado estar em liberdade e comprometer o transcurso do processo –, cumulativamente ao fato de existir prova de existência do delito e indícios suficientes de autoria (*fumus commissi delicti*, ou seja, probabilidade de ocorrência de um delito). Ademais de tais requisitos, é preciso que as circunstâncias do artigo 313, do CPP⁸⁶ também se evidenciem.

O requisito da *garantia da ordem econômica* foi criado a partir da Lei nº 8.884/94 e está relacionado aos delitos contra a ordem econômica e o sistema financeiro nacional, pressupondo que os criminosos *white collar* não fiquem impunes em vista do forte abalo causado à uma determinada instituição financeira ou órgão estatal⁸⁷. Nos precisos ensinamentos de Gustavo Badaró, “não se destina a ser um instrumento para assegurar os meios (cautela instrumental) ou resultado do processo (cautela final). Ao contrário, sua finalidade é permitir uma execução penal antecipada, visando aos fins de prevenção geral e especial”⁸⁸.

⁸⁵ Jacinto Nelson de M. Coutinho é muito mais incisivo ao constatar que “na Lei nº 12.403/11, porém, como um remendo do CPP de 41, seguem a estrutura inquisitória e, assim, em grandes proporções não encontram guarida constitucional. Haver-se-ia, portanto, que declarar a inconstitucionalidade em todos os casos de ofensa à CR, algo que se não vai fazer – tudo indica – em razão da tradição de pouco se exigir das leis processuais penais neste sentido; e pouco se controlar por causa disso. [...] O que aparentemente se pretendeu com a Lei nº 12.403/11 tende a não vingar. Mas não porque ela seja má em si; e sim em razão de que temos muito caminho a percorrer até formarmos uma cultura democrática no processo penal, a qual só vira com a reforma global e a mudança efetiva para um processo fundado nas bases do sistema acusatório. Ter-se-á, portanto, que esperar a mentalidade sofrer o câmbio que precisa; e até lá seguimos rezando para os estragos serem os menores possíveis” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório Brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 223, jun., 2011, p. 4).

⁸⁶ “Art. 313, CPP. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida”.

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 622.

⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Tomo II. 2ª ed. Rui de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 196.

Quanto à *conveniência da instrução criminal*, trata-se das hipótese em que elementos evidenciem que o indiciado ou acusado está atrapalhando o devido desenrolar da instrução criminal, seja se furtando dos atos indispensáveis de sua presença (v.g. reconhecimento), seja ameaçando ou subornando testemunhas, peritos etc. A *aplicação da lei penal*, noutra banda, também se preocupa em acautelar o processo e está relacionada à possibilidade de o indiciado/acusado empreender fuga e se furtar da execução da tutela punitiva. Em ambos os casos, a prisão é, essencialmente, *instrumental*, o que não impede que possam ser questionados por existirem outras vias menos danosas que a prisão (*vide* terceiro capítulo).

Por fim, quanto à *ordem pública*:

Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio *gravidade da infração + repercussão social*⁸⁹.

Trata-se de um requisito impreciso, aberto e que, assim como a garantia da ordem econômica, facilita qualquer tipo de argumentação. Tem sido pautado em expressões como “perversão ao crime”, “clamor público”, “credibilidade da justiça” etc. e não à toa, tem tido sua constitucionalidade questionada pela doutrina, pois “as medidas cautelares não se destinam a ‘fazer justiça’, mas sim a garantir o normal funcionamento da justiça por meio do processo [...] só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento)”^{90, 91}.

1.3.3 Presunção de inocência e cautelaridade: a subversão real da funcionalidade declarada

Se por um lado o princípio da presunção de inocência seria num primeiro momento incompatível à ideia de prisão sem condenação transitada em julgado (artigo 5º, XIX, CF), responsável por reconhecer efetivamente a prática delitiva e responsabilidade penal de um cidadão, por outro, segundo a doutrina processual pátria, a concreção da principiologia que circunda a teoria das prisões cautelares possibilitaria a coexistência dos institutos.

⁸⁹ NUCCI, *Código de Processo...*, 2008, p. 618.

⁹⁰ LOPES JR., *Prisões...*, 2013, p. 108.

⁹¹ Desde o garantismo, a problematização aos pressupostos legais da prisão preventiva será feita no terceiro capítulo do trabalho, na seção 3.4 “Crítica garantista à tutela penal preventiva no processo penal brasileiro”.

Para Odone Sanguiné⁹², a justificação da prisão cautelar encontraria guarida no direito à tutela jurisdicional, seu fundamento constitucional (artigo 5º, incisos XXXIV, XXXV, alínea “a”, e LIV, da CF). As medidas cautelares corresponderiam, por conseguinte, ao direito à efetividade das decisões judiciais inerente a todo cidadão e, no campo do processo penal, se pautaria no *princípio de necessidade de proteção do processo penal*, composto, por sua vez, em dois pressupostos materiais: (a) risco de frustração processual (pressuposto *objetivo*) e (b) periculosidade processual do imputado (pressuposto *subjetivo*).

Portanto, caberia proclamar: (a) a existência de um verdadeiro direito fundamental à tutela cautelar em garantia da efetividade da tutela; (b) a articulação desse direito fundamental ao redor do *fumus commissi delicti*; (c) a recepção do princípio geral de direito, já enunciado por Chiovenda, de que “a necessidade do processo para obter razão não deve converter-se em um dano para quem tem a razão”; (d) a admissão de todas as medidas cautelares que sejam *necessárias*; (e) a motivação das medidas cautelares direcionada à constatação do *fumus commissi delicti*⁹³.

A aplicação das prisões cautelares seria “legítima”, portanto, a partir das seguintes bases principiológicas: (a) jurisdicionalidade e motivação; (b) contraditório; (c) provisionalidade; (d) provisoriedade; (e) excepcionalidade; e, (f) proporcionalidade.

Para os princípios da *jurisdicionalidade* e da *motivação*, cujos fundamentos se encontram nos artigos 5º, LXI e 93, IX, ambos da CF, e artigos 315 e 283, ambos do CPP⁹⁴, a prisão cautelar só poderá ser decretada por ordem judicial e, no caso da prisão em flagrante (natureza precautelada), posteriormente à sua efetuação. A ideia central é a de que não pode haver prisão senão diante de um prévio processo (*nulla poena sine praeiudicio*), sempre de modo motivado e justificado pela autoridade judicial competente.

O *princípio do contraditório* (art. 282, §3º, CPP c/c 5º, LV, CF)⁹⁵, de base constitucional, implica na possibilidade de defesa a partir da discussão sobre a necessidade da

⁹² SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 28-29.

⁹³ SANGUINÉ, *Prisão cautelar, medidas alternativas...*, 2014, p. 29.

⁹⁴ “Art. 5º, LXI, CF. ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”; “Art. 93, IX, CF. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”; “Art. 315, CPP. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”; “Art. 283, CPP. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

⁹⁵ “Art. 282. §3º, CPP. Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”; “Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou

manutenção da prisão cautelar. No caso, a defesa ingressa com pedido de liberdade em favor de seu patrocinado e, na atualidade em que se busca a implementação das audiências de custódia⁹⁶, este procedimento seria oral, diante de um juiz, o quanto antes após a prisão.

O *princípio da provisionalidade* está previsto no artigo 282, §§ 4º e 5º, do CPP⁹⁷, e compreende que a prisão está norteada por uma situação e, apesar de legítima, pode se tornar desnecessária com a mudança fática: “O exemplo clássico é a prisão para a conveniência da instrução criminal, porque o acusado está ameaçando a vítima ou a testemunha, e a prisão torna-se desnecessária após a audiência em que as mesmas foram ouvidas”⁹⁸.

O *princípio da excepcionalidade*, ilustrado no artigo 282, §6º, do CPP⁹⁹, exige que a prisão preventiva, enquanto medida cautelar autorizada apenas em última razão, deverá ser aplicada ou mantida tão somente quando a liberdade não for uma opção concretizável, mais que isso, sobretudo com o advento do novo regime de cautelares aplicado pela Lei nº 12.403/11, quando não for possível aplicar nenhuma das demais medidas cautelares diversas da prisão, ainda que cumulativamente. A lógica é constitucional: a liberdade é a regra; a prisão, a exceção.

O *princípio da proporcionalidade* (artigo 282, II c/c artigo 283, §1º, do CPP)¹⁰⁰ demanda adequação e exigibilidade, condicionadas pela possível realização do fim que se destina, de modo que “[...] a limitação do direito fundamental da liberdade se condiciona à

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁹⁶ “Em fevereiro de 2015, o CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e o TJSP, lançou o projeto Audiência de Custódia, que consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades. O projeto prevê também a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, que serão responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório. A implementação das audiências de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiências de Custódia*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em 03 abr. 2016).

⁹⁷ “Art. 282, CPP. §4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). §5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

⁹⁸ BADARÓ, *Direito Processual...*, 2009, p. 205.

⁹⁹ “Art. 282, §6º, CPP. A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

¹⁰⁰ “Art. 282, CPP. II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”; “Art. 283, §1º, CPP. As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade”.

congruência entre o dano e/ou prejuízo produzido à restrição cautelar, bem como aos benefícios aportados pela constrição (vantagens), dentro de certo grau de aceitabilidade”¹⁰¹.

Porém, apesar de sua axiologia, o que se verifica é que a prisão preventiva, sobretudo quando aplicada e mantida sob a justificativa de garantia da ordem pública, deixou de ser “utilizada apenas para garantir o andamento do processo e a execução das penas, passando a funcionar de acordo com uma nova ideologia da punição em que o encarceramento massivo dos excluídos proporciona uma eficácia punitiva ilusória à sociedade”¹⁰². A perda de funcionalidade aos moldes declarados do instituto é justamente a hipótese com a qual se trabalha e que passa a ser investigada a seguir na forma de estudo empírico.

1.4 Aplicação da prisão preventiva pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará: análise dos julgados de *habeas corpus* das comarcas estaduais em 2015

1.4.1 Aspectos relativos ao recorte metodológico e instrumental de análise

Através de pleito realizado junto à presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJ/PA), foi disponibilizado *Relatório de Processos de Habeas Corpus nas Câmaras Criminais Reunidas em 2015* (anexo), projetado pelo Sistema LIBRA¹⁰³, sistema de gestão de processos judiciais do TJ/PA desenvolvido pela secretaria de informática, seguindo as metas da presidência e as diretrizes da comissão de informática. Apesar de as decisões dos desembargadores se tratarem de informações públicas, em vista das pesquisas realizadas na opção “Consulta de Jurisprudência” no *site*¹⁰⁴ do órgão judicial terem se mostrado bastante instáveis, decidiu-se requerer ao próprio setor responsável da Corte, para que a pesquisa apresentasse maior certeza nos dados trabalhados.

¹⁰¹ GIACOMOLLI, *O Devido Processo...*, 2014, p. 370.

¹⁰² VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 153.

¹⁰³ Informações gerais disponíveis em: <https://apps.tjpa.jus.br/jspwiki/Wiki.jsp?page=LIBRA>.

¹⁰⁴ Acessar: www.tjpa.jus.br. Sobre essa questão pontual, cabe um adendo: a pesquisa empírica realizada em *site* de tribunais, pautada na análise discursiva de decisões, não apenas é aplicada, como é uma metodologia recomendada no campo das ciências criminais, tendo originado relevantes estudos à nível de pós-graduação. Cf. CARVALHO, Salo de. *Como (Não) se Faz um Trabalho de Conclusão: Provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito (especialmente das Ciências Criminais)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70; VASCONCELLOS, *A Prisão Preventiva...*, 2010, pp. 167-216; CARVALHO, *O Papel dos Atores...*, 2010, pp. 115-149. Além de outros importantes trabalhos referentes às prisões provisórias (preventivas, em especial), que não necessariamente tenham seguido essa metodologia. Cf. SILVA, Adrian Barbosa e; KOENIG, Vladimir. Prisões preventivas pervertidas: A gestão profética da punição no teatro processual. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, nº 279, pp. 13-15, fev. 2016; BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto: Da presunção de inocência à antecipação de pena*. São Paulo: IBCCRIM, 2007; GIAMBERARDINO, André. *Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008; ABATH, Manuela. *Julgando a Liberdade em Linha de Montagem: Um estudo etnográfico do julgamento dos habeas corpus nas sessões das câmaras criminais do TJPE*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2012.

A tarefa inicial consistiu em crivar as numerações processuais que foram fornecidas e que poderiam ser utilizadas na pesquisa. Assim, fez-se o primeiro recorte de cunho formal: de um total de 2.811 processos ofertados, foram eliminados todos os cadastros repetidos (911) relativos a juntada de documentos e manifestações judiciais e administrativas na mesma demanda, passando a constar o total de 1.900 *habeas corpus*, de todas as comarcas do Estado do Pará¹⁰⁵, julgados nas competentes Câmaras Criminais Reunidas¹⁰⁶.

O *objeto de análise* disse respeito tão somente às *decisões de habeas corpus, pelas Câmaras Criminais Reunidas do TJ/PA, em 2015, que enfrentaram os fundamentos autorizadores do decreto preventivo*, de modo que, numa análise propriamente conteudística, foram excluídos todos aqueles pedidos que perderam seu objetivo (v.g. o paciente já se encontrava em liberdade etc.) e/ou sequer foram conhecidos (v.g. falta de juntada da cópia do decreto preventivo atacado pela defesa etc.), decisões monocráticas (não colegiadas), bem como aqueles relativos ao ECA, à Execução Penal, à prisões temporárias, à prisões civis por alimentos, que discutiam excesso de prazo, desclassificação, reconhecimento de prescrição, trancamento da ação penal, *habeas corpus* preventivo etc., quando em nenhum momento buscaram enfrentar a ausência ou não satisfação dos fundamentais legais previstos nos artigos 312 e 313, ambos do CPP. Isto posto, o banco de dados final integrou 765 julgados.

Vale atentar que o recorte não é em vão e se justifica porque, segundo o próprio CPP¹⁰⁷, a concessão do *status libertatis* via *habeas corpus* pode ser feita *ex officio* pelo julgador, logo, na análise dos julgados tabulados, foi inevitável considerar as manifestações dos desembargadores quanto à revogação ou manutenção da tutela preventiva mesmo quando o pedido não estivesse claramente direcionado a enfrentar aqueles elementos, afinal, muito embora não provocados, os julgadores, no exercício de suas funções judicantes, não apenas poderiam como deveriam reconhecer, quando presente, o caráter de ilegitimidade das prisão cautelar sob análise.

¹⁰⁵ Na atualidade, o Estado do Pará totaliza 111 comarcas, sendo 6 na Região Metropolitana de Belém e 105 comarcas do interior. Informações completas disponíveis no *site* oficial do tribunal paraense: <http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Portal-da-Estatistica/376-Estrutura-Judiciaria-TJPA.xhtml>.

¹⁰⁶ Segundo o Regimento Interno do TJ/PA, “Art. 23. As Câmaras Criminais Reunidas serão compostas por 12 (doze) Desembargadores e mais o seu Presidente e compreenderá as 03 (três) Câmaras Criminais Isoladas, funcionando com o mínimo de 07 (sete) membros no julgamento dos feitos de sua competência, que é a seguinte: I - Processar e julgar: a) originariamente, os pedidos de ‘Habeas-Corpus’ e Mandados de Segurança, quando o constrangimento provier de atos de Secretário de Estado, Juízes em geral e Câmaras Criminais Isoladas; [...]”.

¹⁰⁷ “Art. 654, CPP. O **habeas corpus** poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público. [...] § 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de **habeas corpus**, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”.

No tocante, é importante apontar a dificuldade real de se alcançar um diagnóstico preciso na pesquisa. Como restou claro ao longo do estudo, as decisões judiciais do TJ/PA não são sequer uníssonas quanto aos significados dados aos termos utilizados para interpretar as circunstâncias de manutenção das prisões, quando muito normalmente apresentaram mais de um fundamento e várias circunstâncias do caso para respaldar suas posições.

Mais que isso, vale destacar ainda a presença de erros técnicos quanto à capitulação penal (v.g. confusão entre “qualificadoras” e “majorantes” no crime de roubo etc.) ou formatação das ementas (v.g. aparecimento de um delito no *caput* da ementa, enquanto no conteúdo da decisão o tipo penal analisado era diverso etc.) que, de certa forma, também dificultaram a análise, atribuindo possível margem de erro mínima, nem sempre identificável.

1.4.2 Dos acórdãos do judiciário paraense em 2015 (jan./dez.): análise quantitativa

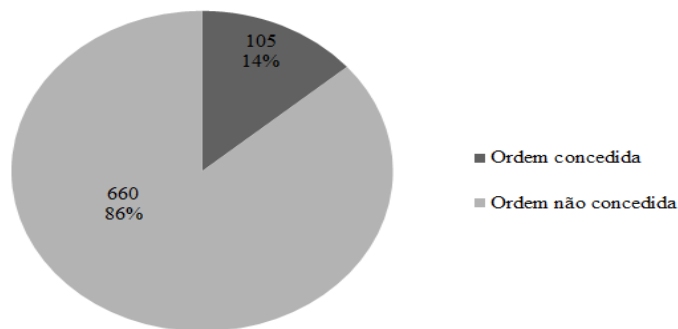
Uma vez delimitado o objeto de investigação, a análise quantitativa das decisões se iniciou a partir da tabulação destas decisões em quadro de análise (no programa *Microsoft Excel* (v. 2013), no qual estavam presentes: (1º) o número de cadastro do processo de *habeas corpus*, (2º) o delito praticado (capitulação penal), (3º) a situação jurídica da pessoa presa (“reincidente”, “responde a outros processos” ou “possui maus antecedentes”), (4º) a concessão ou não da ordem (“sim” ou “não”), (5º) se a ordem foi unânime (“sim” ou “não”), (6º) os fundamentos legais autorizadores do decreto preventivo (“ordem econômica”, “ordem pública”, “garantia de aplicação da lei penal” e “conveniência da instrução criminal”), (7º) os argumentos concretos utilizados para justificar a presença dos fundamentos legais da ordem pública (“gravidade abstrata do delito”, “*modus operandi*”, “credibilidade da justiça”, “acautelar o meio social”, “antecedentes criminais”, “risco de reiteração delitiva”, “clamor social” e “outros”) e, por fim, (8º) se o julgador fez uso do princípio da confiança no juiz da causa¹⁰⁸, sempre deixando de preencher quaisquer destes elementos quando a informação não estivesse presente ou suficientemente clara em cada despacho judicial analisado.

¹⁰⁸ Segundo o Superior Tribunal de Justiça: “Em matéria de prisão cautelar, deve ser observado o princípio da confiança no juiz do processo, uma vez que está presente no local onde o crime é cometido e conhece as peculiaridades do caso concreto, sendo quem melhor pode avaliar a necessidade da decretação e manutenção da segregação cautelar” (STJ. HC 289.373/MG, Rel. Min. Marilza Maynard, 6ª Turma, julgado em 22/05/2014, DJE 05/06/2014). Trata-se de um princípio severamente criticado pela doutrina processual penal (para muitos, sequer princípio é...), afinal, naturalmente utilizado em sede recursal, deixando o julgador de reavaliar os fundamentos da prisão, por “confiar” na decisão anterior que a decretou ou a manteve. Neste sentido, são contundentes as palavras de Maria Lúcia Karam: “Naturalmente, no cumprimento de seu dever de motivação, o juiz não pode se valer de expressões genéricas ou abstratas, repetindo meros enunciados legais, transformados em vulgares chavões. O efetivo cumprimento do dever de motivação só se revela quando forem criticamente examinadas e externadas as razões do convencimento do julgador sobre todas as questões relevantes, quer sejam de fato ou de direito, que tenham surgido no processo, neste ponto residindo um dos aspectos do requisito da integridade (ou

Assim, após a formalização das ferramentas de análise, a primeira importante conclusão que a pesquisa revelou diz respeito à quantidade de concessões ou não da ordem em *habeas corpus* relativos à análise dos pressupostos autorizadores das prisões preventivas.

Ao contrário do que o processo penal cautelar de base constitucional propõe – a excepcionalidade da prisão pautada na tão repetida máxima: “a liberdade é a regra, a prisão é a exceção” –, a pesquisa concluiu (*vide* gráfico abaixo) exatamente o contrário: *a aplicação das prisões preventivas não foi a exceção dos julgamentos realizados pelo TJ/PA em 2015, senão a regra, reconhecida como legítima e tendo sido autorizada em 86% dos casos analisados, sendo 99,34%¹⁰⁹ das decisões votadas por unanimidade!*

Figura 6. Total de ordens concedidas e não concedidas em julgamentos de *habeas corpus* que enfrentaram os requisitos legais da prisão preventiva no TJ/PA em 2015



Fonte: Gráfico construído a partir do Relatório de Julgamentos de *habeas corpus* nas Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJ/PA) em 2015.

A evidência possibilita compreender um explícito desvirtuamento das funções declaradas do encarceramento cautelar de pessoas. A lógica funcional de aplicação já não mais é a de garantia do processo em situações excepcionais. A prisão sendo a regra, a liberdade é raridade. Uma total afronta aos preceitos legais e constitucionais que, se no cotidiano forense ocorre com ares de eficiência por parte dos desembargadores, sob a bandeira do combate à criminalidade, até mesmo independentemente de fundamentação, no plano do empírico, passa a ser algo inaceitável; a explicitação do trágico.

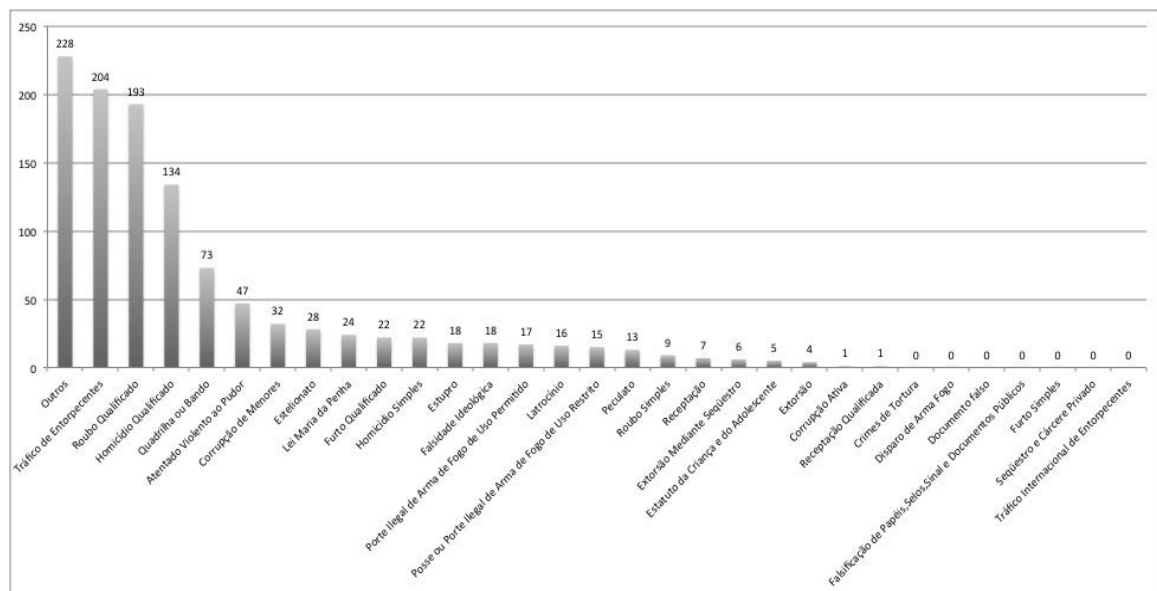
completude) da fundamentação. Quando se limita a repetir meros enunciados legais, quando se limita a apontar uma vaga necessidade da prisão, sem criticamente analisar as provas dos fatos que poderiam configurar o alegado direito do Estado de obter aquela pretendida providência cautelar, sem externar as razões que o levaram a se convencer que tais fatos efetivamente estariam a demonstrar a probabilidade de ocorrência do alegado crime e sua provável prática pelo réu (ou investigado), bem como o risco concreto de inviabilização da realização futura da pretensão punitiva, o juiz está nitidamente violando o dever de motivação” (KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias*. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 40-41).

¹⁰⁹ Do total de 765 decisões analisadas, 760 foram votadas por unanimidade (99,346%), enquanto apenas 5 (0,654%) foram por maioria.

No que se refere ao perfil dos encarcerados, as informações contidas nas decisões judiciais se mostraram muito pobres, impossibilitando análise completa sobre a situação processual¹¹⁰, bem como a percepção sobre a situação socioeconômica daquelas pessoas em paralelo ao delito pelo qual estavam sendo acusadas em seus respectivos processos criminais, ficando estes elementos perceptíveis tão apenas pelos dados da SUSIPE sobre o perfil da população carcerária no Pará, como exposto acima.

Porém, no que se refere ao perfil dos delitos julgados em sede de *habeas corpus*, face às prisões preventivas, o que se percebe é que o ano de 2015 não foge à regra nacional ao colocar o tráfico de entorpecentes (204), roubo “qualificado” (193) e homicídio qualificado (134) como os crimes mais expressivos em julgamentos da Corte estadual.

Figura 7. Perfil de delitos julgados em *habeas corpus* pelas Câmaras Criminais Reunidas



Fonte: Gráfico construído a partir do Relatório de Julgamentos de *habeas corpus* nas Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJ/PA) em 2015.

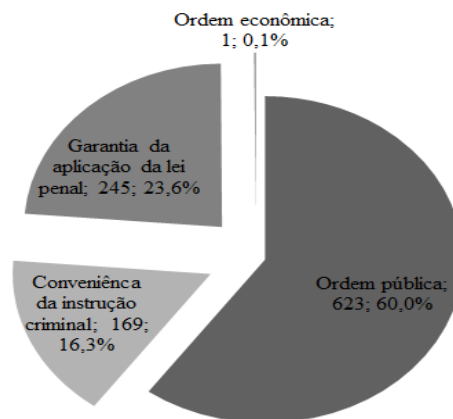
No que se refere ao conteúdo legal da prisão preventiva, verifica-se que do total de decisões analisadas (765), 623 (60%) foram fundamentadas com base na garantia da ordem pública, 245 (23,6%) fundaram-se na garantia de aplicação da lei penal, enquanto 169

¹¹⁰ Para os efeitos da análise realizada, a despeito de inicialmente ter-se levado em consideração (inclusive a opção está prevista na tabulação dos dados), preferiu-se não relevar a condição processual em que se encontrava o acusado em vista da ausência de dados expressivos que o permitissem. O *quantum* de informações coletadas foi praticamente irrisório: quanto à reincidência, *v.g.*, apenas três casos a confirmaram e, efetivamente, a levaram em consideração no momento do julgamento do *habeas corpus*, enquanto cinco, concluíram por estar ausente, ficando 756 casos sem informação. Seguindo também sem informação 740 (96,73%) casos para a opção “responde a processos” (sem definição sobre condenação para fins de verificação de maus antecedentes ou reincidência) e 749 (97,90%) para a opção “maus antecedentes”.

(16,3%) fizeram uso do argumento legal da conveniência da instrução criminal, e, por fim, pela ordem econômica, tão apenas uma decisão a fez uso (0,1%).

O que não se pode perder de vista é que, apesar do uso cumulativo de argumentos legais se mostrar presente na grande maioria das decisões (utilização de mais de um fundamento legal como motivo autorizador de decretação e legitimação da prisão preventiva), a ordem pública, enquanto requisito aberto e indeterminado, sem precisão semântica alguma e que, portanto, está suscetível ao uso arbitrário e subjetivista, desponta como o principal mecanismo jurídico facilitador de encarceramento preventivo de investigados e acusados, valendo frisar que, em contrapartida, trata-se do único fundamento legal que explicitamente não adere à cautelaridade.

Figura 8. Fundamentos legais (art. 312, CPP) aplicados às prisões preventivas



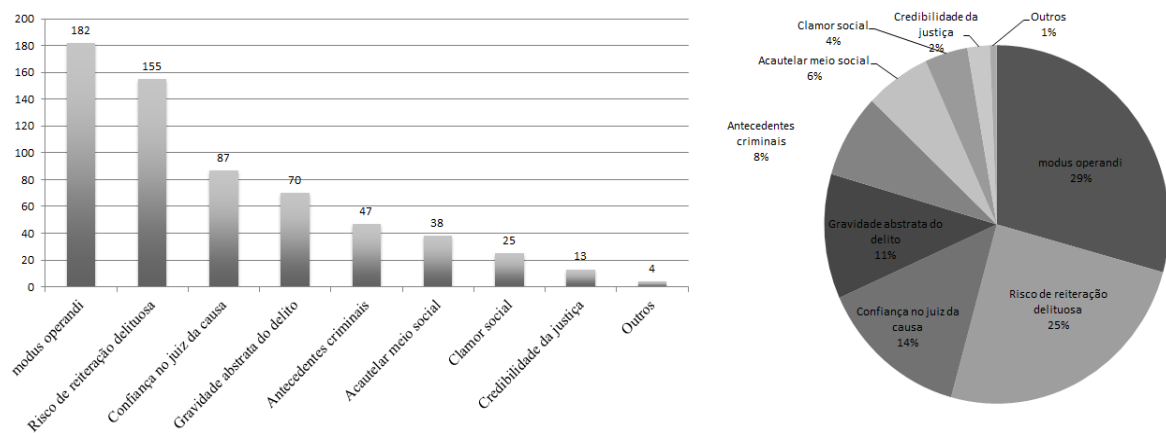
Fonte: Gráfico construído a partir do Relatório de Julgamentos de *habeas corpus* nas Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJ/PA) em 2015.

Da análise das decisões judiciais, os quesitos “gravidade abstrata do delito” – v.g. situações em que o desembargador justificou a prisão pela gravidade que o crime em si (v.g. emprego de violência ou grave ameaça no crime de roubo etc.) –, “*modus operandi*” – relacionado às circunstâncias envoltas à prática do delito, bem como à gravidade concreta de sua realização (v.g. uso de violência extremada na prática da conduta etc.) –, “antecedentes criminais” – relacionada às outras demandas com a justiça penal que o indivíduo possuía ao tempo da decisão e que viabilizaram a valoração negativa para seu julgamento – e “risco de reiteração delituosa” – ou seja, a possibilidade de que o indivíduo viesse, se solto, a cometer novos ilícitos penais (v.g. indivíduo preso em situação de comércio ilícito de entorpecentes, violência doméstica e familiar contra a mulher etc.) –, foram utilizados pelos desembargadores como evidências de *periculosidade* do indivíduo frente ao meio social.

O quesito “acautelar o meio social” é utilizado com a finalidade de que a prisão preventiva ofereça resposta à sociedade que teme pelo “crescimento da criminalidade” e, assim, reduza a “sensação de impunidade” e de “intranquilidade”. O “clamor social” diz respeito às consequências geradas por um determinado delito em termos de repercussão social, é dizer, a repugnância e a aversão que a sociedade tem em decorrência da conduta que considera perigosa e que fora praticada pelo agente, propiciando pretensão “abalo à ordem social”, foram utilizados em uma ideia de *proteção da sociedade* contra a criminalidade.

Conforme se vê do gráfico abaixo, os quesitos “*modus operandi*” (29%), “risco de reiteração delituosa” (25%) e “confiança no juiz da causa” (14%), podendo ter sido aplicados cumulativamente (assim como os demais), representam os fundamentos casuísticos que mais foram utilizados para justificar a manutenção da prisão preventiva sob o fundamenta legal da garantia da ordem pública, o que atesta não apenas que o tribunal compreende que a forma que determinados delitos ocorreram justificam o encarceramento de uma pessoa acusada de um crime, como também vislumbram que determinadas pessoas, segundo características que lhe são próprias, possuem propensão ao cometimento de delitos, e que as decisões do juízo *a quo* são quase nunca contestadas e quase sempre tidas como legítimas.

Figura 9. Motivações casuísticas para aplicação da prisão preventiva por ordem pública



Fonte: Gráficos construídos a partir do Relatório de Julgamentos de *habeas corpus* nas Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJ/PA) em 2015.

De posse da análise quantitativa, pode-se então concluir quanto aos julgados de *habeas corpus* relativos às prisões preventivas em 2015 no TJ/PA:

(1º) A prisão preventiva não é utilizada das formas legal e constitucional demandadas, afinal, ela é aplicada como regra, passando a liberdade a ser uma hipótese excepcional, numa total afronta à presunção de inocência, materializando verdadeira *pena antecipada*;

(2º) A denegação de liberdades em sede de *habeas corpus*, sobretudo em crimes como tráfico de entorpecentes e roubo (crimes pelos quais mais se prende no Brasil), além de confirmar que a realidade nacional é espelhada no Estado do Pará, também atesta a responsabilidade que o judiciário, por não cumprir com suas obrigações legais e constitucionais, possui para com o *status quo* do grande encarceramento, nunca antes visto; e,

(3º) apesar de os requisitos da conveniência da instrução criminal e da garantia da aplicação da lei penal poderem ser contestados por existirem outros meios menos danosos para realização de tais fins (a liberdade deve ser sempre a regra, frise-se), a garantia da ordem pública – consubstanciada na grande maioria dos casos analisados (60%) –, por não dizer respeito à cautelaridade processual, possui impacto por excelência na legitimação da decretação/manutenção de prisões sem qualquer finalidade jurídica sustentável.

1.4.3 Do conteúdo das decisões sobre prisões preventivas em sede de *habeas corpus*: análise qualitativa

De um modo geral, as investigações que possibilitaram a construção de um banco de dados referente às decisões judiciais em cujo cerne os fundamentos legais e motivações concretas para manutenção ou revogação de prisões preventivas foram presentes, evidenciaram um todo quase homogêneo. Com isto, quer-se referir a uma pluralidade de decisões que, apesar de distintas quanto às situações concretas de análise, mostraram-se bastante uníssonas quanto à forma de compreender o criminoso, a criminalidade e o papel do poder judiciário – enquanto agência do sistema penal – na aplicação das prisões preventivas.

Nesse sentido, para fins de realização de exame qualitativo do julgamento de mérito das prisões preventivas pelas Câmaras Criminais Reunidas do TJ/PA em 2015, foram selecionadas três decisões-tipo que, da averiguação do conjunto de julgados, bem refletem as contínuas ideias sobre a questão criminal perpetuadas nos diversos julgados do tribunal, o que, naturalmente, reflete na forma de se interpretar/aplicar a tutela penal cautelar.

1.4.3.1 Decisão 1: A crença na prisão preventiva como mecanismo de controle da criminalidade

O julgado abaixo se deu pela verificação dos pressupostos da prisão preventiva, via *habeas corpus*, tendo-se como acusação ao paciente a prática dos crimes de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico, na forma dos artigos 33 e 35 da Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/06).

HABEAS CORPUS. ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/2006. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. FALTA DOS REQUISITOS LEGAIS DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. IMPROCEDÊNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NÃO COMPROVAÇÃO DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NESTA VIA ESTREITA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA. DECISÃO UNÂNIME. 1. Observa-se da decisão que homologou a prisão e flagrante, convertendo-a em custódia preventiva, bem como do decisum que indeferiu o pleito de revogação preventiva do réu, que a autoridade coatora decretou a prisão preventiva e, posteriormente, manteve-a em face de fundamentos suficientes, em razão não só dos indícios de autoria e materialidade, mas, principalmente, para a garantia da ordem pública – dada a **natureza e a gravidade concreta do crime em epígrafe, somados à considerável quantidade da droga apreendida – 25 (vinte e cinco porções de pedra de oxi), os quais são indicadores da necessidade da segregação cautelar, frente ao aumento, nos dias de hoje, dos índices de crimes desta natureza, praticados cada vez mais em nosso país, que servem de base ao cometimento de outros e mais graves delitos, de sorte que a custódia preventiva visa acautelar o meio social, pois a facilidade do ganho financeiro auferido com essa prática faz com que seus agentes tendam a incidir, cada vez mais, na continuação da prática delituosa, alimentando o vício alheio.** 2. Quanto ao argumento de que não há como se manter a prisão cautelar, pois não há provas de que o paciente estaria comercializando entorpecentes, haja vista não estar na posse de nenhuma droga, no momento de sua prisão, tem-se que tal alegação não pode ser analisada neste momento, de vez que depende de dilação probatória e exame aprofundado dos autos, o que, como cediço, é inviável por esta estreita via do Habeas Corpus. 3. Por outro lado, é sabido que a existência de condições pessoais favoráveis, por si só, não garante a soltura da paciente, quando outros elementos dos autos recomendam a custódia. 4. ORDEM DENEGADA à unanimidade, nos termos do voto da Desembargadora Relatora¹¹¹.

Ademais da justificação pautada na presença de indícios de autoria e materialidade (*fumus comissi delicti*), pressupostos necessários, porém não suficientes, para autorização do decreto preventivo, por unanimidade e nos termos do voto da relatora, buscou-se fundamentar a prisão preventiva com base na ordem pública em vista da “natureza” (crime hediondo por equiparação) e da “gravidade concreta” do delito (quantidade de droga apreendida).

Estes são argumentos que antecipam a real finalidade atribuída pela julgadora àquela prisão: a tentativa de “acautelar o meio social” em vista do índice crescente de crimes relacionados ao proibicionismo das drogas que, segundo a desembargadora, “servem de base ao cometimento de outros e mais graves delitos”, cabendo a tutela preventiva “pois a facilidade do ganho financeiro auferido com essa prática faz com que seus agentes tendam a incidir, cada vez mais, na continuação da prática delituosa, alimentando o vício alheio”.

¹¹¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ. Habeas Corpus nº. 0003631-63.2015.8.14.0000. Relator(a): Desembargadora Vânia Lúcia Silveira. Data de Julgamento: 08.06.15. Comarca de Cametá. Data da Publicação: 17.06.15, grifo nosso.

Apesar de a defesa ter argumentado pela inexistência de comércio ilícito de drogas pelo fato de não ter sido encontrada na posse do paciente qualquer substância tóxica durante sua prisão, a julgadora compreende que não seria cabível o debate em sede de *habeas corpus*, por demandar dilação probatória. Por outro lado, o que resta é que a utilização da prisão preventiva representa uma resposta direta àquela conduta subsumida ao tipo de tráfico, resposta aos índices elevados de crimes de drogas presentes em toda a sociedade brasileira.

Na visão do tribunal, por se tratar de um crime de natureza gravosa, cujos índices de cometimento são muito altos, apesar de a prisão aparentemente se justificar pela presença de relativa quantidade de droga apreendida durante o flagrante, a finalidade real, porquanto, é a realização do *controle da criminalidade*. A prisão preventiva deixa de ser empregada para fins de cautelaridade processual e passa a ser uma forma de combate à prática de delitos, hipótese esta que por si só agride contundentemente qualquer tentativa de proteção da presunção de inocência. Da tutela de direitos e garantias fundamentais parte-se para o combate ao crime.

1.4.3.2 Decisão 2: A criação do “homem delinquente” portador de periculosidade social

O julgado abaixo diz respeito à uma acusação de homicídio qualificado (artigo 121, §2º, inciso IV, do Código Penal), crime que o paciente supostamente teria praticado. Por entender presentes os requisitos de ordem pública e conveniência da instrução criminal, o juízo *a quo* converteu a prisão em flagrante em preventiva, decisão que, após impetração de *habeas corpus* junto à Corte paraense, foi ratificada, unanimemente, pelos desembargadores das Câmaras Criminais Reunidas, conforme consignado na ementa abaixo:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO COM PEDIDO DE LIMINAR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE HABEAS CORPUS. VIA ESTREITA. ANÁLISE QUE DEMANDA PROFUNDA IMERSÃO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DO EXAME NA ESTREITA VIA DO HABEAS CORPUS POR SE TRATAR DE AÇÃO IMPUGNATIVA QUE EXIGE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA SOBRE OS FATOS ENSEJADORES DO DIREITO POSTULADO. ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PRISÃO PREVENTIVA. TESE REJEITADA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME E INDÍCIOS DE AUTORIA NA NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA E A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 321 DO CPP. SÚMULA 8 DO TJ/PA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. UNANIMIDADE. 1. No que concerne ao argumento de negativa de autoria, cumpre consignar que o habeas corpus é via estreita de

conhecimento que não se presta à análise aprofundada de elementos fático probatórios, servindo apenas ao saneamento de ilegalidade flagrante, que importe em constrangimento de ir, vir e ficar do paciente. 2. Inviável, portanto, a análise, nesta sede, de questões referentes à valoração de provas que ainda serão produzidas durante a instrução processual que chegam a se confundir com o próprio mérito da ação penal, cabendo tal exame ao juízo de primeira instância. 3. Por força da reforma introduzida pela Lei nº 11.719/2008, a prisão preventiva somente pode ser decretada quando preenchidos os requisitos da tutela cautelar (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Na hipótese dos autos, a decisão de decretação da prisão preventiva assevera a presença dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, salientando-se a existência de indícios de autoria e a prova da materialidade do crime, assim como a necessidade de garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal em virtude da gravidade concreta do crime tipificado no art. 121, §2º, inciso IV do Código Penal (homicídio qualificado). 4. Ademais, segundo o artigo 321 do CPP não é possível conceder liberdade provisória quando presentes os requisitos do artigo 312 do mesmo diploma legal. Nesse sentido dispõe a Súmula nº 8 deste Egrégio TJE. Nesse contexto, é importante prestigiar o princípio da confiança no juiz da causa por estar mais próximo dos fatos. Jurisprudência. 5. Ordem denegada. Unanimidade¹¹².

O que se quer destacar é o fato de os argumentos não se concentrarem na suposta prática da conduta delitativa e nas circunstâncias objetivas pelas quais o indivíduo é acusado, mas propriamente à construção de sua imagem de criminoso. Por tratar-se de acusação referente à prática homicida, a partir da presença de indícios de autoridade e materialidade, a ordem pública irá se fundar única e exclusivamente na pessoa do indivíduo. Criam-se todos os caracteres individualizadores do *outsider* homicida: o acusado é tido como dotado de periculosidade, perseverando em práticas delitivas. Num enfoque essencialmente maniqueísta, as Câmaras Criminais Reunidas, por unanimidade, afiguram o “homem delinquente”, aquele sujeito orientado a reiterar delitos, conforme pode-se ver da decisão que decretou a prisão em primeiro grau e que, pelo colegiado, fora tida como “suficientemente fundamentada”:

[...] a garantia da ordem pública, a fim de **evitar que o acusado pratique novos crimes, posto que, em liberdade encontrará os mesmos estímulos para a realização de condutas típicas**. 2) – por conveniência da instrução criminal, haja vista a **periculosidade demonstrada pelo réu**. Observo que, em face da gravidade do fato, da demonstrada periculosidade do réu, da intranqüilidade causada no meio social pelo delito a ser apurado, entendo inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos arts. 317 e segts. do CP. Da mesma forma, não antevejo, a prima facie, que o réu tenha agido nos termos previstos nos arts. I a III, do art. 23 do CP.

¹¹² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ. Habeas Corpus nº 0000393-36.2015.8.14.0000. Relator(a): Desembargadora Vera Araújo de Souza. Data de Julgamento: 02.03.15. Câmaras Criminais Reunidas. Comarca de Belém. Data de Publicação: 10.03.15, grifo nosso.

Nos próprios termos firmados na decisão: “a liberdade do paciente implicará risco à ordem pública, haja vista a gravidade concreta do delito de homicídio qualificado”. O que fica claro é que a prisão preventiva é instrumentalizada como um remédio de contenção do indivíduo, dotado de “periculosidade social”, posto que, em liberdade, voltaria a cometer “novos” delitos, isto é, para o julgador, numa espécie de “juízo constatador de potencialidade delitiva”, apesar de argumentar pelo respeito à presunção de inocência, o que se deduz é que o réu não apenas teria praticado o delito pelo qual estava sendo acusado, como seria certa a prática delitiva futura, plural e contínua. Um agente contumaz na prática delitiva.

Com base na “gravidade concreta do delito”, encarcera-se pelo que (supostamente) se é, e não pelo que (supostamente) se fez. Como bem explicitado, o encarceramento cautelar do indivíduo passa a gerar para a sociedade uma menor sensação de “intranquilidade” e, logo, de “insegurança”, ao preço do total alijamento dos direitos fundamentais do acusado. E, novamente, não há nada por se falar em cautelaridade processual; *a “cautela” é para com o indivíduo, produtor de risco, portador do germe da periculosidade.*

1.4.3.3 Decisão 3: Pela defesa da sociedade – a sobreposição do “público” (ordem pública) ao “particular” (indivíduo)

O próximo ementário expõe uma situação na qual o paciente está sendo acusado pela prática do crime de roubo majorado pelo uso de arma de fogo e em concurso de pessoas com um menor adolescente, o que também o faz ser imputado pela corrupção de menores (artigo 157, §2º, incisos I e II c/c artigo 244-B, ambos do Código Penal). Pela análise global dos julgados, verifica-se que este tipo de acusação é comum na realidade paraense. Como se lê abaixo, mais uma vez o fundamento legal central se resume à ordem pública:

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II E ART. 244-B DO CPB (ROUBO QUALIFICADO COM USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS C/C CORRUPÇÃO DE MENORES). ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PRISÃO PREVENTIVA. NÃO OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DESFAVORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO MANDAMUS. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. DECISÃO DO JUÍZO A QUO COM FUNDAMENTO NO ART. 312 DO CPP. NECESSIDADE CONCRETA DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE AINDA DE SE APLICAR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO EM VIRTUDE DE HAVER JUSTA CAUSA PARA A SEGREGAÇÃO. CONDIÇÕES PESSOAIS POR

SI SÓ NÃO SÃO SUFICIENTES PARA CONCESSÃO DA LIBERDADE
(SÚMULA 08 DO TJE/PA). ORDEM DENEGADA¹¹³.

No presente caso, o reconhecimento da necessidade da prisão preventiva se iniciou com o juízo *a quo*, que converteu a prisão em flagrante em preventiva, tendo o tribunal paraense, a partir das Câmaras Criminais Reunidas, aplicado o “princípio da confiança no juiz da causa” – segundo o qual o juiz de primeiro grau teria maiores condições de auferir a necessidade da prisão em vista da proximidade às circunstâncias do caso –, tendo ratificado todos os argumentos utilizados de piso. Como a relatora não mencionou qualquer argumento novo, tendo meramente replicado a decisão atacada, necessário colacioná-la, afinal, se não ignorou os pressupostos utilizados para justificar a prisão, com eles, na íntegra, se concordou:

A materialidade e autoria delitiva estão devidamente comprovadas pelos depoimentos prestados pelas testemunhas e vítimas, dando conta de que o indiciado, juntamente com um adolescente de 16 anos, praticou um roubo contra a vítima, valendo-se do emprego de arma de fogo. Segundo a vítima, que reconheceu o flagranteado como sendo a pessoa que lhe roubou, este lhe subtraiu um aparelho celular, exercendo grave ameaça. Quanto ao periculum libertatis, verifica-se, no caso, a necessidade de manutenção da prisão preventiva do indiciado para garantir a ordem pública, pelas seguintes razões: I. **A medida constritiva de liberdade se impõe como forma de restaurar a paz social, que foi violada em razão da grave comoção social gerada por esta espécie de ilícito.** A comoção está materializada nos seguintes aspectos: I.1 Perplexidade causada na população, que passa a deduzir que as instituições encarregadas da persecução penal não são capazes de executar suas atribuições, de forma a garantir a incolumidade das pessoas e de seus bens (descrédito no sistema de persecução criminal e sentimentos de insegurança e impunidade); I.2 **Gravidade do delito, que se refere a notícia de roubo praticado em plena via pública. Os crimes contra o patrimônio tem contribuído de forma significativa para a falta de segurança, tendo a população receado de sair às ruas e viajar, com receios de ser abordada por malfeitores. O cidadão tem que se enclausurar em sua residência, passando as ruas e estradas, em especial durante a noite, a ser dominada por assaltantes;** I.3 Repercussão engendrada na comunidade onde o fato ocorreu, através da divulgação a terceiros, vizinhos e familiares da vítima, tendo gerado sentimento de revolta e repulsa na população local; I.4 Maneira de agir do indiciado, que, em concurso com um adolescente (o que por si só já é conduta de grande reprovabilidade, tanto que é prevista como crime no artigo 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente), munido de arma de fogo e valendo-se de uma motocicleta para facilitar sua ação e fuga, abordou a vítima em via pública, exigindo que a mesma lhe entregasse o aparelho celular que portava, no que foi atendido prontamente pela vítima. Há que se ressaltar ainda que quando foram abordados pela polícia militar o flagranteado empreendeu em fuga, na tentativa clara de se furtar da aplicação da lei penal. Ademais, a conduta do flagranteado demonstra o total descaso pelas instituições de

¹¹³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ. Habeas Corpus nº. 0033763-06.2015.814.0000. Relator(a): Desembargadora Vera Araújo de Souza. Data de Julgamento: 17.08.15. Câmaras Criminais Reunidas. Comarca de Marabá. Data de Publicação: 24.08.15.

segurança pública do Estado, sendo todas estas, circunstâncias reveladoras de sua periculosidade concreta; **A medida incide também como forma de acautelar o meio social e preservar a credibilidade da justiça, pois a adoção das medidas previstas em lei diminuirá a sensação de impunidade junto à população e aos infratores, estimulando a redução dos índices de cometimento de infrações penais.** A medida se mostra essencial para assegurar a aplicação da lei penal na hipótese de prolação de sentença condenatória, haja vista que o acusado resistiu a prisão, demonstrando claramente sua intenção em se evadir do distrito da culpa, sendo a prisão preventiva meio necessário e eficaz à assegurar a permanência do indiciado em local certo e determinado. Diante de tais considerações é inarredável a conclusão de que a prisão preventiva é a única medida cautelar eficaz e suficiente, além de proporcional, à resguardar os bens jurídicos supra mencionados.

Além de evidenciar a costumeira acusação de roubo majorado com a corrupção de menores, a decisão simboliza a contínua forma de se julgar aquele tipo de caso, bem como o clássico uso do princípio da confiança no magistrado anterior, como se os desembargadores não devessem reanalisar a situação e enfrentar todos os argumentos, afinal, como antes dito, possuem o papel de conceder liberdades sempre que alguma prisão for ilegítima.

Após verificar a existência dos pressupostos de materialidade e autoria delitiva presentes a partir da confissão testemunhal de que o agente teria realizado uma subtração de aparelho celular mediante grave ameaça, com uso de arma de fogo e em concurso com um menor, a justificativa, por via da ordem pública, se dá a partir da “restauração da paz social”, que naturalmente (quase matematicamente...) é abalada por “esta espécie de ilícito”.

Apesar de se ter tentado dar a conotação de gravidade ao delito por ter sido praticado em via pública e por meio do uso de motocicleta (?), o problema parece estar mesmo não pelas circunstâncias específicas do caso, mas por se tratar do crime em si: “Os crimes contra o patrimônio tem contribuído de forma significativa para a falta de segurança, tendo a população receado de sair às ruas e viajar, com receios de ser abordada por malfeitores”.

Na certeza do delito, verifica-se, além da atecnica jurídica, uma alta carga subjetiva/emotiva no discurso do julgador, para o qual, “o cidadão tem que se enclausurar em sua residência, passando as ruas e estradas, em especial durante a noite, a ser dominada por assaltantes”, relativizando-se direitos individuais pelo fato de a sociedade precisar se sentir “calma”, “tranquila”, “confiar nas instituições da justiça”, precisa crer que elas estão “combatendo o crime” e “tirando os criminosos da rua” e, logo, encarcerando preventivamente para o fim de “redução nos índices de cometimento de infrações criminais”.

O argumento não é cautelar e se resume à seguinte ideia: *juiz deve se valer da prisão preventiva para proteger a sociedade contra a criminalidade, isto é, realizar os interesses da sociedade (ordem pública) mediante sobreposição aos do particular (criminoso).*

2 DA PROBLEMÁTICA À PROJEÇÃO CRÍTICO-CRIMINOLÓGICA

«Le rôle de l'intellectuel n'est plus de se placer «un peu en avant ou un peu à côté» pour dire la vérité muette de tous; c'est plutôt de lutter contre les formes de pouvoir là où il en est à la fois l'objet et l'instrument: dans l'ordre du «savoir», de la «vérité», de la «conscience», du «discours». C'est en cela que la théorie n'exprimera pas, ne traduira pas, n'appliquera pas une pratique, elle est une pratique. Mais locale et régionale, comme vous le dites: non totalisatrice. Lutte contre le pouvoir, lutte pour le faire apparaître et l'entamer là où il est le plus invisible et le plus insidieux. Lutte non pour une «prise de conscience» [...], mais pour la sape et la prise du pouvoir, à côté, avec tous ceux qui luttent pour elle, et non en retrait pour les éclairer. Une «théorie», c'est le système régional de cette lutte»¹¹⁴.

2.1 O local do saber criminológico nas grandes narrativas sobre a questão criminal

É indubitável a abrangência de modelos explicativos direcionados a compreender, de forma disciplinar e metodológica, a problemática da questão criminal. A história aponta uma eclosão de diversificados e heterogêneos conhecimentos que foram forjados no cenário de específicos sistemas econômicos e estruturas sociopolíticas que deram azo à construção de programações políticas (e, em consequência, político-criminais) a propósito do controle e da administração do delito, conforme o contexto conjuntural e os modelos de sociedade em que tais instrumentais foram instituídos.

Notório, inclusive, que os estatutos epistemológicos, ao dramatizarem a insuficiência monodisciplinar diante da complexidade do objeto de análise, passaram a conjugar as disciplinas penais almejando compreensão global sobre a questão criminal, a partir do que hoje se conhece por “ciências criminais”: modelo integrador de disciplinas diretamente relacionais ao controle penal – a saber, direito penal e processual penal (saberes dogmáticos), criminologia (saber empírico) e política criminal (saber político) –, representativo de um verdadeiro “[...] território de fronteiras confusas, transdisciplinar por excelência, movendo-se do direito penal para a história, a sociologia, a psicanálise, a economia política, a literatura, a comunicação, a geografia. Areias movediças”¹¹⁵.

¹¹⁴ FOUCAULT, Michel. «Les intellectuels et le pouvoir» entretien de Michel Foucault avec Gilles Deleuze». *L'Arc*, Aix-en-Provence, n.º. 49, 2e trimestre, 1972, pp. 3-10. Disponible à: <http://libertaire.free.fr/MFoucault110.html>. “O papel do intelectual não é mais o de se colocar ‘um pouco na frente ou um pouco de lado’ para dizer a muda verdade de todos; é antes o de lutar contra as formas de poder exatamente onde ele é, ao mesmo tempo, o objeto e o instrumento: na ordem do saber, da ‘verdade’, da ‘consciência’, do ‘discurso’. É por isso que a teoria não expressará, não traduzirá, não aplicará uma prática; ela é uma prática. Mas local e regional, como você diz: não totalizadora. Luta contra o poder, luta para fazê-lo aparecer e feri-lo onde ele é mais invisível e mais insidioso. Luta não para uma ‘tomada de consciência’ [...], mas para a destruição progressiva e a tomada do poder ao lado de todos aqueles que lutam por ela, e não na retaguarda, para esclarecê-los. Uma ‘teoria’ é o sistema regional desta luta” (tradução livre).

¹¹⁵ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 15.

Dentre tantas possíveis, uma interessante aproximação para se pensar o saber criminológico e a projeção de seus horizontes¹¹⁶ diz respeito ao que Zaffaroni¹¹⁷ denominou de “curso dos discursos sobre a questão criminal”, interessante estratégia de introdução aos “labirintos criminológicos”. Assim se refere: tal qual a poética trajetória de Dante, em *A Divina Comédia* (séc. XIV) de Alighieri, na qual, sob a forma de um relato corrido, fugiu da perigosa selva do inferno sob o auxílio de Virgílio e, posteriormente, de Beatriz, ao guiá-lo ao paraíso (no qual Virgílio, porque pagão, não pôde entrar), o conhecimento criminológico seria também um curso, perigoso para quem o percorre sem a advertência devida. Por isso, a criminologia seria *saber e arte de despejar perigos discursivos* – porque também, tal como uma trilha em um bosque no qual são deslumbradas paisagens que se somam e se confundem, em vastas ocasiões (teorias criminológicas) retoma o mesmo ponto sem perceber.

A respeito da infecunda discussão em torno do momento de insurgência do saber criminológico propriamente dito¹¹⁸, questão que para além de meramente histórica representa também uma controvérsia epistemológica¹¹⁹, na contramão da literatura tradicional (e, inclusive da literatura crítica)¹²⁰, Zaffaroni identifica na Idade Média o momento de ebulição do primeiro grande modelo integrado de ciências criminais, a partir da publicação do *Malleus Maleficarum*¹²¹ (1484), o qual teria harmonizado sistematicamente uma teoria da etiologia criminal (raízes do crime), a partir da “[...] criminologia (origem do mal) com o direito penal (manifestações do mal), com o processo penal (como se investiga o mal) e com a criminalística (dados para descobrir na prática o mal)”¹²², na qual os demonólogos, seriam, a rigor, os “primeiros criminólogos” que porém, não obstante seu mister, foram intencionalmente ignorados e ocultados ao longo do desenvolvimento deste conhecimento.

¹¹⁶ Pelo uso corrente no texto, necessário esclarecer: “Horizonte, perspectiva, ponto de vista, campo de visibilidade: estas metáforas óticas não devem evidentemente ser compreendidas e um sentido literal; simplesmente elas permitem colocar em evidência que o conhecimento, o saber (‘a visão’) estão estreitamente ligados à posição social (‘altura’) do observador científico” (LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: Marxismo e Positivismo na Sociologia do conhecimento*. 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2013, p. 131).

¹¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La criminología como curso. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la Cuestión Penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005, pp. 1-2.

¹¹⁸ Ironiza Nietzsche: “Buscando pelas origens, o indivíduo torna-se caranguejo. O historiador olha para trás; por fim, também acredita para trás” (NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos Ídolos ou Como se Filósofa com o Martelo*. 5ª reimp. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 13).

¹¹⁹ Cf. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. La criminología. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan; MIRALLES, Tereza (org.). *El Pensamiento Criminológico: Un análisis crítico*. Vol. I. Bogotá: Temis, 1983.

¹²⁰ Tanto a criminologia tradicional quanto a teoria crítica explicam, de forma majoritária pelos criminólogos, que a criminologia como disciplina autônoma teria surgido na modernidade, cabendo a discussão se isso teria ocorrido no período clássico (Escola liberal) ou a partir do positivismo criminológico (Escola positiva).

¹²¹ Cf. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, Jacobus. *Malleus Maleficarum: El martillo de los brujos*. Trad. de Floreal Maza. Buenos Aires: Ediciones Orión, 1956.

¹²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A Questão Criminal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 33.

A partir do discurso divino, na cisão maniqueísta “Deus-Satã”, foram viabilizados movimentos de caça aos dissidentes (inimigos) da dogmática institucionalizada (v.g. bruxas, hereges etc.), que deveriam ser eliminados, o que propiciou a maximização do poder punitivo medieval em vista da legitimação das práticas inquisitoriais da Igreja¹²³. Assim, diz-se que o “novo modelo punitivo, inquisitorial, centralizado e burocratizado, articulando os saberes/poderes médico-jurídicos, produziu o fenômeno de expropriação do conflito em favor do Estado embrionário”¹²⁴.

Do século XVI ao XVIII, vê-se a insurgência europeia da chamada “acumulação originária do capital”¹²⁵, período este transitório do feudalismo para o sistema capitalista de produção e que, ao perpassar pelo mercantilismo, desembocou na revolução industrial na segunda metade do século XVIII. As pesquisas em criminologia atentam para o embrião de um saber criminológico “autônomo” a partir das novos discursos punitivos intimamente vinculados à ideia da livre relação econômica entre os homens, passando o fundamento da pena a não ser outro senão o livre arbítrio, isto é, a capacidade de decisão do homem, de distinguir o justo do injusto, diante da coação prevista¹²⁶. Fundamental notar que, com o desenvolvimento da lógica de mercado, os séculos XVIII e princípios do XIX, com a eclosão da revolução industrial e neocolonialismo, passam a demarcar uma clara dissonância metodológica pois os filósofos e juristas iluministas passariam a ter protagonismo no campo político-criminal.

¹²³ Sobre o surgimento do inquérito e o desenvolvimento da racionalidade inquisitorial. Cf. FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2001, pp. 53-78 (Conferência 3).

¹²⁴ BATISTA, Vera Malaguti, *Introdução Crítica...*, 2011, p. 31.

¹²⁵ Compreende a expropriação violenta que cambiou produtores servis (exploração feudal) a assalariados (exploração capitalista), sem meios de produção, disciplinados na coação corporativa, propiciando aumento de excluídos e marginalizados, a serem criminalizados durante a pré-história do capital. Na definição de Marx: “O processo que cria a relação capitalista não pode ser senão o processo de separação entre o trabalhador e a propriedade das condições de realização de seu trabalho, processo que, por um lado, transforma em capital os meios sociais de subsistência e de produção e, por outro, converte os produtores diretos em trabalhadores assalariados. Assim chamada acumulação primitiva não é, por conseguinte, mais do que o processo histórico de separação entre produtor e meio de produção. Ela aparece como ‘primitiva’ porque constitui a pré-história do capital e do modo de produção que lhe corresponde [...]. Expulsos pela dissolução dos séquitos feudais e pela expropriação violenta e intermitente de suas terras, esse proletariado inteiramente livre não podia ser absorvido pela manufatura emergente com a mesma rapidez com que fora trazido ao mundo. Por outro lado, os que foram repentinamente arrancados de seu modo de vida costumeiro tampouco conseguiam se ajustar à disciplina da nova situação. Converteram-se massivamente em mendigos, assaltantes, vagabundos, em parte por predisposição, mas na maioria dos casos por orça das circunstâncias. Isso explica o surgimento, em toda a Europa ocidental, no final do século XV e ao longo do século XVI, de uma legislação sanguinária contra a vagabundagem. Os pais da atual classe trabalhadora foram inicialmente castigados por sua metamorfose, que lhes fora imposta, em vagabundos e *paupers*. A legislação os tratava como delinquentes ‘voluntários’ e supunha depender de sua boa vontade que eles continuassem a trabalhar sob as velhas condições, já inexistentes” (MARX, Karl. *O Capital: Crítica da economia política*. Livro I (o processo de produção do capital). Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 786/805-806).

¹²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; MALLARÉ, Hernán Hormazábal. Pena y Estado. *Papers: Revista de Sociología*, Barcelona, v. 13, 1980, pp. 100-101.

Com o desenvolvimento da filosofia política moderna, adveio a “criminologia clássica”, operada pela “Escola Liberal”¹²⁷, que teve em Jeremy Bentham, Anselm von Feuerbach mas, sobretudo, em Cesare Beccaria, seus principais precursores. Desde a ótica das ciências criminais, realizou verdadeira crítica ao poder repressivo desenvolvido ao longo do *Ancien Régime*, de modo que sua abordagem pode ser encarada como a racionalização primeira das práticas punitivas visto que agora limitadas aos princípios penais e processuais liberais (v.g. legalidade, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, proporcionalidade etc.).

Ademais, também realizou um câmbio na noção de delito ao entendê-lo como fato individual violador da norma penal, e o criminoso, como sujeito infrator, dotado de consciência e liberdade. Adotando o silogismo (método formal-dedutivo), a perspectiva político-criminal, essencialmente dogmática e sem base empírica, volta-se a proteger a sociedade do crime, ao punir o criminoso, visando, em última circunstância, reprimir e prevenir a criminalidade.

O que não se pode ignorar é a nítida percepção consensual das relações sociais, já que fundada no paradigma do contratualismo e na tutela dos direitos naturais dos cidadãos, bases fundamentais para a legitimação do monopólio da violência auferido às mãos do Príncipe. Neste sentido, não se pode falar em “pré-criminologia”, pois de fato existiu uma administração legal do delito conforme os valores dominantes (ditos “gerais”), impondo uma forma particular de autoridade e ordem desde a unificação de interesses e a presunção de igualdade global¹²⁸.

¹²⁷ “[...] es necesario señalar que estas ideologías [...] jamás pueden ser colocadas bajo el rótulo de una ‘escuela’, porque la ‘escuela clásica’ nunca existió, sino que la inventó Enrico Ferri, como denominación común para todo lo que fue anterior al positivismo. [...] no puede ser una ‘escuela’ el conjunto de opiniones de los pensadores del tema político-criminal durante más de un siglo, vertidas desde las ideologías más dispares (kantismo, hegelianismo, idealismo romántico, utilitarismo, vueltas parciales al aristotelismo, pensamiento iluminista, etc.) [...]. Más aún: consideramos que su ubicación en el ámbito exclusivo del derecho penal con un rótulo unitario – y su consiguiente exclusión del ámbito criminológico – es un modo de minimizar su importancia y de prevenirse contra el efecto deslegitimador que puede tener el discurso contractualista” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: Aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988, p. 128. “[...] é necessário destacar que estas ideologias [...] jamais podem ser colocadas sob o rótulo de uma “escola”, porque a “escola clássica” nunca existiu, senão Enrico Ferri quem a inventou, como denominação comum para tudo o que foi anterior ao positivismo. [...] não pode ser uma “escola” o conjunto de opiniões dos pensadores do tema político-criminal durante mais de um século, expressadas a partir das ideologias mais díspares (kantismo, hegelianismo, idealismo romântico, utilitarismo, voltas parciais ao aristotelismo, pensamento iluminista etc.) [...]. Mais ainda: consideramos que sua localização no âmbito exclusivo do direito penal com um rótulo unitário – e sua consequente exclusão do âmbito criminológico – é um modo de minimizar sua importância e de se prevenir contra o efeito deslegitimador que pode ter o discurso contratualista” (tradução livre).

¹²⁸ CASTRO, *Criminologia...*, 2005, pp. 69-70.

Ao constatar as insuficiências da concepção jurídica, assevera Salo de Carvalho¹²⁹ que a despeito da contração formal das violências do poder público via legislação penal, com grandes resistências construídas diante do modelo inquisitório medieval, os níveis de criminalidade violenta não reduziram, tornando favoráveis as circunstâncias para a elaboração do que viria a ser um novo paradigma em criminologia diante do *boom* científico que assolava o final do século.

Tem-se, antes disso, um período conflituoso em que industriais e comerciantes, ao ascenderam, fizeram uso do poder médico-policial (aparato policial aliado ao discurso criminológico desenvolvido por médicos) para conter as “classes perigosas”¹³⁰ – setores sociais pretensamente propensos à criminalidade –, pobres “desajustados” na nova ordem burguesa europeia – modelo que futuramente seria desenvolvido pelos positivistas que pensariam a questão criminal e iriam inspirar a dogmática penal tanto na Alemanha como na Itália até aproximadamente a década de 30 do século passado, forjando a integração da dogmática à disciplinas biológicas, antropológicas e sociológicas, ou seja, as bases da criminologia oficial.

Do fim à entrada do novo século (XX), é exatamente isso que se vê acontecer: trata-se da emergência do positivismo científico, pautado nas linhas da “hipervalorização das ciências naturais” e da assunção da “neutralidade axiológica do saber”, sendo dimensionado para diversos setores da vida social, provocando, irrefutavelmente, incontestável impacto nas ciências da sociedade, inclusive quanto à questão criminal, que a partir de então estará diante de uma radical ruptura do pensamento criminológico¹³¹.

Com os trabalhos desenvolvidos na “Escola sociológica” francesa, de Gabriel Tarde, na “Escola social” alemã, com Franz von Liszt, mas, especialmente, na “Escola Positiva” italiana, a partir de Cesare Lombroso, com a publicação da influente obra *L'uomo delinquente*

¹²⁹ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 183.

¹³⁰ A expressão tem origem em *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes et des moyens de les rendre meilleures* (1840), de autoria do chefe de polícia francês H. A. Frégier. Para Zaffaroni, se insurgiu em um período em que a corporação policial necessitou de um discurso que não limitasse sua expansão repressiva simultânea à necessidade do discurso médico que necessitava de poder para lograr hegemonia, propiciando verdadeira simbiose legitimadora do controle e da ordem estabelecidos (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las “clases peligrosas”: El fracasso de un discurso policial prepositivista. *Sequência*, Florianópolis, nº 51, dez., 2005, p. 141).

¹³¹ “O positivismo – em sua figuração ‘ideal-típica’ – está fundamentado num certo número de premissas que estruturam um ‘sistema’ coerente e operacional: 1. A sociedade é regida por leis naturais, isto é, leis invariáveis, independentes da vontade e da ação humanas; na vida social, reina uma harmonia natural. 2. A sociedade pode, portanto, ser epistemologicamente assimilada pela natureza (o que classificaremos como ‘naturalismo positivista’) e ser estudada pelos mesmos método, *démarches* e processos empregados pelas ciências da natureza. 3. As ciências da sociedade, assim como as da natureza, devem limitar-se à observação e à explicação causal dos fenômenos, de forma objetiva, neutra, livre de julgamentos de valor ou ideologias, descartando previamente todas as prenoções e preconceitos” (LÖWY, *As Aventuras de Karl Marx...*, 2013, pp. 25-26).

(1876), Raffaele Garofalo, com *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione* (1885) e Enrico Ferri, em *Sociologia Criminale* (1891), respectivamente, numa visão tridimensional (antropológica, sociológica e jurídica), verifica-se arcabouço teórico do positivismo criminológico, de consagração da criminologia como disciplina científica direcionada a investigar a figura do criminoso e as causas do crime¹³².

Sem ignorar a riqueza de abordagens, tentando entender suas raízes diante da realidade da época (lente indispensável à atualidade), merece destaque o trabalho desenvolvido por Liszt, que irá situar uma espécie de posição eclética entre as Escolas Liberal e a Positiva, posto ser da maior importância a reestruturação dada no estudo das disciplinas penais com a sua “ciência total do direito penal” (*Gesamte Strafrechtswissenschaft*), modelo sistematizador das disciplinas penais que, frente a outros (v.g. Arturo Rocco e Enrico Ferri), consolidou-se oficialmente ao atribuir à criminologia o posto de “disciplina auxiliar” à dogmática e política criminal.

Diante das circunstâncias que lhe oportunizaram, ao constatar a insuficiência formal do classicismo, a criminologia positivista forjou método indutivo pautado nas ciências naturais: o paradigma etiológico (ou etiológico-causal). Com base nas estatísticas criminais, o crime, tido como ontológico, é investigado a partir de suas pretensas causas, devendo ser combatido desde sua raiz; com a pena, o criminoso, senão melhorado, caberia ser neutralizado (correcionalismo). Nas tradições biologicista e antropológica, com análises anatômicas e estético-fisiológicas, o criminoso seria um “degenerado portador de anomalias”, tendencioso às práticas criminosas. No viés sociológico, os fatores do crime seriam ambientais, socioeconômicos e culturais (v.g. bairro periférico, pobreza, família desestruturada etc.), encarando, de modo determinista, o agente como “criminoso nato”¹³³.

Instaura-se, desta forma, o discurso do combate contra a criminalidade (o “mal”) em defesa da sociedade (o “bem”) respaldado pela ciência. A possibilidade de uma explicação “cientificamente” fundamentada das causas enseja, por extensão, uma luta científica contra a criminalidade erigindo o

¹³² Conforme os esclarecimentos de Olmo, inicialmente a *Criminologia* era alcunhada e propalada como “antropologia criminal” ou “ciência criminal”, tendo recebido sua atual nomenclatura a partir de Paul Topinard, em 1889, tendo sido Garofalo o primeiro a utilizá-la em sua obra, a partir de 1885, na Itália. (OLMO, Rosa del. OLMO, Rosa del. *A América Latina e sua Criminologia*. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004, p. 38).

¹³³ “No terreno da criminologia, isso serviu, como se sabe, para estabelecer critérios de anormalidade, doença, desvio, patologias sociais ou ‘desagregação social’, no caso da chamada delinquência e da dita conduta desviada. [...] Tudo isso serviu para estabelecer, sobre a realidade de classe da população carcerária, associações entre o pobre, o feio, o anormal e o perigoso. E ao contrário, também: o rico, o são, o belo, o inofensivo, livrando-se assim as condutas danosas dos poderosos e constituindo-se um estereótipo do delinquente, que pertencia sempre às classes subalternas” (CASTRO, *Criminologia...* 2005, p. 74).

criminoso em destinatário de uma política criminal de base científica. A um passado de periculosidade confere-se um futuro: a recuperação¹³⁴.

À forma da *Gesamte*, esses elementos correspondem à função instrumental da criminologia ao sistema penal e à política criminal, visto ontologizar o crime e patologizar o criminoso, convertendo-se em instância legitimadora do poder punitivo, redimensionando, assim, a atuação das agências de administração do sistema de justiça, e, ao mesmo tempo, intensificando o “narcisismo teórico dogmático-penal”¹³⁵, passando a englobar em sua base arquetípica institutos etiológicos (v.g. periculosidade, reincidência, personalidade etc.).

Para Baratta¹³⁶, o positivismo incorreu em aceitação acrítica e a-histórica das definições legais como princípios determinantes da realidade, desconsiderando por completo os mecanismos de definição e seleção que permeiam os processos de aplicação da lei penal, o que, não obstante, possibilitou a aplicação das variáveis de (a)normalidade aos sujeitos selecionados pelo sistema penal, que não problematizado, passa a ser legitimado pela dependência dogmática da criminologia¹³⁷. Na atualidade, porém, não apenas o positivismo ocupa o *status* de criminologia oficial, como também sua ideologia se espalhou por diversos níveis da estrutura social, inclusive no senso comum do homem de rua (*everyday theories*).

A revisão das grandes narrativas – análise que não propõe recair na típica “evolução sistemática de escolas”¹³⁸, nem historiografar...– possibilita perceber os locais ocupados pela criminologia diante do intento integrador de saberes: legitimação da ordem e do controle. Mais que isso, notam-se, a despeito das mudanças, permanências e reinvenções discursivas sobre a questão criminal e um consenso entre os modelos: se existem medos e perigos (a propósito do crime) – tal qual na história de Dante – que geram demandas por ordem, parece bastante claro que “[...] tudo que se diz em criminologia é político, porque sempre será funcional ou disfuncional ao poder”¹³⁹.

¹³⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: Mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Sequência*, Florianópolis, v. 30, 1995, p. 26.

¹³⁵ CARVALHO, *Antimanual...*, 2010, pp. 91-110.

¹³⁶ BARATTA, *Criminología y Dogmática...*, 1980, p. 16.

¹³⁷ Assim, “[...] o positivismo negou ao desviante qualquer consciência, interpretando suas ações de uma perspectiva e ideologia da classe dominante, enquanto as inversões idealistas no positivismo garantiam-lhe uma confusão de subjetivação social ou ideológica, em que esta consciência era vista como existindo sem relação com a sociedade total, e independentemente de qualquer cenário histórico. (TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia crítica na Inglaterra. Retrospecto e perspectiva*. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. (Org.). *Criminologia Crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos & Sergio Tancredo. Rio de Janeiro Graal, 1980, p. 4.).

¹³⁸ Para além das pretensões de sistematização e universalização próprias do positivismo, lembra Nietzsche: “Desconfio de todos os sistematizadores e os evito. A vontade de sistema é uma falta de retidão” (NIETZSCHE, *Crepúsculo dos Ídolos...*, 2006, p. 13).

¹³⁹ ZAFFARONI, *A Questão...*, 2013, p. 25.

2.2 Para uma introdução às bases fundacionais da criminologia crítica

2.2.1 Antecedentes histórico-políticos

Vale frisar novamente: apesar de não se acreditar na ideia de linearidade histórica como ferramenta de investigação, a identificação de momentos-chave da história possibilita entendimento sobre a constante transição pelas quais passaram os pensamentos criminológicos, tornando suas recapitulações fundamentais. Com o positivismo não poderia ser diferente, de modo que, após a identificação de suas inconsistências e intencionalidades políticas latentes, o modelo oficial passa a ser contestado e a criminologia, por sua vez, segue seu curso. Uma nova forma de enfrentar os problemas relativos à questão criminal passaria a ser desenvolvida nas décadas seguintes.

A gênese de um novo pensamento ocorreria nos Estados Unidos, a partir da formulação de um conjunto de teorias responsáveis por elaborar uma “nova teoria do desvio”. Estas teorias, relativamente radicais, tornaram-se propícias a partir da identificação da crise da teoria sociológica *mainstream*, de base funcionalista (inspirada em Talcott Parsos), tendo gerado reação em comum aos postulados advindos da criminologia positivista, posto que objetivavam rechaçar proposições deterministas e correccionalistas a respeito da figura do delinquente, contestando o mito da neutralidade presente em pesquisas criminológicas¹⁴⁰.

Tinha-se a intenção de se resistir às teorias funcionalistas da década de cinquenta. Os novos teóricos do desvio fizeram severas críticas às teorias da anomia¹⁴¹ e das subculturas criminais¹⁴² ao acusarem-nas de não terem superado por completo a abordagem positivista-

¹⁴⁰ Elena Larrauri explica que a abordagem funcionalista na criminologia, por partir da ideia de sociedade como um corpo humano ou sistema orgânico, direcionou a compreensão do delito e do sistema penal às ideias de “funções” e “disfunções” em vista do sistema social, sendo o controle social tão logo entendido como reação ao desvio, sendo a violação à norma uma atitude motivada pelo particular. Esta perspectiva passa a ser criticada sobretudo pelas teorias conflituais que a qualificam como “sobreconsensuada” por não conceber a sociedade como repleta por desigualdades e interesses sociais distintos, ignorando as relações de poder exercidas por alguns grupos sobre outros, apresentando, por consequência, uma ideia “sobresocializada” do indivíduo ao concebê-lo como autômato internacionalizador das normas, cuja capacidade de criação e inovação é ignorada (LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2ª ed. México: Siglo XXI, 2009, p. 3).

¹⁴¹ “Merton explica o delito como resultado de um desproporção entre as metas sociais e os meios para alcançá-las. Se a meta social é riqueza, os meios para alcançá-las são poucos e, por conseguinte, gera-se uma tensão porque nem todos podem chegar a ela. [...] Ele denomina essa desproporção de *anomia* (palavra tomada de Durkheim, embora para este significasse outra coisa). [...] A tese de Merton merece críticas, como a de não conseguir explicar o delito *do colarinho branco*, de não levar em conta, aparentemente, a delinquência grupal e, sobretudo, pela dificuldade em definir as metas comuns em sociedades plurais. De qualquer maneira, porém, não se pode ignorar que trouxe uma série de conceitos que até hoje iluminam a criminologia” (ZAFFARONI, *A Questão...*, 2013, p. 127).

¹⁴² A teoria das subculturas criminais, explica Pavarini, teve base teórica fundada na teoria funcionalista da anomia, define-se pela forma de “reação” de minorias desfavorecidas diante da necessidade de sobrevivência numa determinada estrutura social, em vista das limitadas formas legítimas de atuação. É dizer, incapazes de alcançar as metas oficiais propagadas pela sociedade, por vias institucionais, buscam *outros* valores, *outras*

determinista, logo, consensual e conservadora. Assim, a recepção das teorias norte-americanas na criminologia europeia seria caracterizada por tendências anticorrecionalistas que simbolizaram o desterro das ideias lombrosianas, com especial destaque para as críticas iniciadas por David Matza¹⁴³ e, de modo mais contundente, na década de 60, pelos teóricos interacionistas do *labelling approach*, sendo Howard Becker o principal expoente.

A recepção das teorias comportariam uma mudança no estudo do desvio, com câmbio de método e de atitude (questionamento da objetividade e neutralidade das estatísticas), uma conexão teórico-sociológica (as abordagens médico-jurídicas são substituídas pela sociologia do desvio) e problematização das agências de controle social.

Como uma forma de reação aos postulados do positivismo criminológico – cujo paradigma condicionava a análise criminológica a categorias objetivas e a-históricas sobre a compreensão do crime e do criminoso em relação ao contexto político e social em que se inseria –, postulados estes ainda oficialmente gestores dos sistemas penais e entranhados ao senso comum, uma nova forma de pensar a criminologia surgiu.

Segundo Pavarini¹⁴⁴, em decorrência do clima político no qual se encontravam os Estados Unidos da segunda metade do século XX, surge a chamada “nova esquerda” (*new left*), corrente que deu origem a uma pluralidade de iniciativas político-culturais e científicas de cunho radical que surgiram na década de 60, tendo se disseminando nos países europeus, sobretudo a Inglaterra, e servido como base metodológica dos teóricos da reação social e do conflito, provocando uma grande revisão crítica sobre os postulados criminológicos tradicionais, e que passaram por um processo de aquisição dos aportes marxistas para compreensão dos processos de criminalização em países de capitalismo avançado.

Explica ainda que, neste contexto, rompendo com as tradicionais concepções políticas, a *new left* – crítica à “velha esquerda” (posição política social-democrata e marxista ortodoxa, incapaz de compreender a qualidade política dos novos movimentos que surgiam naquele momento em terras estadunidenses) – representa o primeiro grande enfoque radical que vai encontrar nas revoltas estudantis nos *campi* universitários, nas organizações políticas de

metas compatíveis com a posição social, desembocando mesmo a legitimar práticas ilegais. Segundo criminólogo italiano, esta perspectiva adere, ao trabalhar com a perspectiva de “sociedade competitiva”, a um modelo a-histórico e consensual de sociedade e não problematiza as relações de classe ao perquirir a integração das classes subalternas ao sistema de valores dominantes (o que seria uma perspectiva “ingênua” sobre as “regras do jogo”), sendo rotulada também como um “modelo utilitarista do atuar humano em dimensão meio-fim”, sendo, por fim, compreendida – tal qual a teoria da anomia – como uma *teoria de médio alcance*, ou seja, modelo teórico limitado para dar conta tão apenas a mínimas investigações empíricas, como, v.g., criminalidade patrimonial estadunidense (PAVARINI, *Control y Dominación...*, 2002, p. 111).

¹⁴³ Cf. MATZA, David. *Becoming Deviant*. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 2010.

¹⁴⁴ PAVARINI, *Control y Dominación...*, 2002.

negros dos guetos metropolitanos e nas lutas de minorias marginalizadas (v.g. mulheres, homossexuais, presos, internos psiquiátricos, etc.), as expressões mais originárias de crítica à ordem vigente em tempos de guerra vietnamita, política imperialista e de marginalização/segregação social.

É nesta conjuntura que se insurge o primeiro enfoque propriamente radical em criminologia representado pelos novos criminólogos da “Escola de Berkeley”, na Califórnia. Com a criação da *Union of Radical Criminologists* e a *Crime and Social Justice Review*, os novos criminólogos se sublevaram frente às definições institucionais positivistas e passaram a compreender o crime como *violação dos direitos humanos*, e, mais precisamente, realocando o sistema como “grande criminoso” (v.g. racista, sexista, imperialista etc.). O saber criminológico, crítico-político, mecanizou denúncia sistemática à violência policial, à situação desumana do cárcere e dos guetos, aos interesses econômicos da guerra do Vietnã, enfim: resistência às práticas estatais.

Afirma Elena Larrauri¹⁴⁵ que, desde a centralidade de um “enfoque cético” no contexto inglês das grandes mobilizações políticas, tensões (neo)marxistas e o surgimento da *new left*, a “nova teoria do desvio” passa a se mobilizar adotando o *slogan* “o controle cria o desvio” (o decálogo dos 60), de modo que a partir da *Third National Conference of Teaching and Research on Criminology* (1968), em Nova York, organizada pelo Instituto de Criminologia de Cambridge, o conjunto de membros deste grupo alternativo se reúne e cria a *National Deviance Conference* (NDC), propondo a reunião de acadêmicos, grupos contraculturais, movimentos sociais e todos os interessados em alternativas em matéria de desvio. Dentre tantas abordagens, a “nova criminologia” se mostrou a de maior destaque.

Segundo a autora, em continuidade ao legado da “nova teoria do desvio”, a “nova criminologia” deve seu êxito à incorporação de Marx ao mundo criminológico, representando, uma análise do sistema penal, desde a percepção que cumprem as normas e suas agências para o estabelecimento e a reprodução do modelo capitalista, direcionando aportes teóricos para a emancipação social segundo, sem embargo, a despeito da nova criminologia marcar o surgimento da criminologia crítica, foi objetivo de múltiplas objeções (v.g. pouco uso do marxismo, espécie de “novo determinismo”, imperialismo epistemológico etc.) e, ademais disso, teria apresentado dificuldades de realizar a integração teórica às suas várias correntes de pensamento (v.g. etnometodologia, interacionismo, fenomenologia, marxismo etc.).

¹⁴⁵ LARRAURI, *La herencia...*, 2009, pp. 67-76/141.

A partir de 1975, os novos criminólogos viveriam uma nova fase, diferente da que se viveu durante a guerra do Vietnã e no Maio de 68. Em meados da década de 70, a *new left* é praticamente extinta, acentuando-se o marxismo na criminologia e desenvolvendo-se a tendência de negação do idealismo e do romantismo na politização dos atos do criminoso, propiciando uma mudança na compreensão do próprio papel da dogmática penal que, a partir de agora, passa a ser vista como importante instrumento para castigar certas violações a direitos humanos (não apenas é instrumento de classe, como também instrumento de luta social). As novas circunstâncias culminariam em um processo de autorreflexão (a chamada “contrarreforma”) do que havia sido feito nos anos 60, propiciando câmbio teórico e a possibilidade de se falar propriamente em uma “criminologia crítica”¹⁴⁶.

2.2.2 Pressupostos teóricos e unidade possível: o que faz de uma criminologia “crítica”?

Está-se a falar, pois, da “criminologia crítica”, um novo paradigma em criminologia. No que consiste e como compreender, no entanto, este “criticismo” em Criminologia? Antes de tudo, imprescindível esclarecer que “criminologia radical” e “nova criminologia”, termos que são geralmente tidos como sinônimos à “criminologia crítica”, não são o mais do mesmo; na verdade, apesar de partirem de pontos comuns, apresentam diferenças significativas.

Muñoz Gonzalez adverte que, apesar das três correntes terem surgido na mesma época (décadas de 60 e 70), no mesmo “momento criminológico” (mudança de paradigma) e com denominador comum originário (crítica à criminologia etiológica), existem razões concretas para diferenciá-las: (a) a criminologia “radical”, nascida nos EUA e essencialmente politizada, tinha com objeto as novas formas de conflito social da época (v.g. racismo, sexismo, repressão policial, *white collar crimes*, guetos etc.), desde a base dos direitos humanos e adotava metodologia macrosociológica (marxista); (b) a “nova” criminologia, europeia, apesar de politizada, sua ênfase foi teórica, tendo se dedicado, de forma micro e macro, à temática do desvio (criminalizações primária e secundária), sendo, predominantemente, interacionista (*labelling approach*), ainda que em alguns casos, marxista; (c) de modo que a evolução interna para estudos de caráter materialista e marxista, aliados ao interacionismo, situa a criminologia “crítica”, um “estágio avançado de evolução”, produto da revisão crítica daquelas duas¹⁴⁷.

¹⁴⁶ LARRAURI, *La herencia...*, 2009, p. 142.

¹⁴⁷ MUÑOZ GONZALEZ, Luz. La criminología “radical”, la “nueva” y la criminología “crítica”: Matizaciones y precisiones en torno a sus nombres. *Eguzkilore*, San Sebastián, nº. 2, 1989, pp. 267-282.

Na definição de Alessandro Baratta: “La Criminologia ‘critica’ è una direzione della sociologia giuridico-penale e della sociologia criminale che si distingue dalla criminologia ‘tradizionale’ per um cambiamento dell’oggetto e del método intervenuti rispetto ad esse”¹⁴⁸, pois com a criminologia crítica se distingue tanto quanto ao objeto quanto ao método tradicionais, por adotar, sobretudo, uma visão macrosociológica de compreensão da questão criminal, diversa, portanto, da microsociológica adotada por aquela.

Vários foram os contributos essenciais para a construção, mas também desenvolvimento e maturação dos fundamentos da estrutura discursiva com que opera a criminologia crítica em sua reação ao positivismo criminológico, valendo citar: o *labelling approach* ou teoria do etiquetamento (criminologia interacionista), vindo a sofrer um “aperfeiçoamento”, sobretudo, com a abordagem materialista (enfoque socioestrutural).

Tendo como seus principais precursores Georg H. Mead, Erving Goffman, Edwin Schur, Tracy Chapman, Hebert Blumer, Edwin Lemert e Howard Becker, o interacionismo simbólico¹⁴⁹, nasceu desde raízes embrionárias que estão relacionadas à sociologia de Émile Durkheim¹⁵⁰, segundo a qual o fato criminoso é não apenas um fenômeno normal, mas importante para o desenvolvimento social, além de compreendido como fruto de convenção coletiva até chegar a conclusões fenomenológicas, desenvolvidas a partir da aproximação etnometodológica¹⁵¹, para as quais a personalidade do indivíduo seria fruto da percepção dos outros sobre si (interação social).

¹⁴⁸ BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? A cura di Victor Sancha Mata. *Dei Delitti e Delle Pene*, Torino, n. 1, 1991, p. 53. “A Criminologia ‘crítica’ é uma direção da sociologia criminal que se distingue da criminologia ‘tradicional’ pela mudança do objeto e do método tomado a seu respeito” (tradução livre).

¹⁴⁹ “Direção da Psicologia Social e da Sociolinguística inspirada em Charles COOLEY e George H. MEAD. Do interacionismo desenvolvido por MEAD, cuja tese central pode ser resumida em que a sociedade é interação e que a dinâmica das instituições sociais somente pode ser analisada em termos de processos de interação entre seus membros, se derivaram diversas escolas dentre as quais a “Escola de Chicago” à que pertencem LEMERT e BECKER, a escola dramaturgica de GOFFMAN e a Etnometodologia. O interacionismo simbólico representa uma certa superação da antinomia rígida das concepções antropológicas e sociológicas do comportamento humano, ao evidenciar que não é possível considerar a sociedade - assim como a natureza humana - como dados estanques ou estruturas imutáveis. A sociedade, ou seja, a realidade social, é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. O comportamento do homem é assim inseparável da ‘interação social’ e sua interpretação não pode prescindir desta mediação simbólica (ANDRADE, Do paradigma etiológico ao paradigma..., 1995, p. 28).

¹⁵⁰ Cf. DURKHEIM, Émile. Le crime, phénomène normal. *Déviance et criminalité*, Paris, Librairie Armand Colin, 1970.

¹⁵¹ “Direção inspirada na sociologia fenomenológica de Alfred SHUTZ. Segundo a etnometodologia, também, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer objetivamente, mas o produto de uma ‘construção social’ obtida mediante um processo de definição e de tipificação por parte dos indivíduos e grupos diversos. Conseqüentemente, para o interacionismo e a etnometodologia, estudar a “realidade social” (por exemplo, a conduta desviada e a criminalidade) significa, essencialmente, estudar esses processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos para chegar às construções mais complexas, como a própria ordem social” (ANDRADE, Do paradigma etiológico ao paradigma..., 1995, p. 28).

Enquanto paradigma da reação ou do controle social, o *labelling approach* corresponde à nova perspectiva de análise sobre a questão criminal. Desontologiza a ideia de “criminalidade” enquanto qualidade intrínseca da conduta, pois a concebe enquanto um rótulo, fruto do complexo processo (formal e informação) de interação social sofrido por algumas pessoas. O problema criminológico   deslocado da investiga o das *causas/fatores* da *criminalidade* (etiologia), na qual se encontrava o *homem delinqente* como objeto, para os *processos* de *criminaliza o* (seletividade), partindo-se, então, das *rela es sociais*.

As bases interacionistas são as principais contribui es teóricas para a desconstru o do delito enquanto entidade ontológica, do delinqente como “indivíduo patológico”, os dados oficiais sobre a criminalidade (estatísticas criminais), passando o paradigma etiológico-causal por um *continuum* desestabilizador de sua estrutura teórica, cujas premissas passariam a ser rejeitadas, o que vai ocasionar um verdadeiro “giro criminológico” (*criminological turn*), tomando vez o paradigma da rea o social.

Em sua perspectiva teórica mais avança, trabalhando com o conceito de *outsiders*¹⁵², Becker esclarece que a concep o sociológica com a qual trabalha parte do pressuposto de que *desvio*   simplesmente a infra o de alguma regra geralmente aceita, sendo ele próprio uma cria o (construto) social, deixando bastante claro que essa percep o não compreende que as “causas do desvio” estão localizadas na situa o social do desviante ou em outros “fatores sociais”, mas tão apenas que *grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infra o constitui desvio*, e uma vez aplicadas tais regras, as pessoas que as infringem, passam a ser rotuladas de *outsiders*¹⁵³.

O desvio não mais  , portanto, uma qualidade de ato, como pensava o paradigma causal-determinista, mas uma consequência da viola o de regras. Ou seja, nesta perspectiva: o desviante não   um ser patológico, mas alguém cujo rótulo fora aplicado com sucesso. Deste ponto de vista, as contribui es interacionistas do *labelling* são de fundamental importância para o desenvolvimento criminológico, constituindo segundo Zaffaroni, “a fun o deslegitimante mais importante e irreversível do discurso jurídico-penal”¹⁵⁴, no exercício do poder do sistema penal, do qual não mais poderia se recuperar, a não ser fechando-se hermeticamente e ignorando, por completo, a realidade social.

¹⁵² Apesar de costumeiramente se olvidar, o termo “*outsiders*”   ambivalente, ou seja, representa, primeiramente, as pessoas que são consideradas pelas outras como desviantes e, secundariamente, do ponto de vista da pessoa rotulada, as pessoas orientadoras da rotula o e criadora das regras de conduta social.

¹⁵³ BECKER, *Outsiders...*, 2008, pp. 21-22.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, *Em Busca das Penas...*, pp. 60-61.

No entanto, o interacionismo foi considerado uma teoria de “médio alcance” (*middle range*), presa em categorias abstratas não relacionadas às estruturas econômicas das sociedades modernas do capital, incapaz de realizar uma crítica macrossociológica definitiva. Baratta aponta três problemas fundamentais para tanto: (1º) o uso idealista/subjetivista poderia subvalorizar o sofrimento, agressão e a injustiça próprias do conflito; (2º) a ausência de problematização da intervenção penal quanto aos processos de estigmatização/marginalização na solução de conflitos; e, (3º) a falta de análise quanto ao caráter seletivo da intervenção penal, que se direcionada aos mais débeis e excluídos da sociedade¹⁵⁵.

Conclusão parcial: não obstante o enfoque do etiquetamento seja uma *condição necessária* para que se possa qualificar uma teoria criminológica como “crítica”, não é *condição suficiente*¹⁵⁶, como as próprias críticas ao *labelling* demonstraram. Quanto a isso, adveio a necessidade de absorção de conteúdo do materialismo dialético, sendo esta a representação da segunda fase de desenvolvimento e, enfim, de afirmação da criminologia crítica.

Com a constatação de que as teorias conflituais não conseguiram superar os fundamentos avançados do *labelling*, mesmo denunciando a desigualdade e a relação antagônica entre grupos, posto que “carecem de uma análise que desça da esfera política à individualização das condições estruturais da sociedade, na qual aqueles grupos interagem e se confrontam”¹⁵⁷, recorreu-se ao materialismo histórico, inaugurando-se, assim, nova perspectiva sobre a questão criminal, alcançando a *condição suficiente* para uma formação teórica crítica em criminologia, segundo a perspectiva barattiana.

De fato, nem Marx, nem os grandes pensadores marxistas da história, tiveram uma dedicação ostensiva para com o estudo da questão criminal, ficando bastante difícil reconhecer que, desde o ponto de vista destes autores, tenha sido construída uma completa “teoria materialista do desvio”. O que ocorre na relação entre criminologia crítica e pensamento marxista é a adoção dos fundamentos materiais da compreensão da estrutura socioeconômica das modernas sociedades capitalistas, devendo tal importação proceder na atualização contínua da obra de Marx, sendo esta, por sua vez, compreendida como um marco intelectual da humanidade aberto à teoria e à prática¹⁵⁸, que desde seu nascedouro, produziu

¹⁵⁵ BARATTA, Che cosa è..., 1991, pp. 54-55.

¹⁵⁶ BARATTA, Che cosa è..., 1991, p. 53.

¹⁵⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002, pp. 144-145.

¹⁵⁸ GIANNOTTI, José Arthur. *Marx além do Marxismo*. Porto Alegre: L&PM, 2009, pp. 5-6.

importantes rupturas à lógica economicista, essencialmente, desigual e excludente, presente nos processos de produção das sociedades do capital, demandando, logo, desenvolvimento contínuo¹⁵⁹.

A adoção dos aportes marxistas se dá, como sintetiza Juarez Cirino dos Santos¹⁶⁰, porque o projeto científico da criminologia crítica tem por objetivo a produção de uma teoria materialista do direito e do Estado, em que a produção crescentemente social requer uma regulação crescentemente jurídica das relações sociais, procurando identificar as forças sociais subjacentes às formas legais e mecanismos institucionais de controle social.

Quanto ao objeto de estudo, com a maturação materialista das contribuições do interacionismo, muda-se o foco do sujeito às estruturas econômicas e instituições jurídicas e políticas responsáveis pela formulação do campo ideológica, compreendidas desde as contradições capital/trabalho e no atuar das agências de punitividade do sistema penal; e, quanto ao método, muda das determinações causais do delito para a dialética materialista histórica, capaz de fornecer elementos que possibilitam a compreensão das relações entre a estrutura econômica (produção/distribuição de riqueza), instituições jurídico-políticas e o controle social.

Não obstante a conceituação de Baratta, marxista que é, impossível contestar as grandes contribuições advindas do interacionismo simbólico e da fenomenologia¹⁶¹, a partir

¹⁵⁹ Vera Malaguti Batista confessa: “Rusche, Foucault, Melossi e Pavarini são escolas: estão dentro disso tudo que falei, dando direção, atualizando a obra de Marx na questão criminal. Aliás, é em Marx que tudo começa. Só os tolos podem achar que a obra marxista está superada; ela só será superada quando derrotarmos o capitalismo. E, modestamente, gostaria de contribuir para isso ao desconstruir as relações entre a pena e o capital” (BATISTA, *Introdução Crítica...*, 2002, p. 14).

¹⁶⁰ Neste sentido: “O programa de uma ciência do crime e do controle social para as condições de desenvolvimento econômico e político da sociedade capitalista, compreende a crítica do Direito como *lei do modo de produção* dominante, e do Estado como *organização política do poder de classe*, além da elaboração simultânea de uma “economia política do crime” capaz de demonstrar que as transformações do capitalismo contemporâneo não alteraram suas *prioridades básicas* de propriedade privada e lucro, nem sua *dinâmica social* de reprodução das desigualdades e de marginalização” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 38-39).

¹⁶¹ Gabriel Anitua explica que algumas ideias filosóficas da década de 60 foram de grande valia para o desenvolvimento do pensamento criminológico. Citando a fenomenologia de Husserl, cuja abordagem fundaria uma nova metodologia pautada na conversão dos atos intencionais e seus conteúdos em objetos de análise, e, a seguir, em Heidegger, que trabalhou o problema do “ser” e a busca pelo “fenômeno originário”, relacionada às formas de comunicação interindividual, explica que Alfred Schütz foi o responsável por desenvolver a filosofia fenomenológica como base das ciências sociais nos Estados Unidos. Seu pensamento seria propagado por dois de seus alunos, Peter Berger e Thomas Luckmann, ao publicarem *The Construction of Social Reality* (1966), cuja contribuição essencial seria a aproximação do cotidiano, pois a realidade surgiria como construção humana informada a respeito das relações entre indivíduos no contexto social. A comunicação, pois, desempenharia papel fundamental na construção social da realidade. A conclusão seria a de que não existe nada que seja “natural”, é tudo construção baseada na natureza humana, que o faz por “necessidade antropológica” de buscar estabilidade para a vida em uma construção artificial chamada “ordem social”. É desta tradição que Merton, funcionalista, e Blumer, interacionista, reconhecem a relevância da crença do indivíduo sobre fatos sociais, não à toa consolidando-se a clássica expressão de William Thomas “se os homens definem certas situações como reais, as mesmas serão reais em suas consequências”. Daí serem denominadas as teorias que partem desta perspectiva

da teoria da rotulação (*labelling approach*). Quanto à este ponto, prefere-se compreender que “crítica” é toda criminologia que não é positivista e que se desenvolve a partir do paradigma da reação social, afinal, como lembra Zaffaroni¹⁶², a sua operacionalização propiciou (a) a irreversível deslegitimação do sistema penal e falsidade do discurso jurídico-penal, de modo que, a despeito das pertinentes críticas, (b) a teoria da rotulação – enquanto matriz do interacionismo simbólico e da fenomenologia – em nada reduz seu “valor deslegitimante e demolidor do discurso jurídico-penal”¹⁶³.

Assevera Salo de Carvalho que, em geral, a crítica criminológica passou a denunciar o papel que a criminologia de base positivista desempenhou na legitimação das instituições punitivas e do saber penal, tendo desenvolvido todas as ferramentas necessárias para justificar o poder punitivo, ainda que na qualidade de mera “auxiliar” à dogmática. A adoção do paradigma etiológico-causal desempenhou um papel altamente funcional ao sistema penal, e ignorou por completo as violências (re)produzidas *pelos e nas* suas agências de punitividade, resultando em graves violações de direitos humanos, bem como os processos de seletividade, consolidando um olhar a-histórico, despreocupado com a violência institucional¹⁶⁴.

Nesta linha de raciocínio, a obra de referência é *Surveiller et Punir* (1975), de Michel Foucault, que, uma vez incorporada ao pensamento criminológico de viés crítico, ofereceu riquíssimo arcabouço teórico desmistificador da criminologia positivista. No que se referente ao sistema penal e seu cerne de operacionalização do poder punitivo (pena), Foucault denunciou que, ao se justificar a partir da imposição de regras, mascararia seus efeitos reais. A partir de uma “tecnologia política do corpo”, ao estudar o processo de metamorfose das práticas punitivas, compreendeu como o homem (“delinquente”) se tornou objetivo de um saber de *status* “científico” (positivismo criminológico) preocupado com mecanismos técnico-corretivos das prisões (correcionalismo/ressocialização). Assim, realizou cisão entre *funções latentes* e *funções reais*, atestando que a não redução da criminalidade não corresponde à crise da prisão, senão o seu sucesso: *controle diferencial das ilegalidades*. Em seus termos:

como “socioconstrucionistas”, e, logo, a influência na etnometodologia (ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008, pp. 574-577).

¹⁶² ZAFFARONI, *Em Busca das Penas...*, 2001, p. 37.

¹⁶³ Confirmando e densificando a hipótese sustentada, Salo de Carvalho adverte que não obstante a heterogeneidade de iniciativas que marcam o surgimento da crítica criminológica (*criminologias críticas*), é possível compreender uma *unidade crítica*, conformadora de *uma criminologia crítica*, a partir de três lugares-comuns: (a) a negação do pressuposto do delito natural da criminologia ortodoxa; (b) a constante autocrítica a que se submete o pensamento crítico; e (c) a reflexão sobre as relações entre indivíduo e autoridade (preocupação com a ordem social) (CARVALHO, *Criminologia crítica...*, 2013, pp. 288-289).

¹⁶⁴ CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 104, set/out, 2013, pp. 284-285.

O atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem reproduzir a delinquência, tipo especificado, forma política ou economicamente menos perigosa – talvez até utilizável – de ilegalidade; produzir os delinquentes, meio aparentemente marginalizado, mas centralmente controlado; produzir o delinquente como sujeito patologizado. O sucesso da prisão: nas lutas em torno da lei e das ilegalidades, especificar uma ‘delinquência’ [...]. O sucesso é tal que, depois de um século e meio de ‘fracasso’, a prisão continua a existir, produzindo os mesmos efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-la¹⁶⁵.

Desta feita, a criminologia crítica passa a compreender o controle social gerenciado pelos interesses das classes hegemônicas a partir do exercício do poder punitivo, que, por sua vez, coloca o sistema penal como mecanismo de manutenção e reprodução das desigualdades sociais e, portanto, um instrumento essencialmente seletivo quanto à escolha político-criminal dos bens jurídicos a serem tutelados – criação da lei penal (criminalização/seletividade primária) –, e discriminatório quanto ao exercício racista, classista, sexista etc., das agências de controle penal – aplicação da lei penal (criminalização seletividade/secundária). É Salo de Carvalho quem realiza síntese precisa sobre os principais aportes da agenda negativa da criminologia crítica, enquanto teoria criminológica problematizadora:

1.º) Crítica aos fundamentos e aos pressupostos da (micro)criminologia ortodoxa (positivismo criminológico): (a) negação dos modelos consensuais de sociedade; (b) negação do postulado causal-determinista do delito e do caráter patológico do delinquente; (c) negação do caráter científico do saber criminológico e da neutralidade do criminólogo; (d) invalidação dos critérios metodológicos de constatação da criminalidade (estatísticas criminais e ambiente carcerário). 2.º) Crítica aos fundamentos e aos pressupostos do direito penal dogmático: (a) negação dos discursos de igualdade e de imparcialidade na eleição dos bens jurídicos (criminalização primária); (b) negação do caráter positivo atribuído à sanção penal (pena útil). 3.º) Crítica às diretrizes operacionais (funcionamento) das agências e das instituições do sistema punitivo: (a) demonstração do caráter seletivo de incidência do controle penal (criminalização secundária); (b) demonstração das contradições existentes entre as funções reais exercidas pelo sistema penal e as funções declaradas pelo direito penal e pela criminologia (discursos oficiais e científicos de legitimação). 4.º) Crítica do sistema político-econômico que configura o sistema punitivo: (a) denúncia da funcionalidade do sistema penal para a manutenção capitalista; (b) demonstração da relação de dependência existente entre o sistema político-econômico (questões de poder e relações de produção) e o sistema de controle social punitivo¹⁶⁶.

Percebe-se, desta feita, a riqueza teórica proveniente do novo aporte criminológico. Muito mais que uma “teoria científica politizada” (tal como foi entendida por vários

¹⁶⁵ FOUCAULT, *Vigiar e Punir: História da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramallete. 40ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, pp. 262-263.

¹⁶⁶ CARVALHO, *Criminologia crítica...*, 2013, pp. 278-288.

criminólogos que não conseguiram superar a vontade de ser ciência...), a criminologia crítica precisa ser entendida a partir de seu diálogo de origem (“academia-movimentos sociais”), como “antiteoria”¹⁶⁷, isto é, não como “Escola de pensamento”, mas como um *movimento (criminologia da práxis)*¹⁶⁸, de conotação revolucionária e contestatória, alinhado à mudança da realidade social e emancipação, de modo que, justamente para que possa ser adjetivada de “crítica”, não pode se furtar do constante e imprescindível exercício da *autocrítica*¹⁶⁹, ao ponto de submeter as suas proposições (fundamentos, projetos e estratégias) a constante tensão reflexiva.

Neste sentido, a história comprova a hipótese: (a) não é à toa que a década de 80, marcada por constantes debates problematizadores dos aportes, instrumentos e objetivos do referencial da criminologia crítica é conhecida como o período de “crise”¹⁷⁰, bem como, (b) é contínua a existência de acirrados debates travados entre pesquisadores de referência da área¹⁷¹. É, portanto, neste sentido que Vera Andrade define o “*criticismo*” como um campo analítico complexo, baseado no paradigma da reação ou controle social, “[...] integrado por um pluralismo teórico do qual resulta tanto um *acúmulo criminológico instituído* quanto um espaço aberto para uma necessária continuidade e *permanente reinvenção instituinte*”¹⁷².

2.2.3 “Viagens culturais” e recepção das criminologias na América Latina e no Brasil

Máximo Sozzo¹⁷³ trabalha a história do presente criminológico a partir da chave de leitura das “traduções”, atividades culturais vinculadas ao passado, ao presente e ao futuro da

¹⁶⁷ CASTRO, *Criminologia...*, 2005.

¹⁶⁸ CARVALHO, *Criminologia crítica...*, 2013, p. 292.

¹⁶⁹ PAVARINI, Massimo. Como resistir: Control social y saber crítico. *Capítulo Criminológico*, Maracaibo, nº. 22, 1994, p. 35.

¹⁷⁰ Cf. MELOSSI, Dario. È in crisi la “criminologia crítica”? Saggio sul suo sviluppo, la situazione presente e una nuova prospettiva teorica. *Dei Delitti e delle Pene*, Bari, n. 3, pp. 447-470, 1983; YOUNG, Jock. El fracaso de la criminología: La necesidad de un realismo radical. In: RODENAS, Alejandra et al (Dir.). *Criminología Crítica y Control Social: El poder punitivo del Estado*. Rosario: Juris, 1993; PAVARINI, Massimo. ¿Vale la pena salvar a la criminología? In: SOZZO, Máximo (coord.). *Reconstruyendo las Criminologías Críticas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006; BARATTA, Alessandro. ¿Tiene futuro la criminología crítica? Reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales y la interdisciplinariedad externa. In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004.

¹⁷¹ Na Europa, vale referência ao debate travado entre Marcelo F. Aebi e Elena Larrauri, a partir do artigo de Aebi: *Crítica de la criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta* (2004); já, no contexto latino-americano, o debate iniciado por Eduardo Novoa Monreal, com o texto *¿desorientación epistemológica en la criminología crítica?* (1985), posteriormente debatido por Lola Aniyar de Castro, Roberto Bergalli e Rosa del Olmo é, sem dúvida alguma, um capítulo fundamental da história da criminologia crítica desenvolvida em nossa margem.

¹⁷² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas Mãos da Criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012, p. 95, grifo nosso.

¹⁷³ SOZZO, Máximo. “Traduttore Traditore”. Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina. In: SOZZO, Máximo (coord.). *Reconstruyendo las Criminologías Críticas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, pp. 354-356.

criminologia. Para o criminólogo argentino, o nascimento das criminologias de corte positivista e crítico no espaço latino-americano não podem ser compreendidas senão no marco de instauração e desenvolvimento desta complexa tecnologia intelectual. Enquanto instituidora/facilitadora de processos de importação cultural, vai configurar racionalidades, programas e tecnologias de governo sobre a questão criminal, formatando práticas discursivas que irão permear o imaginário das reflexões criminológicas nacionais, tendo sempre em consideração a expressão “*traduttore traditore*”, isto é, toda tradução é “infidel” e representa uma “traição”, não sendo diferente dos modelos teóricos incorporados à realidade periférica, que também sofrem reflexo do exercício culturalmente criativo e interpretativo da translação.

No que se refere à realidade latino-americana, com ênfase ao “local de fala” brasileiro, a importação cultural do conhecimento criminológico forjado nos Estados Unidos e na Europa se deu inicialmente na Venezuela, com a formação do Grupo Latino-Americano de Criminología Comparada da Universidad de Zulia, coordenado por Lola Aniyar de Castro e Denis Szabo, cabendo destaque especial também a Rosa del Olmo, dentre outros tantos; na Argentina, com Eugenio Raúl Zaffaroni, Roberto Bergalli, Gabriel Ignacio Anitua, Juan S. Pegoraro, Emilo García Mendez, Luis Marcó del Pont, Elias Carranza, Gustavo Cosavoc e o próprio Máximo Sozzo; na Colômbia, a partir de Emiro Sandoval Huertas, Fernando Rojas, Alfonso Reys, Maurício Martínez, Juan Guilherme Sepúlveda, Fernando Tenório e Guillermo Villegas; no Chile, com Juan Bustos Ramírez, Eduardo Novoa Monreal e Álvaro Burnster; no Brasil, com Heleno Cláudio Fragoso, Nilo Batista, Juarez Cirino dos Santos, Roberto Lyra Filho, Juarez Tavares, Esther Kosovski, Vera Regina Pereira de Andrade e, dentre outros tantos, Vera Malaguti Batista.

O processo de importação dos contributos teóricos centrais propuseram uma agenda de questões fundamentais para o pensamento sobre a questão criminal, a saber tanto a “problematização e superação epistemológica e funcional da Criminologia positivista quanto a definição da própria identidade que a Criminologia crítica deveria assumir na região”¹⁷⁴.

Quanto às matrizes históricas destas duas grandes vertentes de pensamento, fundamental destacar que se no Brasil o positivismo criminológico foi enraizado no final do século XIX, ainda durante o processo de colonização, e aí cabe destacar a consolidação acadêmica das teses biologicistas e antropológicas, assumidamente lombrosianas, sustentadas na obra de Raimundo Nina Rodrigues (sobretudo, *As Raças Humanas e a Responsabilidade*

¹⁷⁴ ANDRADE, *Pelas Mãos da Criminologia...*, 2012, p. 83.

Penal no Brazil, 1894)¹⁷⁵ – atribuindo desqualificação da população nativa colonizada –, as criminologias críticas vão surgir como formas de resistência e vão forjar pensamento libertário no contexto das Ditaduras Civil-Militares, essencialmente marcadas pelo populismo e autoritarismo punitivos, a partir do paradigma belicista da segurança nacional.

O que deve ficar claro quanto a isso é que mais que a representação de um riquíssimo e desafiador arcabouço teórico, o processo de formação e reconstrução do pensamento criminológico-crítico está sintonizado também às adversidades sociopolíticas da realidade, submergindo da “reconstrução histórica” deste pensamento, não apenas a lembrança às principais pessoas vulneráveis ao controle sociopunitivo, senão também às pessoas que produziram a resistência em forma de discurso crítico sobre a questão criminal. Não é à toa que Lola Aniyar vai lembrar que *é extremamente perigoso fazer criminologia na América Latina*, e que este saber carrega consigo uma “história não contada”, uma história de perseguições, assassinatos e vitimizações¹⁷⁶.

Quanto a isso, faz-se necessário entender que tanto a criminologia positivista quanto a crítica são produtos de complexos processos de tradução/importação cultural. Desde a complexidade inerente ao fenômeno, não é à toa que o desenvolvimento de um novo paradigma de ciências criminais com base na criminologia crítica se deu a partir de uma pluralidade de correntes (v.g. criminologia “realista marginal”, “da reação social”, “mestiça”, “da libertação”, “dialética”, “sociologia do controle penal”, “teoria crítica do controle social” etc.), o que naturalmente desembocou na configuração de conceitos próprios da realidade periférica latino-americana (v.g. “sistema penal subterrâneo” e “paralelo”, “autoritarismo *cool*”, “vulnerabilidade”, “policização”, “adesão subjetiva à barbárie” etc.) e, por fim, a proposição de construção de um projeto coletivo de “criminologia crítica latino-americana”.

¹⁷⁵ Sobre os primórdios da formação de um pensamento criminológico importado e traduzido para a América Latina, “Pode-se afirmar, na análise dos primeiros esforços latino-americanos, que o interesse pela criminologia, e especificamente pela escola positivista italiana e sua antropologia criminal, surge simultaneamente em três países: Argentina, Brasil e México. Aparentemente, contudo, quem primeiro difundiu as ideias do I Congresso de Antropologia Criminal, realizado em Roma, em 1885, foi o penalista argentino Norberto Piñero, na inauguração de sua cátedra de direito penal, na Faculdade de Jurisprudência da Cidade do México. O Brasil é o primeiro país a publicar um livro com o título *Criminologia e direito*, escrito por Clovis Bevilacqua em 1896; mas *Los hombres de presa*, do argentino Luis María Drago, publicado em 1888, é considerada a primeira obra de criminologia latino-americana. Também em 1888, funda-se, em Buenos Aires, a Sociedade de Antropologia Jurídica para o Estudo da Criminalidade. No Brasil, seria criado um grupo similar em 1889: a Associação Antropológica e de Assistência Criminal” (OLMO, *A América Latina...*, 2004, p. 33).

¹⁷⁶ Ao relembrar nomes como Jorge Enrique Torres Lezama (vítima de um estranho “acidente de trânsito”), Atilio Ramírez Amaya (vítima de um atentado com metralhadoras em sua residência), Guillermo Monzón Paz e Jorge Palácios Motta (ambos, assassinados a tiros), todos juristas, professores e pesquisadores que politizaram o campo criminológico, “nervos e sangue” do Grupo Latino-Americano de Criminologia Comparada, Lola Aniyar contextualiza estas mortes ao texto-denúncia *Criminologia e repressão na América Latina*, de Denis Szabo e José María Rico, destaca a perigosa missão daqueles que, ao terem feito criminologia crítica em nossa margem, questionaram os atos de poder e receberam estes sangrentos fins (CASTRO, *Criminologia...*, 2005, pp. 29-30).

A indagação entre os investigadores do campo criminológico dizia respeito ao fato de se deveriam meramente importar os referenciais teóricos produzidos nos países centrais (Estados Unidos e Europa) ou se deveriam refletir sobre a possibilidade de reconstrução de uma perspectiva latino-americana própria e autônoma, com problematizações, objetos e funções próprias e compatíveis com as peculiaridades da margem periférica.

Rosa del Olmo¹⁷⁷, por exemplo, desde o clássico *América Latina y su Criminología* (1981), defendia a hipótese de não existência de uma “criminologia crítica latino-americana” propriamente, senão uma matriz de conhecimento criminológico transnacionalizado de acordo com o pensamento científico, contingências e necessidades dos países centrais, não obstante “[...] se habló de ‘importación cultural’, a pesar de la originalidad, obra del ejercicio de una inventiva teórica y política de muchos intelectuales que pusieron en marcha la construcción de la criminología crítica regional”¹⁷⁸, apontam Lola Aniyar de Castro e Rodrigo Codino, para os quais, a prova da dedicação às especificidades regionais da pesquisa (de modo alheia à temática europeia) estariam presentes nas investigações a propósito da invasão do Panamá, da problematização da doutrina da segurança nacional, dos extermínios massivos em nossa margem e na distinção existente entre modelos econômicos de primeiro e terceiro mundos.

Lola Aniyar de Castro¹⁷⁹, porém, trata de considerar tal posicionamento “desinteressante”. A criminóloga venezuelana entende que o diferencial da nova forma de se pensar a questão criminal (criminologia desmistificadora) em reação ao positivismo diz respeito à necessidade de se construir um pensamento situado, historicamente implicado, que considere uma *conjuntura sociopolítica específica* da sociedade em que se aplica, de modo que uma criminologia desta feita apenas poderia se chamar de “latino-americana” se feita *na e para* a região latina. As próprias investigações do Grupo Latino-Americano de Criminologia Comparada seriam, exemplifica, uma prova concreta deste pioneirismo possível.

Noutra perspectiva, Máximo Sozzo, ao considerar a possibilidade de reconstrução de um saber crítico sobre a questão criminal para a América Latina, aposta na recriação de uma abertura à teoria social e política para que o saber criminológico não se limitasse a cristalizar argumentos na baila de *monismos explicativos*, ou seja, “*grandes narrativas*” destinadas a absolutizar as ferramentas de enfretamento do problema; o que seria um grande reducionismo, é verdade. É assim que para o criminólogo santafesino:

¹⁷⁷ Cf. OLMO, *A América Latina...*, 2004.

¹⁷⁸ CASTRO, Lola Aniyar de; CODINO, Rodrigo. *Manual de Criminología Sociopolítica*. Buenos Aires: Ediar, 2013, p. 263. “[...] se falou de ‘importação cultural’, a pesar da originalidade, obra de uma inventiva teórica e política de muitos intelectuais que puseram em marcha a construção da criminologia crítica regional” (tradução livre).

¹⁷⁹ CASTRO, *Criminologia...*, 2005, pp. 20-21.

[...] los vocabularios criminológicos traducidos/importados deben ser metamorfoseados ‘conscientemente’ a partir del escrutinio detallado y paciente del momento empírico. Y deberían producirse innovaciones a partir de la inventiva política y teórica pero desde dicho escrutinio, es decir, desde una práctica de investigación. Sólo así la empresa de la traducción criminológica cobra un sentido nuevo para la reconstrucción de un saber crítico sobre la cuestión criminal en América latina, pues de esta forma se abre realmente la posibilidad de un diálogo, una conversación cultural entre el acá y el allá¹⁸⁰.

Para além das controvérsias, o que mais importa, sinaliza Vera Andrade, é que a importação da crítica criminológica desenvolvida na América Latina e no Brasil, notadamente a partir dos aportes centrais, realizaram e estão, seguramente, a realizar uma “radiografia” da problemática que nos circunscreve, direcionando atenção à deslegitimação dos nossos sistemas penais, propiciando fundamentos teórico-empíricos que efetivamente busquem compreender o “[...] controle penal e salvar vidas humanas (limite negativo extremo do saber criminológico) a reconstruir modelos alternativos e modelos não violentos para responder positivamente aos problemas e conflitos sociais (limite positivo extremo do saber criminológico)”¹⁸¹, em conformidade aos horizontes perquiridos pela democracia e os direitos humanos. Assim:

[...] la criminología es el saber (conjunto de conocimientos) que nos permite explicar cómo operan los controles sociales punitivos de nuestro margen periférico, qué conductas y actitudes promueven qué efectos provocan y cómo se los encubre en cuanto ello sea necesario o útil para proyectar alternativas a las soluciones punitivas o soluciones punitivas alternativas menos violentas que las existentes y más adecuadas al progreso social¹⁸².

Por tudo, “a criminologia não é uma disciplina inocente. Não só porque a criminologia tradicional é parte importante da vertente ideológica e política do controle social, mas porque a nova, crítica, a libertadora, como inimiga do poder, pode ser perigosa para os que a

¹⁸⁰ SOZZO, “Traduttore Traditore”. Traducción, importación cultural..., 2006, pp. 416-417. “[...] os vocabulários criminológicos traduzidos/importados devem ser metamorfoseados ‘conscientemente’ a partir do escrutínio detalhado e paciente do momento empírico. E deverão produzir-se inovações a partir da inventiva política e teórica porém desde esse escrutínio, é dizer, desde uma prática de investigação. Somente assim a empresa da tradução criminológica cobra um sentido novo para a reconstrução de um saber crítico sobre a questão criminal na América latina, pois desta forma se abre realente a possibilidade de um diálogo, uma conversa cultural entre o aqui e o lá” (tradução livre).

¹⁸¹ ANDRADE, *Pelas Mãos da Criminologia...*, 2012, p. 117.

¹⁸² ZAFFARONI, *Criminología...*, 1988, p. 20. “[...] a criminologia é o saber (conjunto de conhecimentos) que nos permite explicar como operam os controles sociais punitivos de nossa margem periférica, que condutas e atitudes promovem, que efeitos provocam e como estão encobertos enquanto sejam necessário ou útil para projetar alternativas a soluções punitivas ou soluções punitivas alternativas menos violentas que as existentes e mais adequadas ao progresso social” (tradução livre).

exercem”¹⁸³, sendo que quanto à esta última, deve se direcionar a compreender as relações de poder, autoridade e controle social próprias da realidade do controle penal latino-americano.

2.2.4 Criminologia crítica como crítica à dogmática penal: a figura do “penalista-criminólogo” (ou “criminólogo-penalista”?)

Nas décadas de 70 e 80, os intelectuais latino-americanos, particularmente os brasileiros, direcionaram seus estudos para a produção criminológica anglo-saxã, com forte importação das investigações teóricas que estavam sendo realizadas naquele período na Itália, vale dizer, país no qual o lugar central de ensino da disciplina criminológica é ocupado por juristas. Nesse contexto, a influência da produção intelectual de Alessandro Baratta é notável, e será intensamente incorporada nas investigações realizadas no Brasil, ao passo que, não será à toa que a produção “daqui” apresenta bastante similitudes a “de lá”, a começar pelo sintomático fato de o ensino da criminologia ocorrer máxime nas faculdades de direito¹⁸⁴.

A obra de Baratta é vasta e se estrutura no horizonte da inter e transdisciplinaridade, incorporando à questão criminal, dentre outras, reflexões a partir da filosofia do direito, da economia política, da teoria crítica, da história, da ética, da dogmática etc., sendo *Criminologia Critica e Critica del Diritto Penale: Introduzione alla sociologia giuridico-penale* (1982), sua obra de maior expressão no Brasil, na qual consagra o enfoque da “crítica sociológica ao direito penal”, que nada mais é do que a representação funcional de que a criminologia crítica, de viés sociológico, possibilita desconstruir a dogmática penal tradicional, arraigada ao positivismo criminológico, e reconstrução de uma “dogmática penal crítica”.

A tarefa desempenhada por Baratta foi tão importante que suas teses foram incorporadas e, na atualidade, continuam a ser bastante difundidas entre os teóricos brasileiros da crítica criminológica. Do arcabouço, pode-se tomar a desconstrução dos pressupostos do positivismo criminológico (tópico 2.2.2) e da chamada “ideologia da defesa social”.

A *ideologia da defesa social*, localizada nas grandes narrativas das ciências criminais, implicou conceber o sistema penal como via hábil para a solução efetiva de conflitos sociais (criminalidade), proteção de interesses públicos (bens jurídicos) e atribuição de segurança a

¹⁸³ CASTRO, *Criminologia...*, 2005, p. 28.

¹⁸⁴ Diz Sozzo que apesar de os materiais provirem de outras ciências sociais, os processos de importação cultural que possibilitaram o surgimento da criminologia crítica na Itália e, posteriormente, no Brasil, foram ocupados por intelectuais do campo do direito, talvez pela ausência de uma sólida cultura sociológica italiana (SOZZO, “Traduttore traditore”. Traducción..., 2006, pp. 402-403). É neste sentido que a figura do “criminólogo crítico” brasileiro está vinculada à própria do penalista (daí a ambivalência “penalista-criminólogo” ou “criminólogo-penalista”?), pois a disciplina é ensinada, sobretudo, no curso de direito, o que, não obstante, não nega a riquíssima contribuição de raiz da sociologia, afinal, a ruptura paradigmática via *labelling* a ela se deve.

propósito do direcionamento de seus fins. Para Baratta¹⁸⁵, esta ideologia (“do fim”) teria se consolidado a partir dos seguintes princípios estruturais: (a) *princípio de legitimidade*: o Estado detém legitimidade para reprimir a criminalidade a partir das agências de controle social; (b) *princípio do bem e do mal*: o delito é um dano à sociedade e o delinquente é um elemento negativo; (c) *princípio de culpabilidade*: o delito é expressão de uma atitude interior reprovável; (d) *princípio da finalidade/prevenção*: a pena possui funções retributivas e preventivas; (e) *princípio da igualdade*: por criminalidade se entende a violação da lei penal e os criminosos correspondem a uma minoria desviante; e, (f) *princípio do interesse social/delito natural*: o conteúdo da lei penal é expressão da vontade geral, constituindo o delito a violação de interesses fundamentais das nações civilizadas.

A grande virtude da obra de Baratta foi denunciar que o discurso de proteção da sociedade, ao centrar exclusivas táticas de contenção do criminoso (violência individual), incorre na pressuposição de regularidade funcional das agências de controle penal e não problematiza sua capacidade de produzir e fomentar violências (violência institucional), tendo o feito a partir da desconstrução minuciosa de cada um dos princípios defensivistas a partir das novas teorias criminológicas¹⁸⁶, possibilitando verdadeira desconstrução da dogmática

¹⁸⁵ BARATTA, *Criminologia Crítica e Crítica...*, 2002, p. 42.

¹⁸⁶ A obra merece ser consultada, no entanto, vale mencionar: (a) *princípio de legitimidade*: É revertido a partir das contribuições das *teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva*, demonstram que a reação penal ao comportamento delituoso não tem a função de eliminar ou circunscrever a criminalidade, mas corresponde a mecanismos psicológicos em face dos quais o desvio criminalizado é tido como necessário e ineliminável da sociedade; (b) *princípio do bem e do mal*: É questionada pela *teoria estrutural-funcionalista da anomia e do desvio*: Esta teoria demonstra que o desvio é um fenômeno normal e não uma patologia individual ou social. Estando intrinsecamente ligado à estrutura social, o desvio é um fator relevante para a evolução e dinâmica social, sendo compreendido como algo negativo apenas quando ultrapassar certos limites, comprometendo a harmonia social; (c) *princípio da culpabilidade*: É desconstruído pelas *teorias das subculturas criminais*. Segundo estas teorias, o delito não deve ser interpretado como livre expressão interna do criminoso direcionada à violação de valores sociais dominantes, até porque não existe um sistema (oficial) de valores, senão uma série de subsistemas que se transmitem aos indivíduos por meio de mecanismos de socialização e aprendizagem inerentes aos grupos nos quais alguns indivíduos estão inseridos. Neste campo, são fundamentais as contribuições de Robert Merton e Stanley Cohen, mas, sobretudo de Edwin H. Sutherland, responsável pela pesquisa dos *white-collar crimes* e da *teoria da “associação diferencial”*, que concebe a criminalidade, tal qual outro comportamento humano, condicionada ao aprendizado (de fins e técnicas) que se projeta no ambiente (social/profissional) em que se insere o indivíduo. Destacam-se ainda os estudos de Gresham Sykes e David Matza, que pretenderam corrigir as teorias das subculturas através da análise das técnicas de neutralização. Por ocasião, esta teoria possui uma relação de compatibilidade com a teoria funcionalista; (d) *princípio do fim ou da prevenção*: É questionada pelo novo paradigma criminológico do *labelling approach*. A crítica às funções do discurso jurídico da pena possui tópico específico, porém importa salientar quatro contribuições desta teoria: (i) trabalha com a distinção socialização/defeitos da socialização; (ii) a exposição do indivíduo à rotulação não depende tanto da disponibilidade pessoal, senão de diferenciações em contatos sociais e subculturais; (iii) a rotulação depende de certos fatores, tais quais a adesão a certos valores, técnicas, fenômenos de estratificação, desorganização social, etc.; e, (iv) a adesão a um comportamento criminoso (resultado da adesão a certos valores, normas e técnicas) se assemelha à adesão ao comportamento legal; (e) *princípio da igualdade*: Sofre grande contestação por parte do *labelling approach*, que, como já mencionado, rompe com a tradição etiológica da criminologia positiva – a qual compreendia a criminalidade como representação de uma minoria desviante – e mostra que o desvio e a criminalidade não são entidades ontológicas, senão fruto de um processo social de

vigente e reforçando a necessidade de inserção dos dados das ciências sociais no discurso penal¹⁸⁷. Assim, conclui:

a) El Derecho penal no defiende todos y sólo los bienes esenciales en los cuales está igualmente interesado el conjunto de los ciudadanos, y cuando castiga las ofensas a los bienes esenciales lo hace con intensidad desigual y de modo fragmentario. b) La ley penal no es igual para todos. El *status* de criminal está distribuido de modo desigual entre los individuos. c) El grado efectivo de tutela social de las acciones de los *status* criminales es independiente del daño social de las acciones y de la gravedad de las infracciones a la ley, en el sentido de que éstas no constituyen las variables principales de la reacción criminalizante y de su intensidad. Esta crítica revela que el Derecho penal no es menos desigual que otras ramas del Derecho burgués, y que él es, contrariamente a toda apariencia, el Derecho desigual por excelencia¹⁸⁸.

Desde a análise deste processo de traduções teóricas para a realidade latino-americana, receia Sozzo¹⁸⁹ que o juristas, no entusiasmo de construir uma “crítica da cultura jurídica” ou “crítica do direito penal” tenham vocacionado, por via de consequência, a hipótese de uma “grande narrativa”, sobretudo a partir da introdução do *labelling* conjugado ao marxismo (ponto que sustentamos acima), o que poderia incorrer em um “monismo explicativo”, no

atribuição/rotulação realizado por instâncias oficiais e não oficiais. Assim, trabalhando com os conceitos de cifra oculta e *white-collar crimes*, demonstra que a incidência do etiquetamento é essencialmente seletiva e desigual dentro da população em geral, posto ser o ser humano concretamente ou potencialmente um ente criminoso/desviante; (f) *princípio do interesse social e do delito natural*: A desconstrução deste princípio é feita a partir das *teorias da criminalidade de orientação conflitual* que estão baseadas no paradigma da reação social (*labelling approach*). Este aporte teórico localiza as verdadeiras variáveis do processo de definição em relação ao poder de grupos sociais, tomando em conta a estratificação social e os conflitos de interesse. Assim, possibilitam a compreensão de que os processos de criminalização primária (criação da lei penal) e secundária (aplicação da lei penal) são representações dos interesses dos grupos que detêm poder, e não interesses gerais de toda a sociedade, como quer a ótica consensual da análise social (Cf. BARATTA, *Criminología y Dogmática Penal...*, 1980, pp. 20-24; BARATTA, *Criminología Crítica e Crítica...*, 2002).

¹⁸⁷ “O poder direto dos juristas dentro do sistema penal limita-se aos raros casos que as agências executivas selecionam, abarcando o processo de criminalização secundária, e restringe-se à decisão de interromper ou habilitar a continuação desse exercício. [...] o direito penal também é uma programação: projeta um exercício de poder (dos juristas). Este poder não pode ser projetado omitindo estratégias e táticas, ou seja, desconsiderando seus limites e possibilidades, o que implica incorporar dados da realidade sem os quais qualquer programação seria absurda e iria promover resultados reais impensados” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro...*, 2011, p. 64). Neste sentido, cf. SILVA, Adrian Barbosa e; ROSA, Alexandre Moraes da. Notas sobre a crítica criminológica e o garantismo aplicado à decisão penal. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, ano 13, nº 18, pp. 59-74, jul./dez., 2015.

¹⁸⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminología y Dogmática Penal...*, 1980, p. 29. “a) O Direito Penal não defende todos e apenas os bens essenciais nos quais está igualdade interessado o conjunto dos cidadãos, e quando castiga as ofensas aos bens o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário. b) A lei penal não é igual para todos. O *status* do criminoso está distribuído de modo desigual entre os indivíduos. c) O grau efetivo de tutela e a distribuição dos *status* criminais é independente do dano social das ações e da gravidade das infrações a lei, no sentido de que estas não constituem as variáveis principais da reação criminalizante e de sua intensidade. Esta crítica revela que o Direito penal não é menos desigual que outros ramos do Direito burguês, e que ele é, contrariamente a toda aparência, o Direito desigual por excelência” (tradução livre).

¹⁸⁹ SOZZO, “Traduttore traditore”. *Traducción...*, 2006, pp. 402-404.

seguinte sentido: uma tendência constante no *dever ser* das formas de se governar a questão criminal e o intento de se construir uma “política criminal alternativa” exclusiva.

A análise é, indiscutivelmente, válida, porém, partindo do campo da teoria jurídica crítica, buscando enfrentar a realidade estruturalmente problemática do sistema penal em que está inserido o jurista, a partir de seus limites dogmáticos operacionais, para além da tentativa de se construir um projeto de única explicação sobre o problema da questão criminal, não se pode ignorar também a necessidade de se buscar a reconstrução da dogmática penal, observando elementos situados no âmbito da realidade social no tradicionalmente estabelecido mundo jurídico, situado no campo abstrato do “dever-ser”, direcionando tarefa teórica “e, pois, com linha metodológica específica, distinta da linha metodológica dos que, por suas funções, trabalham diretamente com o direito, criando-o e recriando-o no próprio gesto operacional”¹⁹⁰.

Não é à toa que, a propósito da íntima relação que a criminologia passa a exercer diante do direito penal – não mais como saber “auxiliar”, como ocorria na perspectiva positivista, mas como “crítica externa” –, Juan Bustos Ramírez, em uma das passagens mais emblemáticas da criminologia latino-americana, ao sustentar a figura do “penalista-criminólogo” (ou “criminólogo-penalista”), ratifica a imprescindível crítica criminológica aos pressupostos dogmáticos do direito penal, porque, afinal, parcela constituinte do processo de controle social:

Hoy las relaciones entre criminología crítica y derecho penal suponen un derecho penal crítico, es decir, un penalista que no sólo reflexione conceptualmente sobre el contenido de la norma penal sino que al mismo tiempo haga una revisión crítica de su origen, de sus presupuestos y efectos; que se plantee el derecho penal como un aspecto del proceso de control y criminalización del Estado. Criminología crítica como investigación del problema criminal y derecho penal crítico como investigación de ese problema criminal implican una conjugación de ambos, *el criminólogo crítico será un penalista crítico y el penalista también un criminólogo crítico*¹⁹¹.

¹⁹⁰ BASTOS, José João Caldeira. Reconstrução da Dogmática Jurídica. *Sequência*, Florianópolis, nº 10, ago., 1985, p. 19.

¹⁹¹ O autor é citado por Rosa del Olmo (OLMO, Criminología y Derecho Penal..., 1987, p. 23). “Hoje as relações entre criminologia crítica e direito penal supõem um direito penal crítico, é dizer, um penalista que não apenas reflita conceitualmente sobre o conteúdo da norma penal senão que ao mesmo tempo faça uma revisão crítica de sua origem, de seus pressupostos e efeitos; que se compreenda o direito penal como um aspecto do processo de controle e criminalização do Estado e, portanto, indissolavelmente unido a todos os demais aspectos desse Estado. Criminologia crítica como investigação do problema criminal e direito penal crítico como investigação desse problema criminal implicam uma conjugação de ambos, *o criminólogo crítico será um penalista crítico e o penalista também um criminólogo crítico*” (tradução livre).

Não obstante entender-se que a criminologia crítica, pela riqueza teórica e diversidade político-criminal que possui, inclusive sua tendência autocrítica, deve ser compreendida como um grande movimento que não se resume ao campo jurídico (pelo contrário, as rupturas criminológicas ocorreram sempre em contextos de profunda pesquisa sociológica), o problema delimitado nesta dissertação se circunscreve ao âmbito que é próprio da atuação cotidiana forense dos juristas, de modo que, adstritos à essa realidade, a aproximação da teoria criminológica problematizadora e a crítica da dogmática jurídico-penal é, não apenas válida, como necessária, pois, ao radiografar a perda de legitimidade do sistema penal e problematizar os pressupostos e institutos jurídico-penais, representa a mais importante ferramenta à disposição dos juristas visto, a partir de uma “consciência crítica” que rompe com a lógica operacional dos atores do processo (“operadores do direito”), meros reprodutores das institucionalizações do sistema, oferecer uma estratégia de resistência a curto prazo, com importantes rumbos à práxis judicial, o que, de modo algum, ignora aquelas perspectivas criminológicas que sequer possuem pretensões de projeção político-criminal ou aquelas que visam estratégias macrossistêmicas, a médio e a longo prazos.

2.3 Crítica ao “punitivismo preventivo”: desvelando as funções não declaradas da tutela penal preventiva – Discursos reais e controle social desigual

O “direito penal do inimigo” de Günther Jakobs¹⁹² é, sem dúvida, uma das mais importantes construções teóricas que atravessaram o século e que ainda permanecem não apenas em voga mas também em meio ao clamor dos debates e reflexões críticas na academia e prática forense. Desde bases funcionalistas (teoria dos sistemas) e filosófico-políticas (contratualismo clássico), o professor de Bonn teorizou a necessidade de bifurcação do direito penal no Estado Democrático de Direito, em “direito penal do cidadão” (*Bürgerstrafrecht*) e “direito penal do inimigo” (*Feindstrafrecht*).

O primeiro, estaria direcionado à figura do cidadão comum, o qual apesar de eventualmente frustrar a norma penal, geraria confiança de respeito às normas jurídicas, logo, teria direito a um processo de garantias (devido processo penal), enquanto para o segundo, o inimigo, por não gerar expectativas de respeitabilidade da norma penal (fidelidade ao direito), porque verdadeiro “ente daninho”, deveria ser aplicado uma espécie de “direito penal excepcional”, com atenção à relativização de suas garantias fundamentais, afinal, a ideia seria neutralizar o agente *ante delictum* para que, enquanto representação de perigo à sociedade,

¹⁹² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

não viesse a cometer delitos futuros. Os inimigos seriam, especificamente, os criminosos econômicos, terroristas, agentes pertencentes ao “crime organizado”, criminosos sexuais ou, de um modo geral, todos aqueles indivíduos que se afastaram de modo permanente do direito e não se mostrando mais em condições de respeitá-lo¹⁹³.

A perspectiva de Jakobs pressuporia a função integradora da sanção penal, com o fim último de proteção dos valores tutelados pelo sistema normativo, visando a confirmação das expectativas normativas e assim, uma vez aplicada e executada, renovaria a fidelidade do cidadão em respeito ao direito e às instituições jurídicas. O fim último é a proteção do sistema. Na América Latina, no entanto, se por força da proteção da dignidade humana e do vasto rol de direitos e garantias fundamentais previstos nas constituições democráticas, inauguradas após a derrocada dos governos autoritários, é inadmissível qualquer tratamento diferenciador e que atente ao devido processo legal de todo e qualquer cidadão.

Segundo o diagnóstico de Salo de Carvalho¹⁹⁴, não obstante a vedação constitucional, a figura do *inimigo* (ente perigoso) é instrumentalizada como *metarregra orientadora da atuação das agências penais* (v.g. polícia, Ministério Público, agências administrativas e penitenciárias etc.) desde o marco do positivismo criminológico, sendo a idealização típica do criminoso operada pelo pensamento etiológico uma realidade na práxis dos sistemas penais latino-americanos na gestão repressiva da criminalidade no último século, corroborando ainda mais a da consolidação do modelo oficial de ciência penal. Em nosso caso, sob a imputação de periculosidade presumida, a repressão direciona-se fundamentalmente à criminalidade de massas (obras toscas, v.g. roubo, furto etc.), de sangue (v.g. homicídio), crimes sexuais, bem como, à “criminalidade organizada”, na qual destaca-se a imagem construída do narcotraficante (tráfico de drogas tornadas ilícitas).

¹⁹³ Luiz Flávio Gomes sintetiza a distinção de tratamento que seria legítima para Jakobs no Estado de Direito: “(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status* (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade” (GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal). *Notícias Forenses*, São Paulo, out. de 2004).

¹⁹⁴ CARVALHO, A *Política Criminal de Drogas...*, 2013, pp. 157-158.

Segundo Juarez Cirino dos Santos¹⁹⁵, o discurso do direito penal do inimigo, enquanto programa de repressão e controle da criminalidade conforme os interesses das elites políticas e econômicas, à feita dos movimentos de tolerância zero, estaria situado no plano de controle antecipado de crimes hipotéticos direcionado a neutralizar/exterminar os futuros autores de delitos econômicos, sexuais, de drogas e crimes organizados. Para o penalista-criminólogo, enquanto o direito penal tradicional (do cidadão) garantiria as relações sociais desiguais (conforme o magistério de Baratta), o direito penal do inimigo as ampliaria.

Ocorre que se por um lado tal atitude não é formalmente assumida (ao menos em termos, porque em “legislações de combate”, a exemplo da lei antidrogas, de crimes hediondos e de combate ao crime organizado, este fenômeno acaba sendo explicitamente regrado...), o problema de aplicação das prisões preventivas escancara a realidade de forma patente. Neste marco, Zaffaroni situa o papel desempenhado pelas “*prisões preventivas pervertidas*”:

Na América Latina opera-se uma generalizada medida de segurança por periculosidade presumida (sob a forma de prisão preventiva pervertida) e só excepcionalmente com penas. Com isso, toda proposta de destinar penas ou medidas de mera contenção para os *inimigos* perde muito de seu sentido, uma vez que estas são empregadas desde o começo do processo de criminalização secundária e indiscriminadamente. É preciso entender que na América Latina quase todos os prisioneiros são tratados como *inimigos* no exercício real do poder punitivo¹⁹⁶.

De fato, a realidade dos sistemas penais dos países situados à margem dos países centrais se mostra muito mais mordaz. Elías Carranza, por sinal, realizou estudo demonstrando a distinção do aprisionamento sem condenação ao relacionar o contexto da América Latina, cujas taxas são altíssimas, com o dos países europeus, nos quais as taxas são muito menores e as prisões preventivas não são abusivamente utilizadas¹⁹⁷. Se as prisões preventivas não são utilizadas em sua excepcionalidade, a sua funcionalidade é diversa da declarada; trata-se de uma intencionalidade que não é evidente ou formalmente declarada; nem mesmo constitucionalmente aceita. À sua forma, Odone Sanguiné faz crítica precisa:

Os fundamentos apócrifos da prisão preventiva – que também poderia denominar-se fundamentos não-escritos, ocultos ou falsos –, além de supor

¹⁹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. O Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do Direito Penal desigual. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acesso em: 05, fev. de 2016, pp. 15-18.

¹⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 81-82.

¹⁹⁷ CARRANZA, Elías. Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa. *Jueces para la Democracia*, Madrid, nº. 26, pp. 81-88, 1996.

uma vulneração do princípio constitucional da legalidade da repressão (*nulla coactio sine lege*), permitem que a prisão preventiva cumpra funções encobertas, não declaradas, mas que desempenham um papel mais importante na *práxis* processual do que as funções oficiais propriamente ditas¹⁹⁸.

A seguir, são estabelecidas três possíveis análises sobre a funcionalidade desempenhada pelas prisões preventivas no plano da realidade operacional do poder punitivo, tendo como pano de fundo as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará analisadas no capítulo primeiro. Tratam-se de três situações que referendam discursos sobre a questão criminal consubstanciados pela presença do *inimigo* – e a legitimação de seu combate (metarregra) – em três distintos discursos jurídico-penais: (1^a) discurso de prevenção neutralizante; (2^a) discurso positivista periculosista; e (3^a) discurso de defesa social. Apesar de desembocarem em uma mesma questão (controle social desigual dos “inimigos”: excluídos, estereotipados e/ou marginalizados), cada momento representa uma questão cara à reflexão teórica. A análise é, essencialmente, criminológica.

2.3.1 Discurso de prevenção neutralizante (modelo decisório n.º 1)

Do ponto de vista criminológico, a ordem pública, enquanto instituto juridicamente abstrato, conceitualmente impreciso e sem qualquer delimitação semântica, diz respeito ao discurso declarado da prisão preventiva, respaldado legalmente (artigo 312, CPP), que, no entanto, possui uma *funcionalidade real* escamoteada e evidenciada na realidade operativa das agências judiciais.

O discurso de prevenção neutralizante, circunscrito ao instituto conforme a concepção judicial – pois deposita-se fé na restrição provisória da liberdade do investigado/acusado enquanto mecanismo ótimo de contenção e prevenção da “criminalidade” –, nega qualquer possibilidade de instrumentalização da prisão para fins de garantia do devido desenrolar dos atos processuais. Porém não se resume a esta circunstância; vai muito além.

Em termos técnico-dogmáticos, além de refutar qualquer hipótese de cautelaridade processual, teleologia própria das prisões sem condenação, se confunde com as finalidades declaradas da prisão-pena, qual seja a finalidade de “prevenção especial negativa”, isto é, a incapacitação do indivíduo a quando da constatação da ressocialização inviável, com a finalidade última de prevenção de cometimento de novos criminais.

¹⁹⁸ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n.º. 10, 2003, p. 113.

Trata-se, vale dizer, de uma verdadeira reversão, afinal de contas, não obstante tratar-se de uma prisão desprovida de sentença condenatória com trânsito em julgado, o que se considera discursivamente, de fato, é a responsabilidade penal do indivíduo (culpabilidade), tratando-o como se culpado fosse, ao invés de prevalecer, por força da presunção constitucional de inocência, tão apenas um juízo de probabilidade a respeito do cometimento do delito, pretensamente fundado em questões objetivas.

É preciso considerar o papel das agências judiciais no marco da lógica seletiva do sistema penal. Neste sentido, Vera Andrade atenta que os princípios garantidores e limitadores do poder punitivo são tangenciados, operando segundo uma “eficácia invertida”, para a qual

[...] o que domina latentemente o funcionamento do sistema é a presunção, em grande medida totalitária, de “culpa”, e, na sequência, de “culpabilização”, o que significa condenação ideológica, informal, antecipada, em toda a liturgia punitiva da pobreza. O que parece que está a acontecer, contemporaneamente, é que esse mecanismo velado, torna-se abertamente concretizado, está posto a nu. É a roupagem transmutada em nudez¹⁹⁹.

Fundamental lembrar com Foucault que a penalidade (neste caso, fala-se no instituto da prisão, ontologicamente idêntico se se tratar de prisão provisória ou prisão-pena quanto aos efeitos e violências decorrentes do encarceramento) seria funcional para gerir ilegalidades “[...] riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles”²⁰⁰. Não se trata de pura e mera repressão, mas de uma estratégica “economia” geral destinada à certa clientela.

Neste sentido, em importante pesquisa empírica realizada junto às decisões judiciais proferidas em matéria de prisões preventivas em *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), na qual buscou associar o pensamento dos desembargadores das Câmaras Criminais ao enfoque garantista de direitos fundamentais ou ao defensivista-inquisitorial, não à toa de modo bastante semelhante, Fernanda Vasconcellos concluiu que

[...] a prisão preventiva deixou de ser utilizada (se é que algum dia o foi) apenas como meio de garantir o andamento do processo e a execução das penas e voltou-se à nova ideologia da punição, de acordo com a qual o encarceramento massivo dos indivíduos pertencentes às classes

¹⁹⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Flagrando o flagrante na mão furtiva dos pobres: corpos encarcerados, biografias maculadas por xampus, condicionadores, desodorantes, capim... In: BARRETO, Fabiana Costa Oliveira Barreto. *Flagrante e Prisão Provisória em casos de Furto: Da presunção de inocência à antecipação de pena*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 14.

²⁰⁰ FOUCAULT, *Vigiar e Punir...*, 2012, p. 258.

economicamente inferiores, e definitivamente excluídas da sociedade inserida na lógica de uma modernidade tardia, proporciona uma eficácia punitiva ilusória à sociedade. Logo, a prisão provisória encontra-se colocada na lógica da repressão social, passando a instrumento de controle social²⁰¹.

Na lógica da repressão e do controle social, a prisão preventiva passa a operar na forma de uma “ética da prevenção”. O discurso de prevenção neutralizante operado para fins de justificação do decreto preventivo é representativo de um mecanismo de gestão do controle social pelo poder judiciário que, ao fazer uso deste discurso em julgados, viola a separação republicana de poderes, afinal, equipara-se à um órgão de segurança pública²⁰².

O discurso presente na decisão nº. 1 (primeiro capítulo), a qual, referindo-se ao tráfico de entorpecentes e a quantidade de drogas que o indivíduo portava consigo (25 porções de pedra de oxí), busca fundamentar a prisão do paciente em vista do “aumento, nos dias de hoje, dos índices de crimes desta natureza, praticados cada vez mais em nosso país, que servem de base ao cometimento de outros e mais graves delitos”, a restrição de liberdade buscaria, portanto, “acautelar o meio social, pois a facilidade do ganho financeiro auferido com essa prática faz com que seus agentes tendam a incidir, cada vez mais, na continuação da prática delituosa, alimentando o vício alheio”.

Trata-se da neutralização que visa o controle da criminalidade; nada mais que análise baseada nos fins declarados da prisão definitiva, reconhecedora de responsabilidade penal do acusado. Vale lembrar que, desde o ponto de vista da programação oficial, é função da prisão-pena, portadora de fins positivos à punição, a retribuição e a prevenção de delitos (veja-se: artigo 59, CP). Em síntese: *a prisão preventiva, funcionalmente subvertida, passa a ser sinônimo de antecipação de pena!*

2.3.2 Discurso positivista periculosista (modelo decisório nº. 2)

No caso referente à decisão nº 2 (primeiro capítulo), tratando-se de uma acusação de crime de homicídio qualificado, os desembargadores decidiram pela manutenção da custódia cautelar em vista de o acusado ser “dotado de periculosidade”, aquele que persevera na prática delituosa. Como a própria decisão recorrida e mantida, por ter sido considerada como “suficientemente fundamentada”, a garantia da ordem pública é utilizada a fim de “evitar que o acusado pratique novos crimes, posto que, em liberdade encontrará os mesmos estímulos

²⁰¹ VASCONCELLOS, *A Prisão Preventiva...*, 2010, p. 219.

²⁰² “Art. 144, CF/88. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares [...]”.

para a realização de condutas típicas”, continuando a justificar, a partir da conveniência da instrução criminal, tendo em vista “a periculosidade demonstrada pelo réu”.

Sob a tutela legal da ordem pública, os julgadores penais, no exercício de fundamentação de suas decisões, também acabam por reviver uma espécie de “tipo ideal lombrosiano” para caracterizar aquele que seria o “homem delinquente” do processo em apreço.

Trata-se, ao fim e ao cabo, da manipulação de uma argumentação jurídica que, pelo fato de o dispositivo legal não ser taxativo ou hermético em sua disposição e quanto às possibilidades concretas de sua aplicação, dá margem para a instrumentalização de um “direito penal do autor”, isto é, um decreto preventivo sustentado, única e exclusivamente, pelo sobressalto de características que dizem respeito tão apenas à pessoa acusada e não propriamente à conduta criminoso e circunstâncias de fato que permeiam o caso penal, ainda que o diga: “a liberdade do paciente implicará risco à ordem pública, haja vista a gravidade concreta do delito de homicídio qualificado”, pois o raciocínio da “gravidade concreta” nada mais é que manipulação retórica para analisar a “predisposição delitiva” do agente.

No momento em que o intérprete aplica a etiqueta da “periculosidade”, passa a subverter a finalidade declarada da prisão provisória para realização de outro fim (real). Neste sentido, são bastante precisas as afirmações de Massimo Pavarini:

[...] frente a un modelo explicativo de la criminalidad de masa, tendencialmente orientado a dar un peso decisivo a las oportunidades, los criterios de predicción de la peligrosidad criminal se construyen sobre la ilusión de una predisposición a delinquir por razones de déficit social, racial, cultural y económico. Paradójicamente ellos alcanzan niveles satisfactorios de predicción en abstracto aproximando la definición de la peligrosidad a aquella de problematidad social. Es decir que todos aquellos que pertenecen a grupos sociales desaventajados son – precisamente en forma potencial – peligrosos. Ergo: para obtener efectos apreciables se debería neutralizar toda la marginalidad social²⁰³.

Tem-se aqui uma espécie de *essencialização do criminoso*, é dizer, busca-se criar a imagem do criminoso como se tal condição dissesse respeito à sua própria natureza (prática delitiva naturalizada), como se o crime fosse um dado ontológico pré-constituído ao sujeito. Isto implica dizer que o julgador passa a considerar elementos que não dizem respeito às

²⁰³ PAVARINI, El grotesco de la penología..., 2009, p. 269. “[...] frente a um modelo explicativo da criminalidade de massa, tendencialmente orientado a dar um peso decisivo às oportunidades, os critérios de predição da periculosidade criminal se constroem sobre a ilusão de uma predisposição a delinquir por razões de déficit social, racial, cultural e econômico. Paradoxalmente eles alcançam níveis satisfatórios de predição em abstrato aproximando a definição de periculosidade àquela problemática social. É dizer que todos aqueles que pertencem à grupos sociais desfavorecidos são – precisamente em forma potencial – perigosos. Logo: para obter efeitos apreciáveis se deveria neutralizar toda a marginalidade social” (tradução livre).

circunstâncias envoltas ao delitivo em tese ou, tão apenas por se tratar de certo tipo (grave em sua essência...), existiriam recursos empíricos suficientes para analisar as condutas futuras do indivíduo.

Estes elementos, rótulos aplicados ao investigado/acusado, o tornam diferente do “cidadão de bem”, o tornam “anormal” e, mais que isso, por apresentar o “sintoma da reiteração”, em vista do “delito praticado”, teria predisposição para a prática de novos delitos se posto em liberdade. Em síntese, ele não se mostra compatível com os valores sociais e morais de conduta; ele é o inimigo, aquele que é infiel ao direito.

Esta é uma concepção cujos elementos estão circunscritos pelos pilares do positivismo criminológico. Desde esse ponto de vista, explica Zaffaroni²⁰⁴ que o *inimigo* ou *estranho* é alguém consignado por sua natureza; afirma-se a existência não de um inimigo político, forjado pelo poder político (“inimigo político”), mas uma existência *ôntica* do inimigo. Trata-se da raiz da teorização da periculosidade e pretensão de individualização do inimigo já desde Rafele Garofalo, para determinar aqueles que seriam considerados os “inimigos naturais da sociedade”, a partir do qual o judiciário teria importante protagonismo frente à contenção desta criminalidade, não protegendo o criminoso contra a sociedade, mas a sociedade contra o criminoso e contra o crime.

Ao atentar que tal posicionamento discursivo corresponde à *coisificação do outro* – atitude explicitamente violadora de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente consagrados (art. 1º, III, art. 5º, ss., CF) –, Salo de Carvalho realiza crítica cirúrgica à esta formatação do discurso jurídico-penal:

[...] o discurso penal, ao invés de operar na legitimação do processo bélico de coisificação do outro, necessariamente deveria servir como barreira de contenção da violência desproporcional. No entanto a retórica de contenção da emergência repressiva de sacraficialização dos direitos em nome do bem maior (segurança) expressa a gradual tendência de ofuscar os limites entre os poderes, rompendo com a ideia de sistemas de controle (freios e contrapesos) dos excessos punitivos. Neste quadro, o Poder Judiciário, portador por excelência do discurso de garantias do direito penal, estaria agregado aos demais Poderes (repressivos), objetivando a capacitação e a legitimação da exceção, ofuscando a potencialidade restritiva das violências inerentes ao discurso penal da modernidade (funções declaradas)²⁰⁵.

O que resta patente é que ao agir mediante a “demonização” do outro (criminoso), a partir da justificativa de proteção do público (sociedade) diante do particular (acusado), o poder judiciário ignora por completo seu papel contramajoritário de tutela de direitos e

²⁰⁴ ZAFFARONI, *O Inimigo...*, 2007, p. 93.

²⁰⁵ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 155-156.

garantias e dos mandamentos constitucionais como um todo, apesar de a atitude ser sempre proclamada “para o bem”, “para a segurança”, “para a proteção social”; como se os direitos e garantias não constituíssem interesse da sociedade, em cada um dos cidadãos, em sua completude.

A atitude do intérprete do caso penal se confirma, deste modo, essencialmente maniqueísta ao trabalhar com a lógica do “bem x mal” e, a partir disso, extrapolar as funções do julgador, atropelar direitos e garantias fundamentais, demonizar e restringir a liberdade do acusado, exercer, portanto, controle social desigual e, em última análise, potencializar as violências do poder punitivo; giro oposto aos direitos humanos que estão forjados para a constrição do poder punitivo.

2.3.3 Discurso de defesa social (modelo decisório nº. 3)

Por fim, a aplicação da ordem pública também, na grande maioria dos casos, incorpora os elementos que são próprios da ideologia da defesa social supracitada. Trata-se, a bem da verdade, da supervalorização argumentativa da *proteção da sociedade contra o crime*, vale dizer, a partir da aplicação daquela medida de contenção (prisão preventiva).

Atenta Vera Regina Pereira de Andrade que o exercício desta ideologia implica, necessariamente, adotar uma abordagem maniqueísta que passa a distinguir cidadãos no Estado Democrático de Direito em vista do fim último de “defesa da sociedade”, ainda que para tanto seja necessário suprimir uma série de direitos e garantias fundamentais do indivíduo tido como *inimigo* e que demanda ser encarcerado preventivamente para a garantia de tal proteção:

Trata-se daquela ideologia punitiva vigorosa, seletiva e estigmatizante, tornada senso comum, que, partindo de uma visão maniqueísta da sociedade, dividida entre o bem (a ordem e os cidadãos) e o mal (os criminosos e a criminalidade) associa, mecanicamente, criminalidade de rua com periculosidade e violência individual, exigindo, em “defesa da sociedade”, em nome da qual essa ideologia fala, uma reação penal (oni)presente, operando como a dimensão cultural que reproduz, ideologicamente, o sistema penal²⁰⁶.

Sempre em prol da “ordem”, da “proteção da sociedade”, da “autoridade das instituições”, da “paz social”, a ideologia da defesa social – como antes demonstrado, destronada em sua principiologia (*vide* o papel desempenhado pela crítica criminológica em Alessandro Baratta) –, atua, essencialmente, mediante *reversibilidade*, afinal, ao não contestar

²⁰⁶ ANDRADE, Flagrando o flagrante na mão furtiva dos pobres..., 2007, pp. 14-15.

a legitimidade da operacionalidade do *potestas puniendi*, não apenas reproduz a sua mecânica, mas potencializa, cada vez mais, a violação de direitos (*inversão de direitos humanos*), isto é, cada vez mais autoriza o poder estatal à atuar *contra* a sociedade, que, não obstante, crê, cegamente, que em seu favor está atuando. Neste sentido, atesta Salo de Carvalho:

A estrutura principiológica da IDS [Ideologia da Defesa Social] permite, assim, ininterrupta (auto)legitimação do sistema repressivo, pois sustenta a ideia de poder racionalizado(r), cujo escopo é a tutela de bens jurídicos (universais) compartilhados por estrutura social homogênea. Ademais, instrumentaliza os aparelhos repressivos determinando atuação letal em oposição frontal ao discurso oficial de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, diferentemente de tutelar bens jurídicos e igualizar a repressão, mantém a estrutura hierarquizada e seletiva de controle social²⁰⁷.

Tal como ocorre com a prisão-pena, uma vez ignorada qualquer finalidade cautelar como fundamento, a prisão preventiva passa a operar, a bem da verdade, de forma otimizada, como mecanismo de proteção da sociedade contra o crime (afinal, sequer é necessária a existência do reconhecimento da culpa individual através de uma sentença condenatória com trânsito em julgado).

O processo penal deixa de servir como procedimento de cognição e garantia de direitos (devido processo legal) e passa a ser um instrumento de legitimação de táticas de enfrentamento à criminalidade (à la políticas repressivas *war on crime*), afinal, enquanto instrumento jurídico de legitimação, a “ordem pública” para a ser aplicada para fins de exercício de poder punitivo seletivo e controle social desigual.

A decisão nº. 3 (primeiro capítulo), ao mencionar que “Os crimes contra o patrimônio tem contribuído de forma significativa para a falta de segurança, tendo a população receado de sair às ruas e viajar, com receios de ser abordada por malfeitores”, parece se resumir à conotação emocional-apelativa, deixando de lado os pressupostos formais previstos na legislação para assunção de um discurso essencialmente populista, já que, afinal, “O cidadão tem que se enclausurar em sua residência, passando as ruas e estradas, em especial durante a noite, a ser dominada por assaltantes”.

O discurso de proteção da sociedade consoante a ideologia da defesa social, confirma a teleologia que consigo carrega: (a) compreende o criminoso como um mal; (b) entende que o judiciário possui legitimidade para enfrentar a “criminalidade”; (c) a prisão preventiva passa a possuir a finalidade de prisão-pena destinada à prevenir novos crimes; (d) justifica a repressão penal e o aprisionamento do acusado sempre diante do discurso do “interesse

²⁰⁷ CARVALHO, A *Política Criminal de Drogas...*, 2013, p. 89.

social”, bem como do “delito natural” inerente ao ser; (e) pressupõe dar trato igualitário à quem julga, mas muito se sabe que só se julga daquela forma por se encarar o outro como alguém diferente; (f) e compreende o crime como uma expressão reprovável decorrente de uma atitude interior ao indivíduo, juízo que, não obstante, deveria ocorrer tão apenas, e em tese, na análise de uma possível sentença condenatória (elementos do delito e análise das circunstâncias judiciais).

Por atender aos anseios imediatos da “vontade da maioria” (sempre em detrimento dos direitos e garantias fundamentais do particular cujo poder punitivo persegue), a aplicação da tutela preventiva não apenas seria legítima como necessária, independentemente, se direitos e garantias da pessoa que responde ao processo criminal – tratada como *meio* em vista de um *fim* maior – devam ser desmantelados.

Evidencia, segundo Gabriel Anitua, uma espécie de “ideologia desideologizada”²⁰⁸, cuja racionalidade é tão grosseira que sequer necessita de legitimação teórica sofisticada, adquirindo a punição preventiva nova leitura funcional no controle das classes indesejadas e que no Brasil é certa, pois tem cor (negros), classe (pobres), gênero (masculino) e idade (jovens), e adquirem a feição do inimigo, não podendo a reflexão crítica no campo das ciências criminais face à penologia se furtar destes elementares fáticos do controle sociopunitivo em nossa margem.

2.4. Sobre o papel do jurista e a(s) resistência(s) possível(eis): “políticas criminais alternativas” e a opção pelo garantismo

Existe, de fato, uma grande controvérsia a propósito de qual deveria ser a tarefa a ser desempenhada pelo criminólogo crítico – a bem da verdade, este é um dos grandes e insolúveis problemas de reflexão da criminologia do século XXI.

Desde a superação teórico-acadêmica operada diante do paradigma etiológico do positivismo, a mudança das práticas correcionalistas – “lugar comum” da pluralidade de correntes críticas do novo discurso criminológico pós-70 –, se tornaram indiscutíveis. O início das indagações (*o que fazer?*) se dá desde a efervescência da crítica, mas sobretudo em seu desenrolar autocrítico a partir de 80. No contexto central, espaço embrionário, problematizou-se, após o período de autorreflexão, a figura do criminoso e se colocou em pauta a necessidade de elaboração de programas de erradicação do delito; outros criminólogos haviam proposto a formulação de uma política criminal direcionada à abolição do cárcere, com

²⁰⁸ ANITUA, *Histórias dos Pensamentos...*, 2008, p. 813.

intensas críticas ao instituto, bem como às alternativas penais, que naquele período já eram vistas como um risco potencial de criação de redes de expansão do poder punitivo; ademais, como os teóricos da Escola de Frankfurt, também existia aqueles que buscavam formular teorias críticas sem necessariamente fomentar alguma agenda programática concreta²⁰⁹.

Enfim, o que se percebe é que, de fato, não apenas existiu como ainda persiste uma divisão ascendente entre criminólogos críticos no que se refere a (des)necessidade de a criminologia crítica tomar posição e elaborar uma agenda que não se resuma à desconstrução (crítica) mas também se direcione à elaboração de pautas positivas e adote determinada perspectiva político-criminal e não se enclausure no espaço acadêmico e permaneça eminentemente teórica²¹⁰. Para alguns, a não manifestação político-criminal poderia inclusive ser compreendida como um contrassenso histórico em vista de o discurso criminológico-crítico, enquanto verdadeiro “movimento” (“não-Escola”), ter suas raízes vinculadas às grandes manifestações sociais contestatórias das ações governamentais.

Destarte, penalistas e criminólogos críticos, não mais apenas à se indagar, passaram a realizar propostas teóricas de reação aos pressupostos do modelo positivista tradicional, arraigado à dogmática e legislações penais, instituindo as chamadas “*políticas criminais alternativas*”²¹¹, a saber, dentre as principais: (a) minimalismos, (b) realismo de esquerda, (c) abolicionismo penal e (d) uso alternativo do direito penal.

(1º.) *Minimalismos*: Trata-se de uma perspectiva político-criminal aplicada ao direito penal que, partindo da constatação da perda de legitimidade do sistema penal, visa a sua máxima contração. Dentre diversas abordagens, com respectivas metodologias de defesa e resgate do direito penal liberal, é possível destacar como principais intelectuais deste

²⁰⁹ LARRAURI, *La herencia...*, 2009, pp. 236-255.

²¹⁰ Em particular, Rosa del Olmo entende que a exclusividade da denúncia feita pela criminologia crítica seria, não apenas uma limitação de suas possibilidades, mas uma grave falha, cabendo ao criminólogo latino-americano o direcionamento do saber para a luta social; Baratta, de modo semelhante, entendia fundamental a crítica criminológica não se resumir à negação dos pressupostos da criminologia ortodoxa, cabendo realizar uma política criminal alternativa a partir do modelo integrado de ciências criminais, bem como uma política multiagencial alternativa à política criminal, a partir da qual a criminologia reconheceria seus limites como disciplina e buscaria respostas no diálogo com saberes presentes em outros campos do conhecimento, afinal, consciente da complexidade do real (Cf. OLMO, *Criminología y Derecho Penal...*, 1987, p. 35; BARATTA, Alessandro. ¿Tiene futuro la criminología crítica? Reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales y la interdisciplinariedad externa. In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004, p. 151).

²¹¹ Sobre a discussão concernente às políticas criminais alternativas, cf. MARTINEZ, Mauricio. El estado actual de la criminología y de la política criminal. *Capítulo Criminológico*, Maracaibo, v. 27, n. 2, ago., pp. 31-62, 1999; LARRAURI, *La herencia...*, 2009, p. 192-199/254-256; ZAITCH, Damián; SAGARDUY, Ramiro. La Criminología Crítica y la construcción del delito: Entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos. *Delito y Sociedad*, Buenos Aires, año 1, n° 2, p. 31-51, 1992; CARVALHO, *Criminologia crítica...*, 2013, pp. 284-285; ZAFFARONI, *Em Busca das Penas...*, 2001, pp. 73-115; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, pp. 283-304; ANDRADE, *Pelas Mãos da Criminologia...*, 2012, pp. 253-274.

movimento, (1.1) Luigi Ferrajoli, que trabalha com uma proposta de legitimação mínima do sistema penal (garantismo) desde o respeito a rígidos critérios de tutela de direitos e garantias fundamentais (“utilitarismo penal reformado”); (1.2.) Alessandro Baratta, que ao partir da crítica criminológica ao direito penal (deslegitimação de base interacionista-marxista), propõe uma pauta mínima de critérios da intervenção punitiva pautada nos direitos humanos e prima por um novo modelo integrado de ciências criminais a partir de uma política criminal alternativa; e (1.3) Eugenio Raúl Zaffaroni, que assume uma postura “garantista cética”, oxigenada pelas contribuições deslegitimantes do abolicionismo, propõe a ressignificação do direito penal enquanto mecanismo redutor de violências e arbitrariedades do poder punitivo (teoria agnóstica da pena) e o concebe como meta a abolição e não como fim insuperável²¹². A principal crítica às perspectivas minimalistas (legitimantes ou não) decorre dos próprios abolicionistas ou dos defensores do eficientismo penal (direito penal máximo), seja porque implicariam na relegitimação do poder punitivo (a perspectiva legitimante mais; a deslegitimante, menos), seja desacreditarem no sistema punitivo como mecanismo de controle da criminalidade e não oferecerem efetivos modelos de prevenção.

(2º) *Realismo de esquerda*: Adota uma abordagem radical no olhar criminológico e realista quanto à percepção do delito, ao entendê-lo como um problema real, decorrente da conjuntura político-econômica que deveria ser enfrentado por uma política socialista. Assim, vai de encontro à perspectiva romantizadora do criminoso e busca ofertar respostas concretas à questão criminal (com o famoso *slogan*: “*take crime seriously*”), visando reduzir os danos (gravidade real) para a sociedade decorrentes das práticas rotuladas como criminosas e reduzindo a seletividade. Ao resgatar e ressignificar alguns conceitos da criminologia tradicional (v.g. causas, etiologia etc.), opta por uma perspectiva administrativa e visa gerir a segurança pública (instituição de uma “polícia democrática” com estratégias voltadas ao controle comunitário) por partidos de esquerda e através de *experts*, buscando prevenir a “criminalidade” e questionar a não criminalização do delito dos poderosos.

Desde a ideia de que o conceito de “causa” é fundamental, não tendo sido satisfatoriamente desenvolvido pelos positivistas, entende o crime como consequência da desorganização social e da divisão da classe trabalhadora. Quanto a defesa deste posicionamento, naturalmente que passa a receber severas críticas da criminologia crítica, mas

²¹² ANITUA, *Histórias dos Pensamentos...*, 2008, pp. 724-742.

sobretudo por conta dos teóricos abolicionistas, que entendem tal perspectiva como uma forma de relegitimar o sistema punitivo²¹³.

(3º) *Abolicionismo penal*: “O abolicionismo é amplo, está na deslegitimação mais profunda da pena em diferentes estratégias políticas e jurídicas: no liberalismo, no marxismo, no anarquismo, mas também na criminologia crítica e no garantismo”²¹⁴. Trata-se de um movimento de fundo teórico e prático que, ao partir da deslegitimação não apenas da pena, mas do sistema penal e da cultura repressiva como um todo (a variação decorre de autor para autor), propõe a superação da razão punitiva ao desconstruir a pena e busca mecanismo horizontais de resolução de conflitos. Dentre as principais representantes (v.g. Bianchi, Butler, Bongier, Butler, Sheerer etc.) é possível destacar o “abolicionismo materialista-marxista”, de Thomas Mathiesen, o “abolicionismo fenomenológico”, de Louk Hulsman e o “abolicionismo fenomenológico-histórico”, de Nils Christie, além de Michel Foucault, que uma vez tendo sido incorporado ao pensamento criminológico, é geralmente tido como um intelectual que trabalhou estratégias abolicionistas, ainda que assim nunca tenha se intitulado²¹⁵.

Do ponto de vista ortodoxo, acaba muitas vezes por ser menosprezado (“utopia irrealizável”) e tido como carecedor de projetos concretos para resolução de conflitos em crimes graves (v.g. estupro, terrorismo etc.); desde a crítica, é problematizado por não realizar autocrítica ao (a) ignorar minimalismos direcionados à redução concreta do punitivismo e encarceramento ou (b) ao não ofertar mecanismos de proteção do cidadão em modelos de resolução de conflito tais quais as garantias penais e processuais e (c) ignorar a “lei do mais forte” na ausência do direito penal.

(4º) *Uso alternativo do direito (penal)*: Derivado da teoria crítica do direito, compreende um movimento de raiz italiana (e, posteriormente, espanhola e alemã... e também no Brasil) que, há pelo menos duas décadas, reúne magistrados e juristas, cujo viés ideológico é o marxismo, e que, desde uma práxis revolucionária, visam o uso da dogmática – enquanto instrumento criado pela burguesia – em contramão à sua lógica funcional na sociedade

²¹³ YOUNG, Jock. Left realism. In: MCLAUGHLIN, Eugene; MUNCIE, John (Eds.). *The Sage Dictionary of Criminology*. London/Thousand Oaks/New Delhi: Sage Publications, 2001, p. 164; CARVALHO, Criminologia crítica..., 2013, pp. 294-295; ANITUA, *História dos Pensamentos...*, 2008, pp. 713-723.

²¹⁴ BATISTA, *Introdução Crítica...*, 2011, pp. 108-111.

²¹⁵ DE FOLTER, Rolf. S. Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. In: AAVV. *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: Ediar, 1988, p. 75. Sobre o abolicionismo brasileiro, conferir a produção acadêmica e militância abolicionista de Edson Passetti e do Nu-Sol – Núcleo de Sociabilidade Libertária do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUC/SP (<http://www.nu-sol.org/>) –, em especial: PASSETTI, Edson (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

capitalista, é dizer, para benefício da classe proletária. Se diferencia do garantismo por se aproximar da sociologia e realizar crítica contundente ao positivismo, dando azo ao pluralismo jurídico. Para Zaffaroni, não seria uma boa proposta para a América Latina por razões situadas em três planos: (a) prático: não admissão em vista da satanização do marxismo em nossa margem, (b) teórico: pela ausência de teorização jurídica que inviabilizaria sua realização prática, e (c) político: por trabalhar com um marxismo tradicional e conceitos incapazes de compreender a realidade sociopolítica latino-americana²¹⁶.

Como muito bem sintetizou Marcelo Mayora, uma vez adotada a crítica criminológica aplicada às ciências criminais, a tentativa a ser desempenhada pelo penalista crítico deveria ser a de “[...] reencontrar as propostas criminológicas radicalmente críticas do controle penal, verificar seus destinos político-criminais, seguir pelo rastro das suas pequenas histórias, de modo a encontrar os obstáculos, os atalhos e os desvios pelos quais elas tiveram que passar”²¹⁷.

Não obstante a consciência da pluralidade de perspectivas político-criminais decorrentes a partir de um fértil terreno reflexivo (inclusive sem negar a riqueza e importância das abordagens essencialmente teóricas e sem política criminal concretizável), o objeto desta dissertação – por se ater a um problema cujas raízes se encontram essencialmente na práxis judicial (aplicação das prisões preventivas) – se concentra em problematizar o papel a ser desempenhado pelos atores do processo penal, com destaque especial à figura do julgador.

Circunscrever o terreno da reflexão criminológica à sua funcionalidade no processo penal cautelar representa um recorte fundamental e esclarecedor, por dois motivos: (1.) não se busca desse modo criar uma “grande narrativa” a respeito do controle do crime, porque não se quer ir muito além, mas se restringir a um campo muito específico de abordagem do pensamento criminológico (crítica criminológica à dogmática penal), auferindo as condições de possibilidade de sua aplicação no cotidiano forense pelos atores do processo penal; (2.) reconhecer que as decisões tomadas pelos atores do processo penal não são *neutras*, mas, não apenas implicam *responsabilidades*, como potencializam ou direcionam constrição das violências operadas pelo poder punitivo, não obstante, a reflexão através da criminologia possibilita compreender e resistir a tal questão (trata-se, pois, de uma ferramenta a serviço dos juristas, sejam reprodutores do senso comum [criminologia positivista] ou problematizadores do sistema de justiça criminal no qual estão inseridos [criminologia crítica]).

²¹⁶ ZAFFARONI, *Em Busca das Penas...*, 2001, pp. 112-114.

²¹⁷ MAYORA, Marcelo. Criminologia crítica e utopia anticarcerária. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 4, n.º. 1, 2012, p. 123.

Diante disso, por partir da premissa de que o sistema penal brasileiro perdeu sua legitimidade e que sua lógica funcional é tendenciosa à produzir violências e sofrimentos e dores irracionais, juridicamente injustificáveis, e que, não obstante, é uma estrutura que, apesar das indubitáveis críticas acadêmicas (criminologia crítica e abolicionismo), ainda persistirá por tempo indeterminado (afinal, hiperfuncional à mecânica do capitalismo neoliberal), a preocupação da pesquisa se dá à nível intra-sistêmico, é dizer, buscando respostas e atitudes à deslegitimação à curto prazo, entende-se que

El penalista crítico puede influir en el área legal y jurídica de una manera muy sorprendente en América Latina, por su condición de abogado. Recuérdese que este saber siempre ha sido hegemónico en nuestra historia. En estos momentos puede hacerlo mejor desde la magistratura que desde el mundo académico²¹⁸.

Diante destas considerações, é preciso reforçar que este estudo não busca realizar debate e defesa de uma ou outra alternativa político-criminal, esclarecendo qual deveria ser a melhor a ser adotada frente as demais (se isso ocorresse, haveria um desvirtuamento do fim a que essa pesquisa se presta). Muito pelo contrário. A ideia, sim, é não apenas a de estímulo para o debate frente a diversidade de perspectivas, mas também ressaltar que as propostas são muito válidas e não são autossuficientes e excludentes entre si, e tal como a proposta de Vera Regina Pereira de Andrade, deveríamos galgar a partir de um *pacto político-criminal de descontinuidade*²¹⁹, fundado na aliança abolicionismo-minimalismo-garantismo (utopia abolicionista com metodologia minimalista-garantista); sem satanizações de visões outras.

No presente caso, desenvolve-se e problematiza-se a seguir **a escolha pelo garantismo** enquanto ferramenta útil e de controle do poder punitivo a ser aplicada pelos juristas na realidade forense cotidiana do processo penal diante do específico problema da aplicação pervertida das prisões preventivas. É dizer, em última análise: o que se objetiva não é restaurar o debate sobre as políticas criminais alternativas, mas compreender a relevância e as condições funcionais de possibilidade do garantismo aplicado à uma problemática específica, vale dizer, tendo como base sólida a crítica criminológica como terreno de consistência para a reflexão.

²¹⁸ OLMO, Rosa del. Criminología y Derecho Penal. Aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en América Latina. *Revista Doctrina Penal*, año 10, n.º 37, pp. 23-43, ene.-mar., 1987, p. 39. “O penalista crítico pode influir na área legal e jurídica de uma maneira muito surpreendente na América Latina, por sua condição de advogado. Recorde-se que este saber sempre foi hegemônico em nossa história. Nestes momentos pode fazê-lo melhor a partir da magistratura do que do mundo acadêmico”.

²¹⁹ ANDRADE, *Pelas Mãos da Criminologia...*, 2012, p. 299.

3 REAÇÃO À DESLEGITIMAÇÃO: UMA APROXIMAÇÃO GARANTISTA

“Nosso direito zomba e se afasta da justiça.
A ciência jurídica se atribuiu a tarefa de descrever o *law as it is*,
o direito tal como existe de fato (o que, aliás, nada significa).
Sua função foi legitimar, sob o capitalismo liberal, excessivas desigualdades,
que se perpetuam em numerosas regiões do globo, e, diversamente acentuado
conforme os países e as épocas, a sujeição ao Poder”²²⁰.

3.1 Bases teóricas para uma compreensão do garantismo

Uma vez expostas e desenvolvidas as evidências constantes da concreta operacionalidade do poder punitivo, nas suas diversas esferas agenciais de atuação, sobretudo no contexto latino-americano no qual se insere o sistema penal brasileiro (com especial destaque para o processo penal cautelar e a gestão de aplicabilidade das prisões preventivas), o que nos leva a concluir pela sua perda de legitimidade no que se refere à realização de seus objetivos declarados, cabe refletir sobre formas alternativas de atuação, é dizer, ferramentas que possibilitem frear concretamente o punitivismo instituído e em contínua fomentação.

É justamente em um contexto marcado pelo pluralismo e pela heterogeneidade de aproximações que o garantismo surge enquanto resposta teórica ao diagnóstico da deslegitimação do sistema penal e pobreza do discurso jurídico-penal. Mais precisamente, surge como resistência “[...] às novas tendências transnacionais no ramo do controle social, reflexo da reengenharia político-econômica [...]. Apresenta-se, pois, como saber crítico questionador, como instrumento de defesa radical e intransigente dos direitos humanos e da democracia contra todas as deformações genocidas do direito e do Estado contemporâneo”²²¹.

Muito mais que isso, em termos qualitativos, Gabriel Ignacio Anitua pontua aquilo que a sua produção teórica representaria desde a sua fundação: “[...] o mais relevante esforço por devolver um papel limitador das violências ao direito penal”²²².

Uma vez considerada a atual situação jurídico-política instaurada com o advento da Constituição Federal de 1988, que consolida normativamente os princípios republicano e democrático para o Estado de Direito brasileiro, cujos fundamentos passam a residir na proteção da dignidade humana e nos direitos e garantias fundamentais do cidadão, a opção pelo modelo garantista, eminentemente vinculado às matrizes do constitucionalismo e das democracias contemporâneas, apresenta um sólido terreno para sua justificação, mormente se

²²⁰ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 3.

²²¹ CARVALHO, *Penas e Garantias...*, 2008, p. 79.

²²² ANITUA, *História dos Pensamentos...*, 2008, p. 730.

considerarmos a hipótese de negação e superação das formas autoritárias e inquisitoriais de gestão estatal.

No reforço de Bobbio, a plena compreensão do garantismo só seria possível com o não esquecimento de suas ideias liberais e iluministas que o inspiram, ideias estas que diagnosticam que a histórica bipolarização “liberdade x poder” sempre operou numa lógica de proporcionalidade invertida (quanto mais liberdade, menos poder; e vice-versa), implicando na necessária e máxima contenção do poder com vistas a possibilitar o pleno gozo da liberdade por parte dos indivíduos, vale dizer, compatível com a de todos os demais. Não à toa, o jusfilósofo italiano identifica que a aposta pelo garantismo penal seria justamente a da crítica aos fundamentos gnosiológicos/éticos do direito penal e da práxis judicial, de modo que a elaboração de um sistema geral de garantias – “vigas-mestras” de sustentação do Estado de Direito – teria como escopo a tutela da liberdade individual diante das potenciais e tendentes arbitrariedades decorrentes do poder estatal, mormente situadas na esfera penal²²³.

Neste capítulo, busca-se desenvolver algumas das bases fundacionais para a compreensão do garantismo enquanto política criminal alternativa. Assim, considerou-se imprescindível pontuar (a) os fundamentos teóricos do garantismo de Ferrajoli enquanto reconstrução epistemológica dos modelos clássicos de racionalização do poder punitivo pautados no contratualismo iluminista; (b) o modelo de direito penal mínimo inaugurado pelo constitucionalismo-garantista, isto é, seu programa político-criminal alternativo – arquétipo antagônico às formas autoritárias de gestão da punição – e suas hipóteses de limitação do poder punitivo a partir do reducionismo criminalizador/penalizador; (c) como se dá a reinvenção legitimante pelo projeto de “utilitarismo reformado” a partir da “lei do mais fraco”; (d) a necessidade de pontuar e situar o debate acadêmico em torno do garantismo e da crítica criminológica, marcado por diálogos e tensões, é dizer, a possibilidade de realização de autocrítica (reflexão sobre limites e possibilidades) do referencial adotado diante de um problema específico de reflexão (o caso das prisões preventivas); e, por fim, (e) a análise garantista sobre o processo penal, com especial destaque ao procedimento cautelar, vale dizer, a lupa garantista das hipóteses de restrição de liberdade sem julgamento condenatório.

Em última análise, intenta-se esclarecer as razões do garantismo diante do diagnóstico de deslegitimação do sistema penal brasileiro sob a ótica marginal latino-americana, enquanto projeto limitador do poder punitivo, para a realidade do processo penal e da gestão da prisão

²²³ BOBBIO, Norberto. Prefazione. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del garantismo penal*. 10ª ed. Roma: Laterza, 2011, pp. VII-XIV.

preventiva em um horizonte de contenção do punitivismo e grande encarceramento no que se refere ao problema diagnosticado na operacionalidade das agências judiciais no Brasil.

3.1.1 Passado e presente do garantismo: do “movimento ilustrado” clássico à reconstrução epistemológica na obra de Luigi Ferrajoli

Associada aos mais diversos significados, é ao longo dos dois últimos séculos que foram desenvolvidas e consolidadas as aproximações semânticas atinentes à expressão “garantismo”.

A literatura²²⁴ aponta o termo como um neologismo próprio do século XIX cujos antecedentes remontam o léxico político francês na tradição filosófico-política de Charles Fourier (1772-1837), responsável por desenvolver o conceito de “*garantisme*” enquanto um sistema de segurança social direcionado a tutelar as garantias dos mais fracos e a concretizar os ideais de harmonia e aperfeiçoamento comunitário, inspiração publicística esta que viria a inspirar subsequentes noções de “garantismo social”, “agrícola”, “industrial”, “doméstico” etc.

Porém, seria tão apenas no início do século XX que a expressão teria abertura social na Itália. Se em 1925, Guido De Ruggiero definiria a expressão a partir da noção de liberdade política do indivíduo frente ao Estado, numa nítida inspiração montesquiana, o “garantismo” estaria definitivamente radicado na filosofia política italiana a partir do segundo pós-guerra, notadamente a partir dos escritos de Giovanni Sartori, Nicola Matteucci e Salvatore Battaglia, os quais o relacionariam a uma espécie de componente intrínseco ao constitucionalismo (rígido) ou uma teoria normativa democrática de nítido cariz liberal.

Fato é que as primeiras formas de garantismo (“garantismo clássico”), apesar de assim não nominadas, possuíam suas origens vinculadas à filosofia política do liberalismo clássico, período que Zaffaroni identifica como aquele em que “[...] o pensamento crítico acerca da questão criminal alcançou um de seus momentos de mais elevado conteúdo pensante com os discursos dos contratualistas do Iluminismo”²²⁵.

²²⁴ Cf. IPPOLITO, Dario. Garantismo. Un acostamento all’opera di Luigi Ferrajoli. *L’Acropoli: Rivista Bimestrale Diretta da Giuseppe Galasso*, anno IX, n. 1, 2008, p. 27; IPPOLITO, Dario. Itinerari del garantismo. *Videre*, Dourados, n. 6, pp. 53-67, jul./dez., 2011; DEL FRATE, Paolo Alvazzi; TRINDADE, André Karam. Revisitando o Garantismo de Luigi Ferrajoli: Uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 5, pp. 3-21, 2012; SERGES, Giuliano. Garantismo e inquisizione. Considerazioni sulla giustizia criminale in età moderna. In: CAVINA, Marco (a cura di). *La giustizia criminale nell’Italia moderna (XVI-XVIII sec.)*. Bologna: Pàtron Editore, 2012, pp. 9-10.

²²⁵ ZAFFARONI, A *Questão...*, 2013, p. 60.

Se ao contrário da classificação imposta pela doutrina tradicional não se pode falar propriamente em “Escola clássica”, mas em um “movimento ilustrado”, percebe-se na produção teórica dos intelectuais do pensamento penal clássico um claro e delimitado núcleo de antropologia filosófica que busca superar o teocentrismo do medievo, mormente centrado na figura do homem a partir da teorização contratual.

A hipotética superação do contínuo estado de guerra com a concessão de parcela das liberdades humanas na hipótese do pacto social, corresponde aos fundamentos da filosofia política para a legitimação teórica do *ius puniendi* com a fundação do Estado moderno, pretensão provedora da segurança e de defesa do depósito do bem comum das usurpações particulares²²⁶.

Em meio a este vasto arcabouço teórico, sobretudo a partir de Montesquieu (*L'Esprit des Lois*) que viria a influenciar, assim com os demais contratualistas, diversos pensadores, encontram-se, dentre outros, versões moderadas do contratualismo, como os da tradição da *Accademia dei Pugni*, como em Cesare Beccaria (*Dei Delitti e delle Pene*), cujo legado foi propagado por Mario Pagano (*Principi del Codice Penale e Logica de' probabili applicata a' giudizi criminali*), ambos responsáveis por problematizar as matrizes inquisitórias do processo penal a partir da defesa das garantias conquistadas na Ilustração até versões revolucionárias como a de Anselm von Feuerbach (*Anti-Hobbes*), mas sobretudo de Jean-Paul Marat (*Plan de Législation Criminelle*), responsáveis por consolidar a secularização, a tolerância e o *ius resistentiae*, pondo em questão o poder punitivo e a garantia de direitos diante das desigualdades sociais²²⁷.

A bem da verdade, é a partir das raízes humanitárias e liberais do paradigma contratual que se buscará empreender limitação e racionalização do poder punitivo em nome da necessidade de garantia do indivíduo contra toda e qualquer forma de arbitrariedade decorrente da gestão do poder estatal, daí não ser à toa a denominação de *garantismos* para a diversidade de perspectivas filosófico-políticas que engendram o projeto de racionalização da punição.

No entanto, cabendo-se necessária uma reflexão mais densa, Pavarini questiona o reducionismo tradicional que limita as reflexões sobre a questão criminal ao pensamento reformador (v.g. Beccaria, Bentham, Hommel etc.) e às obras iluministas que discutiam as legislações criminais no século XVIII. Aponta que a produção criminológica somente pode

²²⁶ BECCARIA, Cesare. *Dei Delitti e Delle Pene*. Milano: Letteratura Italiana Einaudi, 1973, pp. 7-9.

²²⁷ Cf. IPPOLITO, Dario. El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 30, pp. 525-542, 2007; CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 42.

ser compreendida a partir de uma visão transversal sobre o pensamento filosófico-político dos séculos XVII e XVIII, a começar, pelo menos, por obras como o *Leviatã* (1651), de Hobbes. A preocupação central do criminólogo italiano diz respeito ao possível reducionismo que implicaria uma análise centrada apenas na afirmação das liberdades conquistadas frente aos arbítrios do poder, da defesa do cidadão frente ao Príncipe, num constante reforço da crítica aos horrores da justiça penal feudal, e que pudesse ignorar por completo a complexidade relativa aos processos que tornaram possível o controle social da nova ordem^{228, 229}.

Diante disto, não é estranho que Ferrajoli tenha assumido tacitamente que sua teoria constitui uma reconstrução crítica da epistemologia jurídica iluminista que teria instituído a crise no garantismo do e nos séculos XVII e XVIII, em decorrência de suas fragilidades epistemológica e axiológica. É justamente por constatar que os tradicionais garantismos incorreram numa espécie de “racionalismo utópico”, conservador, que teria legitimado ou dado abertura para formas autoritárias e absolutas de controle sociopunitivo, que Ferrajoli repensa os fundamentos externos do direito penal a partir da crítica ao processo penal e ao sistema penal como um todo a partir da tutela dos valores da civilização moderna (v.g. pessoa humana, vida, liberdade, legalidade, liberdade, cisão entre direito e moral, tolerância, limitação do poder estatal e atuação do cidadão enquanto agente legitimador das atividades estatais)²³⁰.

Desde um ponto de vista crítico, é de fundamental importância nunca se perder de vista que, se por um lado, a insurgência do garantismo clássico se dá sobretudo na esfera penal – o campo jurídico em que se mostram mais explícitas as relações de tensão existentes entre Estado e indivíduo e, porquanto, também entre autoridade do poder e garantia de liberdade do cidadão –, especificamente num contexto de resistência à intolerância religiosa e aos conflitos do *ancien régime* francês marcado pela consagração de vários direitos e garantias individuais, a visão “negativa do direito penal” permite diagnosticar que nem todos os projetos filosófico-políticos de base liberal e iluminista efetivamente conseguiram realizar seus fins declarados. A bem da verdade, compreendendo que a intervenção punitiva é sempre uma segunda violência ao delito, Ferrajoli busca efetivamente não reproduzir as lógicas

²²⁸ PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación...*, 2002, pp. 27-28.

²²⁹ Em sentido semelhante, sentença Zaffaroni: “No deja de ser un hábil recurso para ocultar la totalidad del proceso de control social punitivo que acompañó el ascenso de la burguesía europea y que culminó con el positivismo, cuando esta ya no tuvo necesidad de pugnar con la nobleza” (ZAFFARONI, *Criminología...*, 1988, p. 116. “Não deixa de ser um hábil recurso para ocultar a totalidade do processo de controle social punitivo que acompanhou a ascensão da burguesia europeia e culminou com o positivismo, quando esta já não tinha necessidade de lutar com a nobreza” [tradução livre]).

²³⁰ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. XVIII.

decisionistas e antigarantistas que alguns dos próprios projetos filosófico-políticos forjados durante a Ilustração vieram a reviver e a dar vazão e projeção político-criminal.

Assim, é no marco da cultura jurídica de esquerda da segunda metade da década de 70 (correspondente à *Magistratura Democratica* italiana e ao *Uso Alternativo del Diritto*)²³¹, que surge no léxico italiano o neologismo “garantismo”, em decorrência da própria noção de “garantia”. Em termos de efetiva consolidação da expressão no plano internacional, sobretudo com a absorção realizada pelo pensamento jurídico ibero-americano, o divisor de águas residiria indubitavelmente com a publicação de *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale* (1989)²³², de Luigi Ferrajoli, num contexto italiano legatário do fascismo, marcado pela vigência de legislações autoritárias, constante produção inflacionária de leis excepcionais e emergenciais com fulcro antiterror, em patente relativização aos direitos e garantias constitucionais.

Se inicialmente a ideia de “garantia” enquanto técnica normativa de tutela de direito subjetivo tinha uma conotação civilista (ligada à ideia de garantias vinculadas à direitos patrimoniais), a partir da noção de “garantismo” passa-se a compreender uma *técnica de tutela de direitos fundamentais*, na qual a “garantia” passa a ser entendida como todas as “[...] técnicas previstas en el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para possibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales”²³³, quais sejam “[...] aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto

²³¹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. “Magistratura Democratica” y el ejercicio alternativo de la función judicial. In: YBAÑEZ, Andrés (org.). *Política y Justicia en el Estado capitalista*. Barcelona: Fontanella, 1978.

²³² A obra é resultado das pesquisas realizadas por Ferrajoli, a época professor da *Facoltà de Giurisprudenza* da *Università di Camerino* na Itália, embrionariamente construída em trabalhos anteriores, a exemplo do clássico artigo *Il diritto penale minimo* (1985), texto que sintetiza a construção minimalista do garantismo.

²³³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2010, p. 25. “[...] técnicas previstas no ordenamento para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade, e, portanto, para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais” (tradução livre). Distintas quanto à natureza do direito tutelado, entre *garantias liberais* (tutela de direitos de liberdade) e *garantias sociais* (tutela de direitos sociais), as garantias ainda se subdividiriam em *garantias positivas* (obrigação de comissão) e *garantias negativas* (obrigação de omissão), bem como *primárias* ou *substanciais* (obrigações ou proibições que correspondem aos direitos subjetivos garantidos) e *secundárias* ou *jurisdicionais* (obrigações, por parte dos órgãos judiciais, em aplicar a sanção ou declarar a nulidade uma vez constatados atos ilícitos ou atos inválidos que violem direitos subjetivos e suas garantias (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, pp. 63-64). As garantias, por fim, ainda podem ser subdivididas em *liberais* e *sociais*. Enquanto as primeiras buscam assegurar a tutela dos direitos de liberdade e constituem técnicas de invalidação/anulação dos atos proibidos que as violam, as segundas procuram assegurar a efetivação de direitos sociais, sendo técnicas de coerção e/ou sanção contra a omissão das medidas obrigatórias que as satisfazem.

personas, ciudadanos o capaces de obrar”²³⁴, seja por se falar de direitos negativos (direitos de liberdade, proibições de lesão) ou positivos (direitos sociais, obrigações de prestação).

Num desenrolar generalizante de seu modelo teórico, Ferrajoli explica:

“Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário²³⁵.

Para além das formulações clássicas, o garantismo em Ferrajoli é ressignificado como um modelo normativo de direito representativo de um sistema de limites e vínculos à autoridade estatal (punitiva), à contenção do exercício da punitividade mediante a garantia de direitos fundamentais, cujos pilares de seu paradigma residirão numa racionalidade substancial (e não apenas formal) da validade das leis, na defesa de uma concepção substancial (e não apenas formal) de democracia, que ressaltará o papel crítico a ser desempenhado pelo juiz no cotidiano forense em busca da própria legitimação democrática da decisão penal. Em última análise, na busca pela superação das perspectivas ortodoxas em positivismo, a teoria garantista passa a atribuir novo significado ao *status* de complexidade e relevância da ciência jurídica²³⁶.

3.1.2 Entre o direito e a razão: a teoria geral do garantismo

Por maiores que sejam as ressalvas que possam ser feitas ao modelo teórico garantista, inegável que a maior virtude do aporte teórico ferrajoliano diz respeito, no limite de seu

²³⁴ FERRAJOLI, *Democracia...*, 2008, p. 61. “[...] aqueles direitos fundamentais e, por isso, indispensáveis e inalienáveis, que resultam atribuídos diretamente pelas normas jurídicas a todos enquanto pessoas, cidadãos ou capazes de agir” (tradução livre). Numa definição mais completa: “[...] son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘*status*’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (FERRAJOLI, *Derechos y Garantías...*, 2010, p. 37. “[...] são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendendo por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) ligada a um sujeito por uma norma jurídica; e por ‘*status*’ a condição de um sujeito, prevista a si mesmo por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas” [tradução livre]).

²³⁵ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 330.

²³⁶ Cf. FERRAJOLI, *Derechos y Garantías...*, 2010, pp. 15-35.

ceticismo enquanto positivista analítico, ao questionamento da operacionalidade dos sistemas penais e, a partir disso, um convite à reconsideração da tutela punitiva desde a elaboração de um minimalismo cuja orientação se espalharia para as três esferas operativas da coerção penal-estatal (legislativa, judicial e administrativo-policial).

Nesse raciocínio, ao desenvolver a noção de “garantismo”, Ferrajoli concebe três significados para a expressão, significados estes que, conexos e interdependentes, corresponderiam aos elementos delineadores de uma *teoria geral do garantismo*, quais sejam: (a) a vinculação do poder público ao Estado de Direito; (b) a divergência entre validade e vigor; (c) a distinção entre ponto de vista externo (ético-político) e ponto de vista interno (jurídico) alinhavada à separação entre justiça e validade²³⁷.

O primeiro significado de “garantismo” se encontra no plano jurídico, que o compreende como *modelo normativo de direito* e, especificamente no que se refere ao aspecto jurídico-penal, um modelo de “estrita legalidade” próprio do Estado de Direito (“*rule of law*”, “*stato di diritto*”), e que pode ser subentendido em três ramificações: (a1.) como sistema cognitivo ou de poder mínimo (plano epistemológico), (a2.) como técnica de minimização da violência e maximização da liberdade (plano político) e (a3.) como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos (plano jurídico)²³⁸.

Neste plano, ocorre uma confusão entre “Estado de Direito” e “garantismo”, que passam a ser tidos como sinônimos. Para além das construções programáticas clássicas, a lógica operativa do garantismo não conduz à compreensão tão apenas de um Estado submerso às leis (dimensão de *legitimação formal* dos atos do poder), mas sobretudo às diretrizes das Constituições rígidas modernas, fundadas na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos (dimensão de *legitimação substancial* dos atos do poder), operando transição da *legalidade em sentido lato* para uma *legalidade em sentido estrito*, conseqüentemente, de *Democracia formal* para *Democracia substancial*²³⁹, a exemplo do que ocorre com a Constituição Federal de 1988²⁴⁰.

²³⁷ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 894.

²³⁸ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, pp. 891-892.

²³⁹ “[...] las dos clases de normas sobre la producción jurídica que se han distinguido – las *formales* que condicionan la *vigencia*, y las *sustanciales* que condicionan la *validez* – garantizan otras tantas dimensiones de la democracia: la dimensión formal de la ‘democracia política’, que hace referencia al *quién* y al *cómo* de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las *formas* de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse ‘democracia sustancial’, que puesto que se refiere al *qué* es lo que no puede decirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la *sustancia* o el *significado* de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquélla” (FERRAJOLI, *Derechos y*

O segundo significado de “garantismo”, no plano sociológico, corresponde a uma *teoria jurídica da validade/efetividade* como categorias distintas, que se distinguem entre si, mas, também, pelas categorias de “existência” e “vigor” das normas, bem como o “ser” e o “dever ser” no direito, deixando bastante clara a complexidade dos ordenamentos jurídicos, e sobretudo, a pretensa distinção entre *modelos normativos* (tendentemente garantistas) e *práticas operacionais* (tendentemente antigarantistas), questão teórica central deste enfoque, interpretando esta divergência como a distinção entre o *fisiológico* e o *patológico*, que naqueles subsiste na antinomia *validade* (e *não efetividade*), e, nestes, *efetividade* (e *invalidade*) – estas polaridades, constantes na teoria garantista, a identificam como uma “teoria da divergência”.

Neste significante, a condição de possibilidade de uma teoria garantista do direito, enquanto técnica de tutela dos direitos do cidadão, só é possível a partir do positivismo jurídico, o que a própria história demonstrou com o advento da Modernidade e consolidação do monopólio da produção jurídica para o Estado soberano, sobretudo no que se refere ao princípio da legalidade, postulado jurídico do positivismo.

No entanto, Ferrajoli opera transição entre o “juspositivismo dogmático” (que Ferrajoli chamará de “paleopositivismo”) – que confunde o conceito de *vigor* com *validade/efetividade* – para o “juspositivismo crítico” – que parte da distinção entre *vigor* e *validade/efetividade* –, que passa a realizar a *crítica do direito positivo vigente (inválido)*, mormente ao problematizar os dogmas da fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva/valorativa do jurista diante do direito positivo, os postulados de coerência e completude do ordenamento jurídico.

Por fim, no plano metajurídico, por “garantismo” ainda entende-se uma *filosofia política de legitimação* que requer justificação externa do direito e do Estado, com base nos interesses que tutelam e finalidades que almejam alcançar. Neste significado, o garantismo

Garantías..., 2010, p. 23. “[...] as duas classes de normas sobre a produção jurídica que tem distinguido – as *formais* que condicionam a *vigências*, e as *substanciais* que condicionam a *validez* – garantem outras tantas dimensões da democracia: a dimensão formal da ‘democracia política’, que que faz referência ao *quem* e ao *como* das decisões e que é garantida pelas normas formais que disciplinam as *formas* das decisões, assegurando com elas a expressão da vontade da maioria; e a dimensão material a qual poderia bem se chamar ‘democracia substancial’, posto que se refere ao *que* é o que não pode se decidir ou deve ser decidido por qualquer maioria, e que está garantido pelas normas substanciais que regulam a *substância* ou o *significado* das mesmas decisões, vinculando-as, sob pena de invalidez, ao respeito de direitos fundamentais e dos demais princípios axiológicos estabelecidos por aquela” [tradução livre].

²⁴⁰ O artigo 60, da CF/88, que trata das cláusulas pétreas, consolida o núcleo substancial imutável diante de qualquer tentativa de emenda constitucional, sobrevalorando a garantia dos direitos fundamentais sobre qualquer dimensão formal dos atos de poder estatal: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

engloba o princípio da laicização, que separa direito e moral, validade e justiça, ponto de vista interno e externo de valoração do ordenamento jurídico, equivalendo ao parâmetro de (des)legitimação ético-política do direito e do Estado, desde o ponto de vista externo.

Nesta perspectiva, na separação entre direito e moral (validade e justiça, ponto de vista interno e externo), tem-se a possibilidade de exercício da crítica e verificação da perda de legitimação desde o exterior das instituições jurídicas. Ferrajoli parte da cisão entre modelos *autopoiéticos* – autojustificação do direito penal como valor em si (*legittimità dall'auto*) – e *heteropoiéticos* – justificação a partir dos interesses dos cidadãos (*legittimità dal basso*) –, classificando o garantismo nesta segunda dimensão em contraposição às formas visto a legitimação política do direito e do Estado darem-se “de baixo”, ou seja, da sociedade, daí a superação da *democracia política/formal* para uma dimensão de *democracia social/substancial*. Partindo de uma “[...] *concezione pessimistica del potere come cattivo, chiunque lo detenga, perché esposto comunque, in assenza di limiti e garanzie, a degenerare nel dispotismo*”²⁴¹, o garantismo terá sempre como pressuposto legitimações política e jurídica imperfeitas, afinal, enquanto estrutura arquetípica ideal, nunca completamente concretizável na realidade.

Os três significados de garantismo correspondem à “razão *no* direito” (epistemologia), “razão *do* direito” (filosofia do direito) e “razão *de* direito” (ciência penal) e representam as divergências *dever ser externo x ser* (ou direito x moral ou justiça x validade), *dever ser interno x ser* (ou validade x vigência) e *dever ser jurídico x experiência jurídica concreta* (direito x realidade; normatividade efetividade; normas x fatos), binômios basilares que distinguem e buscam superar os modelos clássicos do paradigma garantista em conformidade com a atual e complexa conjuntura contemporânea dos Estados constitucionais e de Direito.

3.1.3 Axiologia: as bases principiológicas do sistema penal garantista (SG)

Na busca por unidade e coerência, o modelo garantista de direito penal repousa sua epistemologia a partir de uma conjunção principiológica formulada a partir de onze termos (*pena, crime, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, jurisdição, acusação, prova e defesa*). O desenvolvimento epistemológico dos termos formulam os *axiomas do garantismo penal*, isto é, proposições prescritivas com *implicações deônticas* que formulam as condições

²⁴¹ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 927. “[...] concepção pessimista do poder como maléfico, quem quer que o detenha, porque exposto, de qualquer maneira, em ausência de limites e garantias, a degenerar em despotismo” (tradução livre).

que um dado sistema penal deveria satisfazer em conformidade com sua normatividade interna e justificação externa²⁴². Esta axiomatização estrutura o chamado “Sistema Penal SG”, ou “garantista”, “cognitivo” ou “de legalidade estrita”, arquétipo de um modelo-limite, de controle, minimização e racionalização da aplicação da pena, nunca plenamente satisfeito em realidade.

Os axiomas que estruturam o modelo SG, são dez e equivalem cada qual a uma *garantia jurídica*²⁴³, quais sejam: A1 princípio retributivo (*Nulla poena sine crimine*), A2 princípio da legalidade (*Nullum crimen sine lege*), A3 princípio da necessidade (*Nulla lex [poenalis] sine necessitate*), A4 princípio da lesividade (*Nulla necessitas sine iniuria*), A5 princípio da materialidade (*Nulla iniuria sine actione*), A6 princípio da culpabilidade (*Nulla actio sine culpa*), correspondentes a garantias penais; e A7 princípio da jurisdicionariade (*Nulla culpa sine iudicio*), A8 princípio acusatório (*Nullum iudicium sine accusatione*), A9 princípio do ônus da prova (*Nullum accusatio sine probatione*) e, por fim, A10 princípio do contraditório (*Nulla probatio sine defensione*), estes, referentes a garantias processuais penais.

O devido respeito a esta estrutura de princípios torna possível a *responsabilidade penal garantista*, isto é, o conjunto de condições que a teoria garantista entende necessárias e imprescindíveis para que uma pessoa seja submetida a uma pena; ou doutro modo, uma responsabilidade penal de bases constitucionais e democráticas sólidas. A explicação sobre a epistemologia garantista, conforme o modelo e seus dez axiomas representados por limitações e proibições de proteção do cidadão contra o arbítrio ou erro punitivo, permite inferir que:

[...] non è ammessa nessuna irrogazione di pena senza che ricorrano la commissione di un fatto, la sua previsione da parte della legge come reato, a necessità della sua proibizione da parte della legge come reato, la necessità della sua proibizione e punizione, i suoi effetti dannosi per i terzi, il carattere esteriore o materiale dell’azione criminosa, l’imputabilità e la colpevolezza del suo autore e, inoltre, la sua prova empirica portata da un’accusa dinanzi ad un giudice terzo in un pubblico processo svolto in contraddittorio con la difesa e mediante procedure legalmente prestabilite²⁴⁴.

²⁴² FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 68.

²⁴³ Segundo Luigi Ferrajoli as *garantias jurídicas* adquiririam o *status* de *conditio sine qua non* para o reconhecimento da responsabilidade penal e, por via de consequência, para fins de aplicação da pena, de modo que tais garantias corresponderiam a “[...] una condizione necessaria in assenza della quale *non* è consentito ovvero è proibito punire [...]. La funzione specifica delle garanzie nel diritto penale [...] è infatti non tanto di contentire o legittimare, quanto piuttosto di condizionare o vincolare, e quindi di delegittimare, l’esercizio altrimenti assoluto della potestà punitiva” (FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 68. “[...] uma condição necessária sem a qual não é permitido ou proibido punir [...]. A função específica das garantias no direito penal [...] na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva” [tradução livre]).

²⁴⁴ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 80. “[...] não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a

Assim, pelos delineamentos epistemológicos do garantismo, o modelo SG identifica um modelo de direito penal mínimo (racionalismo jurídico), em contraposição à epistemologia dos modelos autoritários de direito penal máximo (irracionalismo jurídico), é dizer, com Ferrajoli, um modelo garantista que “[...] cioè massimamente condizionato e limitato, corrisponde non solo al massimo grado di tutela delle libertà dei cittadini dall’arbitrio punitivo, ma anche a un ideale di *razionalità* e di *certeza*”²⁴⁵.

Partindo-se da premissa de que a teoria garantista é uma teoria justificacionista²⁴⁶ ou legitimadora do poder punitivo estatal, desde que pautado e comprometido em respeitar rigorosos critérios de racionalização e minimização da intervenção estatal, a sua associação teórica ao constitucionalismo identifica os pressupostos de legitimidade que darão o caráter democrático ao uso do direito penal e processual penal. Isto posto, a respeito de outros modelos históricos de intervenção penal, a criteriologia contemplada pelos princípios garantistas configura um verdadeiro *esquema epistemológico* de “[...] identificazione della devianza penale diretto ad assicurare [...] il massimo grado di razionalità e di attendibilità del giudizio, e quindi di limitazione della potestà punitiva e di tutela della persona contro l’arbitrio”²⁴⁷.

A estrutura axiológica garantista forja um modelo acusatório, desde o esteio da laicização e secularização, avesso aos modelos de direito penal e processual penal autoritário e inquisitorial, fazendo-o a partir das garantias penais (retribuição, legalidade, necessidade, lesividade, materialidade, culpabilidade) e processuais penais (jurisdicinariedade, acusatório, ônus da prova e contraditório). Estes *axiomas garantistas* representam pressupostos norteadores, *implicações deônticas*, que não “expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer;

culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos” (tradução livre).

²⁴⁵ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 81. “[...] é maximamente condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*” (tradução livre).

²⁴⁶ Os discursos sobre a justificação (ou doutrinas de justificação) são discursos orientados à argumentação de critérios de aceitação dos meios penais em relação aos fins a eles assinados. Os discursos de justificação (ou justificações) estão em câmbio orientados a argumentar a adaptação dos meios penais em quanto estes são reconhecidos como funcionais aos fins que se assumem como justificadores (FERRAJOLI, Luigi. *El Derecho Penal Mínimo*. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir.). *Prevención y Teoría de la Pena*. Santiago de Chile: Jurídica ConoSur, 1995, p. 29).

²⁴⁷ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 6. “[...] identificação do desvio penal, orientado a assegurar [...] o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra o arbítrio” (tradução livre).

não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer”²⁴⁸.

3.2 Política criminal alternativa: o minimalismo garantista

3.2.1 Constitucionalismo, positivismo e democracia: a tarefa do jurista crítico

Referindo-se à análise que Luis Pietro realiza de sua teoria, Ferrajoli identifica o nexó inegociável existente entre garantismo e constitucionalismo, sendo este a própria condição de possibilidade de realização daquele, ou seja, identifica-se no Estado Constitucional de Direito a única ordem jurídico-política possível de realização do programa garantista, em vista dos vínculos de substâncias prementes ao *dever ser constitucional* imposto à regulação do direito positivo²⁴⁹. Dito de outro modo, o garantismo necessita para a realização de seu projeto ilustrado do constitucionalismo, enquanto este necessita daquele para que consiga condicionar a legitimidade do poder estatal ao cumprimento das exigências para concretização de direitos.

Da interdependência e mútua cooperação entre garantismo e constitucionalismo decorre consequência fundamental para a compreensão da teoria e da metateoria do direito, qual seja a da ruptura do caráter estritamente formal de validade de normas identificado no processo de produção pelo poder legislativo, desembocando, por conseguinte, na superação revolucionária da tradição (paleo)positivista do direito²⁵⁰ e na consagração do princípio da estrita ou estreita legalidade (legalidade substancial). Neste sentido, para Ferrajoli:

O constitucionalismo, aquele que resulta da positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do direito, que se expressa em uma alteração interna do paradigma positivista clássico. Se a primeira revolução se expressou na afirmação da onipotência do legislador, ou seja, do princípio da mera legalidade (ou da legalidade formal), aquela norma de reconhecimento da existência das normas, essa segunda revolução se realizou com a afirmação daquilo que podemos chamar de princípio da estreita legalidade (ou da legalidade substancial): isto é, com a submissão também da lei aos vínculos não mais somente formais, mas substanciais

²⁴⁸ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 68.

²⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*. Trad. Andrea Greppi. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 16.

²⁵⁰ “A doutrina garantista nega os pressupostos do positivismo dogmático, entendendo que (a) o poder é ontologicamente voltado à violação dos direitos; (b) legitimidade e legalidade são categorias diversas; e, consequentemente, (c) que os atos emanados pelo poder público, seja legislativo, executivo ou judiciário, não se presumem regulares, sendo necessária, pois, a criação de mecanismo eficaz de seu controle” (CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 21).

impostos pelos princípios e pelos direitos fundamentais expressos nas constituições²⁵¹.

É justamente da distinção *validade x vigência* que a legalidade estrita, em consonância com o alto grau de desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo e desde o paradigma garantista, propõe uma releitura democrática da jurisdição constitucional ao consignar a necessidade de realização de um rígido controle de constitucionalidade não apenas formal, mas sobretudo o material, da legislação infraconstitucional, devendo esta sofrer uma criteriosa análise desde a Constituição, ou seja, as normas constitucionais passam a ser compreendidas como pressupostos de legitimidade (substancial) das normas hierarquicamente inferiores.

Se no primeiro caso, o *ser* ou a *existência* do direito não pode derivar da moral (ou da natureza), visto tratar-se de um construto refletivo *posto e feito* pela atividade humana, no segundo caso, tem-se que o *dever ser* do direito positivo, sua condição de *validez*, se estrutura a partir de um disciplinamento de regras que incorporam conteúdos relativos à valores ético-políticos (v.g. igualdade, dignidade, direitos fundamentais etc.) equiparados a verdadeiros *modelos axiológicos do direito positivo*, na lógica do *direito sobre o direito* própria do Estado constitucional: a regulação jurídica do direito positivo, não apenas quanto à forma, mas sobretudo quanto ao conteúdo²⁵².

É que ao demonstrar as insuficiências do positivismo clássico, sobretudo quanto à cega e exacerbada crença formalista-normativista, Ferrajoli propõe que a razão jurídica atual tem a vantagem de caminhar ao lado dos grandes progressos do constitucionalismo, sendo possível atualmente conceber o direito e, particularmente, o direito penal, como um *sistema de garantias* constitucionalmente preordenado a tutelar direitos fundamentais dos cidadãos. Esta concepção possui vínculo preordenado com a complexidade inerente à estrutura formal de ordenamentos de Constituição rígida, vale dizer, possuidores de uma dupla artificialidade: não apenas no que diz respeito ao *caráter positivo das normas* (decorrência do *positivismo jurídico*), mas também à *sujeição ao direito* (decorrência do *Estado constitucional de direito*).

Na esteira do garantismo, compreender o direito como sistema de garantias significa, sobretudo, conceber o compromisso democrático diante dos postulados constitucionais do Estado de Direito. Representa, assim, entender a superação dos pressupostos paleopositivistas de “validez” de caráter formalista e simplista da legalidade, rumo a uma dimensão

²⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Trad. Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 43-44.

²⁵² FERRAJOLI, *Derechos y Garantías...*, 2010, p. 19.

conteudística, vinculando substancialmente as fontes de produção jurídica ao conteúdo proveniente das constituições rígidas.

É neste sentido que Ferrajoli entende que todos os direitos fundamentais – direitos de liberdade (que impõem deveres negativos/limites ao Estado) e direitos sociais (que impõem deveres positivos/obrigações ao Estado) – equivalem a *vínculos de substância* e não de forma, e que condicionam a validade substancial das normas produzidas pelo Estado, além de expressarem, ao mesmo tempo, os *fins* a que se orienta o moderno artifício que é o Estado constitucional de direito. É a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais condição de possibilidade da realização de uma dimensão substancial no direito e na democracia (democracia substancial), não à toa concebidos como *esfera de inviolabilidade* e *intangibilidade* em favor do cidadão. Deste modo:

A jurisdição não é mais simplesmente a sujeição do juiz à lei, mas é também análise crítica de seu significado para controlar a legitimidade constitucional. E a ciência jurídica não é mais, como também nunca foi, simples descrição, mas é também crítica e projeção do seu próprio objeto: crítica do direito inválido, mesmo que vigente, porque em contraste com a constituição; reinterpretação, à luz dos princípios estabelecidos na constituição, do inteiro sistema normativo; análise das antinomias e das lacunas; elaboração e projeção das garantias faltantes ou inadequadas e, todavia, impostas por normas constitucionais²⁵³.

A perspectiva garantista opera verdadeiro giro axial no que se refere ao papel do jurista (em especial, do julgador), que de uma posição meramente estática reprodutora da lei, própria da lógica formalista do paleopositivismo, adquire, a partir da incorporação substancialista dos direitos fundamentais nas constituições rígidas contemporâneas, um papel dinâmico, cuja atividade forense deverá estar pautada em constante vigilância e inquietação diante dos atos estatais e, no campo processual de atividade das agências judiciais e demais atores processuais (defesa e Ministério Público), *crítica do direito vigente* a partir do controle de validade (concepção não meramente formal, mas substancial de validade) das leis em face dos pressupostos substanciais constitucionais. É o *maestro* italiano quem sentencia: “È infatti la *critica del diritto*, sulla base delle sue stesse fonti di legittimazione e di delegittimazione giuridica, il principale compito civile della giurisprudenza e della scienza giuridica”²⁵⁴.

²⁵³ FERRAJOLI, *Por uma Teoria dos Direitos...*, 2011, p. 46.

²⁵⁴ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 920. “É de fato a *crítica do direito*, com base nas mesmas fontes de legitimação e perda da legitimação jurídica a principal tarefa civil da jurisprudência e da ciência jurídica” (tradução livre).

Atuar em conformidade com esta inquietação crítica e problematizadora possibilita ir muito além do *Monastério dos Sábios*²⁵⁵, cambiando-se de uma produção autoritária para uma produção democrática de subjetividade, na qual o ator do processo penal, consciente de seu papel democrático, deixa de ser mero consumidor do discurso positivista oficial (jurista acrítico), e, a partir da crítica do direito vigente, passa a contestá-lo, a resisti-lo (jurista crítico)²⁵⁶.

3.2.2 Modelos divergentes: direito penal mínimo x direito penal máximo

Como decorrência da construção axiomática que perfaz o modelo garantista de direito penal (Sistema SG), Ferrajoli propõe a avaliação dos graus de garantismo dos modelos de sistema penal presentes na realidade a partir da elaboração de categorias antagônicas como o modelo garantista e o modelo autoritário, correspondentes aos modelos de direito penal mínimo e modelos de direito penal máximo, construções arquetípico-ideias de certeza relativa, nunca essencialmente realizáveis em concretude mas tendencialmente alcançáveis.

²⁵⁵ “Resumindo a questão colocada, podemos falar de um processo de produção autoritária da subjetividade quando as instituições criam a ilusão de um espaço social homogêneo, transparente e unívoco; um espaço onde os atores sociais ficticiamente se sentem pertencentes a uma Nação, graças ao efeito integrador dado por sua condição de simples consumidores do discurso autorizado; em contrapartida podemos falar de uma produção democrática da subjetividade, quando surgem, na sociedade, discursos de reformulação e resistência à disciplina e à vigilância impostas pela cultura oficial. No discurso de resistência, os atores sociais adquirem a estatura de criadores e não mais de consumidores passivos do discurso oficial” (WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito – II: A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 66).

²⁵⁶ Quanto a questão do “jurista crítico”, imprescindível que se esclareça: a despeito deste trabalho fazer uso do “positivismo crítico” de Ferrajoli especificamente no que se refere ao problema da fundamentação legal e da aplicação judicial das prisões preventivas no Brasil, existe uma farta crítica a esta concepção, inclusive quanto a própria expressão. É dizer: o “jurista crítico” seria tão apenas o “positivista crítico”? Ferrajoli é um “conservador” ou um “crítico”? A título exemplificativo, García Figueroa é um dos autores que tece severas críticas a Ferrajoli em vista desta concepção (o próprio título de seu artigo já diz muito...). A despeito de considerar a teoria de Ferrajoli como uma das mais influentes das últimas décadas, sustenta que possui fortes tensões internas, sobretudo por, no âmbito da teoria do direito, firmar adesão ao positivismo jurídico. Situa a teoria de Ferrajoli naquilo que chamou de “zona marginal” a respeito da orientação geral da filosofia jurídica atual, evidenciando contradições que surgem entre a vocação *positivista* e a *vocação crítica* de seu próprio conceito de direito. Desde a crítica às teses de separação entre direito e moral e da neutralidade (pretensões avaliativas do direito), conclui que o “positivismo crítico” encerra em si uma contradição porque o positivismo não pode ser crítico e porque a crítica não é função da teoria do direito positivista. Propõe que Ferrajoli abandone o dualismo direito/moral de seu positivismo como possibilidade de se tranquilizar quanto às contradições de sua teoria (GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime. *Las tensiones de una teoría, cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista*. In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; SALAZAR UGARTE, Pedro (Coord.). *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2009). No mesmo sentido, cf. PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para Além do Garantismo: Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 45-92. Para os fins deste trabalho, o uso da expressão “jurista crítico” se refere especificamente quanto a atitude crítica do direito vigente desempenhada tendo em vista duas situações: (a) *quanto ao problema delimitado* (crítica garantista aos fundamentos legais da prisão preventiva) e (b) *quanto à metodologia adotada* (uso do garantismo como estratégia de redução de danos, é dizer, tão apenas nos locais em que seu corpo teórico é mais bem elaborado, como “modelo crítico de ciências criminais integradas” – Cf. Seção 3.3.2 deste trabalho).

Enquanto ferramentas válidas para análise de projetos de diagnose da operacionalidade dos sistemas penais, este tipo de abordagem tipológica representaria um relevante instrumental de análise que permitiriam identificar as situações das constantes de (in)justiça, (ir)racionalidade e (in)validade presente no estudo do sistema *in concreto*.

Enquanto o sistema penal garantista se caracteriza pela principiologia que engendra um modelo teórico minimalista de controle do arbítrio legislativo ou erro judicial, o sistema antípoda seria a patente carência da principiologia exposta, fazendo constatar a partir da caracterização maior ou menor, modelos minimalistas ou maximalistas (quanto à elaboração normativa), acusatórios (cognitivistas) ou inquisitivos (substancialistas) (quanto ao juízo) e garantistas ou pedagógicos (quanto aos fundamentos e à execução da pena): sistemas punitivos garantistas e autoritários²⁵⁷.

Sob esta ótica, o modelo político-criminal decorrente da perspectiva garantista não apenas é reflexo do minimalismo como a ele mesmo se confunde:

[...] “Garantismo” e “direito penal mínimo” são, com efeito, termos sinônimos que designam um modelo teórico e normativo de direito penal capaz de minimizar a violência da intervenção punitiva – tanto na previsão legal dos delitos como em sua comprovação judicial – a submetendo a estritos limites impostos para tutelar os direitos da pessoa²⁵⁸

Enquanto modelo planificado sob a perspectiva da certeza relativa, enquanto a certeza perseguida pelo direito penal máximo seria a de que “[...] nessun colpevole resti impunito, a costo dell’incertezza che anche qualche innocente possa essere punito”, a certeza perseguida pelo direito penal mínimo, ao contrário, seria a de que “[...] nessun innocente sia punito, a costo dell’incertezza che anche qualche colpevole possa restare impunito”²⁵⁹. Enquanto o primeiro direita respeito à perspectiva político-criminal de Estados absoluto ou totalitários, o segundo se adequaria à realidade democrática dos Estados de direito²⁶⁰.

²⁵⁷ CARVALHO, *Pena e Garantias...*, 2008, p. 84

²⁵⁸ FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo...*, 2008, p. 193.

²⁵⁹ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...* 2011, p. 83. “[...] nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido” e “[...] nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune” (tradução livre).

²⁶⁰ Com a expressão “Estado de direito”, explica Ferrajoli, entende-se “[...] un tipo di ordenamento in cui il potere pubblico, e specificamente quello penale, è rigidamente limitato e vincolato dalla legge sotto il profilo sostanziale (o dei contenuti penalmente rilevanti) e sotto quello processuale (o delle forme proceduralmente vincolanti)”, enquanto por “Estado absoluto ou totalitário” poderia se entender “[...] qualunque ordinamento ove i pubblici poteri siano ‘*legibus soluti*’ o ‘*totali*’, cioè non disciplinati dalla legge e quindi privi di limiti e condizioni” (FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 81. “[...] um tipo de ordenamento no qual o poder público, e especificamente o penal, é rigidamente limitado e vinculado à lei sob um aspecto substancial [ou de conteúdo penalmente relevante] e processual (ou de forma processualmente vinculante)” e “[...] qualquer sistema em que os poderes públicos são ‘*legibus soluti*’ ou ‘*totali*’, que não é regulado por lei e, portanto, é privado de limites e condições” [tradução livre]).

Uma vez trabalhando-se com o instrumental político-criminal minimalista, vigorará o princípio *in dubio pro reo*, a partir do qual o poder punitivo não poderá ser operado em caso de dúvida e incerteza, tal qual previsto na Constituição de 88²⁶¹; por outro lado, na manipulação da abordagem maximalista, o poder punitivo estará autorizado a operar desde os elementos de incerteza e imprevisibilidade, segundo a lógica do princípio *in dubio contra reum*, que na realidade jurisprudencial brasileiro foi convencionado – em tácita disposição contrária à Constituição – chamar de *in dubio pro societate*, como se a perspectiva de proteção de direitos e garantias fundamentais em direcionamento limitador do poder punitivo não dissesse respeito aos interesses fundamentais da sociedade em um espaço democrático.

Os modelos de direito penal mínimo e direito penal máximo, na forma de suas contrapostas opções político-criminais, são correspondentes a dois *modelos de verdade relativa* nitidamente opostos que, a depender da forma com que tratam da verdade e condições de autorização da intervenção penal na esfera da liberdade individual, bem como da situação jurídico-política em que processo penal estatal se situa (Estado de direito ou absoluto/totalitário), darão guarida à potencialização ou contenção da violência estatal, seja operando pela máxima tutela da segurança pública (*in dubio pro societate*) ou máxima tutela das liberdades individuais (*in dubio pro reo*), respectivamente, porém sendo tão apenas cabível num contexto democrático tal como o eleito pelo Estado brasileiro em sua Carta Magna.

3.2.3 Descriminalização, despenalização e alternativas penais: abolição do cárcere?

Ao contrário de grande parcela de intelectuais que engendrou o movimento ilustrado clássico, e que, a despeito de boas intenções, incorreram em versões utópicas e romantizantes do contrato e do *jus puniendi*, Ferrajoli rompe com a perspectiva idealizadora e forja no modelo garantista de análise a constante problematização das formas de manifestação e gestão de poder, afinal, por compreender que está sempre tendente ao descontrole e ao arbítrio, sobretudo quando se trata da manifestação do poder punitivo (*potestas puniendi*). Assim, se busca questionar a todo instante o poder penal e sua sistematização e manifestação real, notório que concentre atenção na figura da *pena*, o cerne mecânico de todo e qualquer sistema penal.

Um *a priori* do qual sua análise – marcadamente cética – parte diz respeito à expressão fenomênica dos sistemas punitivos: a história da pena é muito mais gravosa e

²⁶¹ Art. 5º, CF. “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

trágica do que a própria história dos delitos, ou seja, a violência pública/formal, decorrente das agências estatais, é marcadamente potencializada frente à violência privada/informal, realizada pelo cidadão. Assim, em uma das passagens mais marcantes de *Diritto e Ragione*, leciona o autor italiano:

La sicurezza e la libertà di ciascuno sono infatti minacciate non soltanto dai delitti, ma anche, e spesso in misura ancor maggiore, dalle pene eccessive e dispotiche, dagli arresti e dai processi sommari, dai controlli arbitrari e pervasivi di polizia: in una parola da quell'insieme di interventi che va sotto il nome di 'giustizia penale' e che forse, nella storia dell'umanità, è costato più dolori e ingiustizie dell'insieme dei delitti commessi²⁶².

Ademais da constatação histórica de que a pena sequer possa ser considerada um instituto interessante do ponto de vista de efetivo cumprimento daqueles objetivos condizentes com uma perspectiva de direito penal mínimo, Ferrajoli irá tensionar a crítica, indo muito além de seu revestimento de legalidade e conformação com os direitos humanos, e assumir taxativamente a carência de sentido e natureza patológica circunstanciadas naquela instituição total: “Il carcere è dunque un'istituzione al tempo stesso illiberale, disuguale, atipica, almeno in parte extra-legale ed extra-giudiziale, lesiva della dignità della persona, penosamente e inutilmente afflittiva”²⁶³. Afirmação esta que permitirá concluir que a pena enquanto tal produz altíssimos custos de sofrimento que sequer são recompensados com sua aplicação, cabendo, à longo prazo, a sua superação (abolição) e, a curto prazo, a sua drástica redução, da duração mínima e máxima, defendendo uma urgente reforma penal que atenda a este fim.

Portanto, partindo da constatação da crise do sistema de penas e mirando perspectiva jurídico-penal reformista, o garantismo penal projeta perspectiva minimalista cuja diretriz é o reducionismo punitivo marcado pelos processos de despenalização, descriminalização e formulação de um sistema alternativo de penas. Segundo Salo de Carvalho²⁶⁴, ao incorporar as pautas político-criminais do minimalismo, conformará um programa de direito penal crítico construído a partir de três diretrizes centrais: políticas de descriminalização (redução das hipótese de incidência punitiva na tutela de bens jurídicos), políticas de despenalização

²⁶² FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, p. 382. “A segurança e a liberdade de cada um são, com efeito, ameaçadas não apenas pelos delitos, mas também, e frequentemente, em medida ainda maior, pelas penas despóticas e excessivas, pelas prisões e pelos processos sumários, pelos controles arbitrários e invasivos de polícia, vale dizer, por aquele conjunto de intervenções que se denomina ‘justiça penal’, e que talvez, na história da humanidade, tenha custado mais dores e injustiças do que todos os delitos cometidos” (tradução livre).

²⁶³ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 411. “A prisão é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva” (tradução livre).

²⁶⁴ CARVALHO, *Criminologia crítica...*, 2013, p. 294.

(crítica aos critérios de determinação de penas) e políticas de descarcerização/implementação de substitutivos penais (crítica à pena carcerária).

A hipótese sustentada por Ferrajoli seria a de desqualificar a pena de reclusão carcerária da condição histórica em que passou a ser penal principal e paradigmática e, senão aboli-la, reduzi-la drasticamente, reduzir ao máximo seu tempo de duração, de modo a transformá-la em pena excepcional, limitada tão somente às ofensas mais graves aos direitos humanos²⁶⁵.

A perspectiva reducionista, sustenta o autor, parte de um pressuposto: a superação do cárcere “[...] non potrà che essere il frutto di un processo graduale, legato al progresso della civiltà e alla riduzione delle basi sociale della violenza. E di questo processo la progressiva minimizzazione della durata della detenzione carceraria è una tappa indispensabile”²⁶⁶. É neste sentido que Ferrajoli, ao se indagar à questão da desprisonalização (*como castigar?*) propõe que a pena detentiva, independentemente do delito, deveria ser reduzida, a curto prazo, a dez anos, e a longo prazo, ao menos possível, atentando que uma norma constitucional deveria limitar o máximo de pena para dez anos.

Esta proposta de redução drástica ao tempo de duração máxima da pena carcerária, não seria apenas quantitativa, mas qualitativa, visto que caberia apenas para os delitos mais graves, sendo que para os delitos mais leves seria possível a aplicação de medidas alternativas. Esta reforma no sistema da pena (projeto de abolição da prisão, próprio do direito penal mínimo, que não se confunde com o projeto de abolição da pena, que, para o jusfilósofo italiano, propiciaria um descontrole social das violências pela ausência do direito penal), com sobressalto das alternativas, implicaria em salvaguardar todos os elementos garantistas da pena: “la sua predeterminazione legale, la sua determinatezza giudiziale, la sua certezza, la sua uguaglianza, la sua proporzionalità alla gravità del reato, l’immunità delle coscienze dai modi e dai tempi della sua esecuzione”²⁶⁷.

Ademais disto, Ferrajoli é incisivo na defesa da abolição imediata das penas pecuniárias e despenalização de todas as contravenções e todos os delitos cuja pena prevista é a multa. Ao se indagar sobre o processo de despenalização (*o que castigar?*), a redução da esfera de bens jurídicos penalmente tuteláveis deveria ser reduzida ao máximo, tão apenas

²⁶⁵ FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo...*, 2008, p. 203.

²⁶⁶ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 413. “[...] não poderá ser senão o fruto de um processo gradual, ligado ao processo cultural e à redução das bases sociais da violência. A progressiva minimização da duração da pena carcerária é uma etapa indispensável desse processo” (tradução livre).

²⁶⁷ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 414. “A sua predeterminação legal, a sua determinação judicial, sua certeza, sua igualdade, sua proporcionalidade à gravidade do delito, a imunidade das consciências frente aos modos e aos tempos de sua execução” (tradução livre).

àqueles considerados fundamentais, de modo a serem despenalizados, exemplificativamente, bagatelas, contravenções penais, todos os delitos pecuniariamente punidos etc²⁶⁸.

No que se refere às medidas alternativas, Ferrajoli não possui uma visão idealista que possa acabar por ser tola. Não. Ele própria coloca em questão que um dos problemas mais difíceis numa perspectiva de superação da pena carcerária seria, justamente, que tipo de punição não-detentiva colocar em seu local, já que as tradicionais alternativas (v.g. prisão domiciliar, reclusão nos finais de semana, semiliberdade, liberdade vigiada etc.) da forma como estão colocadas não operam como verdadeiras alternativas, senão como reforço das prisões já que não excluem a possibilidade de sua incidência já que a integram: o ponto principal seria colocar as alternativas na condição de “penas principais” e não meramente acessórias ao cárcere.

Ao fim e ao cabo, propõe o jusfilósofo que qualquer transformação do conteúdo da pena requerer uma redefinição teórica e normativa da privação dos bens e direitos compatíveis com a dignidade da pessoa, e partir do pressuposto de que a pena carcerária é criminógena e antieducativa, seria um bom começo, inclusive para realizar proposições alternativas que não repitam esta mesma lógica²⁶⁹.

3.2.4 Modelo penalógico e limitação punitiva: a “lei do mais fraco” entre o justificacionismo utilitarista e a teoria crítica de deslegitimação

Para Ferrajoli, refletir sobre a pena (carcerária), logo, sobre o direito penal, requer necessariamente também pensar uma “sociedade democrática” e o que por essa expressão se possa entender, afinal, a punição, condicionada à ordem jurídica na qual é instituída, precisa, por óbvio, ser informada por seus valores.

É dessa forma que entende que o direito penal, como nenhuma outra esfera jurídica, se fundaria nos limites da “*democracia política*”, isto é, fundada na vontade geral ou da maioria. A axiologia jurídico-penal, garantidora e democrática, no entanto, não pode nela se resumir, afinal, se assim o fosse, por representar a vontade geral, tal concepção implicaria na legitimação um direito penal máximo, marcado pela flexibilização de direitos e garantias do imputado, a saber, por dois motivos: (a) pelo fato de, do ponto de vista da maioria, o direito penal ser visto como instrumento de “defesa social”, direcionado a prevenir os interesses da

²⁶⁸ FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo...*, 2008, p. 203.

²⁶⁹ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 418.

maioria “não desviada”, e (b) de a maioria, que se autoreferencia como “não desviada”, tender sempre a caracterizar os “desviados” como diferentes e perigosos²⁷⁰.

Associado à tarefa de construção de um Estado constitucional de Direito, é por este conjunto de fatores que Ferrajoli articula uma outra concepção de democracia, qual seja a de “*democracia constitucional*” ou “*de direito*”, que se concentre não no que pode a maioria decidir, senão justamente o que ela não pode, é dizer, a esfera do indecível: a igualdade dos cidadãos e a tutela de seus direitos e garantias fundamentais.

Assim, entendido o direito como sistema de garantias, a lei penal se justificaria como a *lei do mais fraco*²⁷¹, orientada a tutelar direitos e garantias fundamentais do cidadão (mais fraco) contra as violências arbitrárias do Estado (mais forte). Desde a lógica da proteção do mais débil, o Estado não pode se ater ao único fim de “defesa social” dos interesses protegidos com a punição dos delitos. Este fim do direito penal supõe a tutela do mais fraco frente ao mais forte, seja da vítima no momento da prática de uma conduta criminosa – momento no qual o criminoso se coloca como o mais forte –, seja ao longo do teatro processual, em que réu e Estado-acusação ocupam, respectivamente, os polos do mais fraco e mais forte – é de se atentar também que, em caso de inexistência de um processo de conhecimento, o réu seria o mais fraco ameaçado pelas arbitrárias vinganças privadas.

Como explica Salo de Carvalho²⁷², para justificar sua perspectiva de legitimação, a teoria garantista realiza crítica às teorias tradicionais de legitimação (teorias absolutas retributivas e relativas preventivas) e de deslegitimação (teorias negativas) da pena, formulando-se a “lei do mais fraco” desde a reconstrução da teoria da prevenção geral negativa (teoria da coação psicológica de Feuerbach), desde bases utilitaristas, agregando-se como objetivo da sanção penal a finalidade intimidatória, buscando-se tutelar o autor do delito das vinganças privadas que possivelmente existiriam caso inexistisse uma pena.

Se a teoria utilitária tradicional é representada a partir da seguinte assertiva “*a máxima felicidade possível aos não desviantes*”, a tese garantista é identificada como *utilitarismo reformado*, estruturando-se e desenvolvendo-se a partir do seguinte axioma: “*à máxima felicidade possível aos não desviantes, harmoniza-se o mínimo sofrimento necessário ao desviante*”, é dizer, aos não desviantes se direciona o caráter intimidativo da pena criminal; e aos desviantes, a efetivação de princípios, direitos e garantias fundamentais. A esta tese

²⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. *Discursos Sediciosos: Crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, nº. 12, 2002, p. 31

²⁷¹ FERRAJOLI, *Derechos y Garantías...*, 2010.

²⁷² CARVALHO, *Antimanual...*, 2010, pp. 130-131.

conforma-se a finalidade de prevenção de delitos e penas informais, contenção do poder punitivo e efetivação da tutela da pessoa do mais fraco.

O garantismo também é crítico da hipótese abolicionista, por vislumbrar uma “anarquia punitiva” na ausência do direito penal, essencialmente por dois motivos: (a) como bom pensador forjado na esteira do movimento contratual-ilustrado, por crer que, na ausência de um direito penal, os indivíduos estariam fadados ao *bellum omnium contra omnes* (“guerra de todos contra todos”), no qual vigorariam as reações selvagens às ofensas, portanto, não haveria um controle mínimo das violências, predominando a “lei do mais forte”, e (b) pela ampliação dos controles que conformaria a regulação disciplinaria da sociedade que, não obstante se mostrasse mais eficazes que as penas, estaria representada por mecanismos, à rigor, mais custosos para as liberdades²⁷³. Assim, Ferrajoli reforça a necessidade de legitimação via minimalismo enquanto tática de tutela de direitos fundamentais:

Se este é o limite imposto pelo pacto constitucional ao poder público por ele originado, a única justificativa que o direito penal pode oferecer como alternativa à hipótese abolicionista é que tal limite consiga ser um instrumento de defesa e de garantia de todos: da maioria “não desviada”, mas também da minoria “desviada”, que portanto se configura como um *direito penal mínimo*, como técnica de minimização da violência na sociedade; da violência dos delitos, mas também da reação aos delitos; que, em suma, realize um duplo objetivo: a prevenção e a minimização dos delitos, bem como a prevenção das reações informais aos delitos e a minimização das penas²⁷⁴.

Assim, conformando-se com o desenvolvimento do constitucionalismo e da democracia substancial, a teoria garantista revela o *caráter contramajoritário* de sua formulação, é dizer, busca conformar respeito aos direitos e garantias individuais do cidadão, independentemente da vontade da maioria que eventualmente possua um interesse diverso. Não à toa, os direitos e garantias fundamentais possuem caráter público, e ao serem efetivados para o cidadão individual, satisfazem substancialmente o interesse democrático substancial de todos, afinal, todos passam a dispor da mesma tutela potencial. É um modelo relativo, de prevenção, não é de retribuição. Não se trata de prevenção geral nos sentidos tradicionais.

Sempre constatando e reforçando o princípio de reconstrução epistemológica dos modelos iluministas clássicos, dentre as principais diferenças existentes entre o modelo penal garantista e os tradicionais programas de direito penal mínimo, diz respeito ao fato de se sua legitimação não se dar aprioristicamente, senão contingencialmente, é dizer, de forma *relativa e condicional à posteriori*: “Un sistema penale, diremo infatti, è giustificato soltanto se la

²⁷³ FERRAJOLI, Luigi. Il diritto penale minimo. *Dei Delitti e delle Pene*, Bari, n.º. 3, 1985, p. 514.

²⁷⁴ FERRAJOLI, A pena..., 2002, p. 32.

somma delle violenze – delitti, vendette e punizioni arbitrarie – che esse è in grado di prevenire è superiore a quella delle violenze costituite dai delitti non prevenuti e dalle pene per essi comminate”²⁷⁵, o que seria possível tão apenas na medida que satisfaça a concretização de direitos e garantias penais e processuais fundamentais do direito penal mínimo.

Subjaz, destarte, que o garantismo (a) é um modelo racionalizador do direito penal, o fazendo-o a partir de minimalismo legitimante, (b) a legitimação demanda a observância e respeito de critérios de justificação (direitos e garantias) e (c) a justificação opera-se *in concreto*. Isto é, apenas quando os axiomas do modelo SG forem efetivamente satisfeitos é que se poderá falar em uma legítima intervenção penal. A tese da legitimação *a posteriori* é interessante pois comprova consciência da realidade da operacionalidade fenomênica dos sistemas penais e, portanto, das violências produzidas por suas agências de controle e punitividade.

Deste modo, além de se tratarem de fontes de justificação e legitimação do sistema penal, as garantias também qualificam o garantismo como uma *teoria crítica de deslegitimação*. Isto ocorre pois, desde o ceticismo punitivo, o garantismo trabalha com três conceitos fundamentais: (a) falácia normativista, (b) falácia política/politicalha e (c) falácia garantista.

A *falácia normativista* – compreendida como a crença (romantização) na concepção paleopositivista na funcionalidade ótima dos sistemas jurídicos, pretensamente harmônicos e autopoieticos e direcionados a satisfazer os interesses dos cidadãos – se alinha à *falácia política/politicalha*, segundo a qual bastariam as forças de um bom poder aplicado ao direito para satisfazer as suas funções de tutela, independentemente de garantias normativas, e, por fim, *falácia garantista*, fruto da politicista, segundo a qual bastariam as razões de um bom direito, dotado de garantias constitucionais, para que os direitos fundamentais fossem concretizados e assim, numa linha de resultado, o poder punitivo fosse contido²⁷⁶.

Estes elementos buscam evidenciar – e esta é uma conclusão incorporada à base teórica garantista – é a de que o sistema garantista, por si só, não pode garantir nada, posto que nenhuma garantia pode sustentar-se única e exclusivamente por normas abstratas. As garantias dos direitos fundamentais não são autorrealizáveis, podendo ser concretizadas tão apenas a partir da luta propiciada pelos seus titulares e a partir das forças políticas.

²⁷⁵ FERRAJOLI, Il diritto penale..., 1985, p. 512. “Um sistema penal, pode-se dizer, está justificado se a soma das violências – delitos, vinganças e punições arbitrárias – que ele pode prevenir, é superior às violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas a eles cominadas” (tradução livre).

²⁷⁶ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 985.

3.3 Criminologia x garantismo: diálogo ou tensão?

3.3.1 Crítica criminológica ao garantismo penal: elementos para uma autocrítica

Desde a projeção criminológica ao pensamento jurídico-penal, a criminologia crítica exsurge num cenário de problematização da questão criminal que visa interpelar o acrítico modelo oficial de ciências criminais, essencialmente caracterizado por uma dogmática penal a-histórica e processual inquisitorial, em vistas de uma criminologia ortodoxa e política criminal defensivista. Neste sentido, desde o intenso e rico acúmulo criminológico produzido e importado para o Brasil, o discurso garantista, quase que simultaneamente importado nas últimas décadas do século passado, apesar de situado sobretudo no plano jusfilosófico e da teoria do direito, também busca problematizar o “paleopositivismo” encrostado na dogmática e, não à toa, possui horizonte político-criminal alternativo sob a “lupa criminológica”.

Ao que parece, assim como o garantismo possui seu nascedouro no *terreno da crítica* às ciências criminais, também é *ferramenta crítica* da qual a teoria criminológica problematizadora fará uso, a partir de sua programação minimalista e contestatória das agências do sistema penal, processos de criminalização, estigmatização, controle social excludente etc. Dessa forma, se o “local de fala” desta investigação parte da crítica criminológica, é preciso, sob pena de não se fazer uso legítimo de seu referencial, sobressaltar sua intrínseca característica: a capacidade de se manter em intenso exercício reflexivo, não apenas diante dos objetos de investigação, mas também sobre suas programações: tarefa correspondente à *autocrítica*.

Muitas das vezes ignorado, fundamental resgatar o debate acadêmico sobre o garantismo inserido no campo criminológico, como condição de avaliação de seus limites e possibilidades. Dessa forma, em vista de sua grandeza²⁷⁷, é preciso situar e delimitar o campo de problematização, o que se faz a partir de duas questões pontuais que representam o terreno de análise: (a) a relevância de se pensar o garantismo como um saber teórico de origem central que, fruto de uma importação cultural (tradução), foi incorporado, talvez acriticamente, à realidade da periferia marginal latino-americana; e, (b) a necessidade de construção de um modelo crítico de ciências criminais na qual o paradigma garantista precisa ser tensionado com as contribuições advindas do criticismo criminológico.

²⁷⁷ Cf. LARRAURI, Elena. Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. *Ius et Praxis*, Talca, año 4, n° 2, pp. 27-64, 1998; HERNÁNDEZ, Héctor H. *El garantismo abolicionista: Estudio sobre la Criminología crítica*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013.

Enquanto a primeira questão está relacionada às pretensões do referencial desde sua autoimagem e condição teórica positivista (“positivismo crítico” ou “analítico”), o segundo ponto diz respeito à necessidade de aproximação/incorporação dos irreversíveis contributos da teoria criminológica crítica no plano da questão criminal. Neste sentido, desde o horizonte da crítica, Salo de Carvalho aponta precisamente dois problemas pelos quais a teoria garantista deveria confrontar-se, visando seu uso delimitado e otimizado aos seus campos de atuação:

(1º) no plano da teoria do Estado e da teoria geral do direito, sua *ambição de universalização como sistema unívoco de compreensão e interpretação do Direito, do Estado e da Justiça*, vício decorrente de sua identificação com projeto da Modernidade e com as teorias do (pós)positivismo jurídico; e (2º) na esfera das ciências criminais, a pretensão de revelar novos fundamentos de legitimidade do *ius puniendi* através da reelaboração das premissas utilitaristas (utilitarismo reformado) face ao apego ao classicismo penal e sua marcada gênese iluminista²⁷⁸.

Quanto ao primeiro ponto, a análise sobre as “viagens culturais” da questão criminal no trecho “centro-periferia”, Máximo Sozzo²⁷⁹ argumenta que o garantismo penal foi adotado por muitos criminólogos críticos latino-americanos como uma forma ordenadora das atividades intelectuais que vinham sendo desenvolvidas no marco do que se compreendia por criminologia crítica, tendo sido incorporado como “grande narrativa”, na forma de um “monismo explicativo” capaz de deixar os juristas mais ou menos de consciência tranquila quanto às respostas que deveriam ser dadas à questão criminal. Imprescindível notar, portanto, que esse processo de importação cultural teve como consequência, por um lado, a pouca problematização de suas premissas e, por outro, como resultado do primeiro, a sua romantização.

Para Salo de Carvalho, admitindo que a pretensão de universalização (“vontade de sistema” constatada na necessidade de criação de uma “teoria geral do direito”) estar inevitavelmente vinculada à própria condição positivista da teoria garantista, analisa que a assunção deste projeto acaba por inevitavelmente implicar no sequestro da realidade, na negação de manifestações plurais como também válidas e, portanto, não consegue romper por completo com a lógica paleopositivista que tanto desenvolveu a criticar, diagnosticando, por isso, que “a necessidade de certeza e de segurança traduzida no narcisismo dos juristas enclausurou o direito em sua dimensão formal, impossibilitando sua oxigenação e o necessário confronto com a realidade social à qual (deveria) estar voltado”²⁸⁰.

²⁷⁸ CARVALHO, *Antimanual...*, 2010, pp. 128-129.

²⁷⁹ SOZZO, “Traduttore Traditore” ..., 2006, pp. 414-417.

²⁸⁰ CARVALHO, *Antimanual...*, 2010, pp. 129-130.

Neste sentido, resta plenamente justificada a hipótese sustentada por Sozzo, para o qual a reconstrução de um saber crítico sobre a questão criminal na América Latina seria possível a partir da recriação de aberturas à teoria social e política. Quanto ao garantismo, a saída residiria propriamente na inventiva teórica que a ele incorpora contribuições da sociologia jurídico-penal (v.g. Melossi, Pavarini, Mosconi, Baratta, Pitch etc). O processo de tradução/importação dos vocabulários criminológicos deveriam ser “conscientemente” metamorfoseados, é dizer, a partir de uma escrutínio detalhado e paciente do momento empírico da análise, buscando a prática investigativa e produção de inovações. Desde a empresa da tradução, abrir-se-ia de fato um diálogo, uma conversação cultural entre o “lá” e o “aqui”.

Esta questão está essencialmente vinculada à segunda problemática. Apesar possuir uma visão crítica da operacionalidade real dos sistemas punitivos e de negar vários elementos do (paleo)positivismo dogmático, reinventando-o sob o título de “positivismo crítico” ou “analítico”, cabendo destacar inclusive a virtuosa refutação de vários elementos do positivismo criminológico (v.g. funções de defesa social e reeducadoras da pena etc.) à exemplo do que a crítica criminológica fez desde sua insurgência, Ferrajoli não declina da “Lei de Hume”²⁸¹, segundo a qual um *dever-ser* (tese prescritiva) jamais poderia resultar de um *ser* (tese descritiva), de modo a permanecer na constância e síntese da crítica normativa, vedando a incorporação elementos da realidade que possibilitassem a oxigenação empírica próprios da crítica fenomênica da criminologia crítica.

Na contramão, em todo instante de sua obra, Zaffaroni defende a hipótese de, pelo menos na realidade latino-americana (na qual aqui se trabalha o garantismo), não se ignorar os fatos de poder relativos ao sistema penal e que evidenciam a deslegitimação estrutural pelos próprios fatos (v.g. mortes – sobretudo! –, corrupção, privações de liberdade, extorsão, violências etc.), sem a necessidade de adoção de qualquer refinamento teórico-científico comprobatório. Sustenta a necessidade de, em toda as circunstâncias, deixar de negar a realidade que nos cerca. A “*criminologia negacionista*” deve chegar a seu fim^{282, 283}.

²⁸¹ “[...] legge di Hume, infatti, una tesi prescrittiva non può derivare da una tesi descrittiva, né viceversa”. (FERRAJOLI, Il diritto..., 1985, p. 497. “[...] lei de Hume, na verdade, uma tese prescritiva não pode ser derivada de uma tese descritiva, nem vice-versa” [tradução livre]).

²⁸² ZAFFARONI, A *Questão...*, 2013, p. 228.

²⁸³ Fundamental ratificar a criminologia crítica em Alessandro Baratta que em sua obra busca o câmbio da “sociologia criminal”, de viés positivista, para a “sociologia jurídico-penal”, para o qual seu objeto se concentraria em três elementos da sociologia jurídica em geral: “A sociologia jurídico-penal estudará, pois, em primeiro lugar, as ações e os comportamentos normativos que consistem na formação e na aplicação de um sistema penal dado; em segundo lugar, estudará os efeitos do sistema entendido como aspecto ‘institucional’ da reação ao comportamento desviante e do correspondente controle social. A terceira categoria de ações e comportamentos abrangidos pela sociologia jurídico-penal compreenderá, ao contrário (a) as reações não-

Assim, é preciso lembrar que a formulação da vertente “dogmática penal crítica” apenas se deu em vista dos irreversíveis contributos do criticismo, sobretudo os advindos com *labelling*. Por acaso, “a criminologia crítica operou nas ciências criminais a revogação da *Lei de Hume*”²⁸⁴. Atestando a hipótese, Lola Aniyar de Castro relembra que “[...] apesar do que pensam alguns juristas, a criminologia crítica não procura negar o direito; interessa-se em dotá-lo de novos conteúdos e resgatar sua vertente ‘garantista’”, sendo esta a tarefa fundamental que se busca aqui concretizar, a apropriação conteudística deste referencial insiste em um “depuramento de seus conteúdos por meio de técnicas de descriminalização e reclamando tanto o ‘uso alternativo do direito’ como a aplicação efetiva das garantias processuais”²⁸⁵.

Neste sentido, novamente tensionado com a perspectiva criminológica, o garantismo, ao propor seu “utilitarismo reformado” na ótica reconstrutiva da epistemologia ilustrada, desde que inserido na perspectiva de um modelo integrado de ciências criminais, não pode se furtar daquela que talvez represente a maior contribuição do pensamento criminológico contemporâneo: a deslegitimação do poder punitivo, perspectiva esta adotada por políticas criminais alternativas de cunho tanto abolicionista – perspectiva genuína quanto à esta pauta – quanto minimalista – que deste o influxo abolicionista, deixam de ser “fim”, mas “meio”.

Ao constatar aquela que seria uma das maiores contribuições do pensamento abolicionista para a questão criminal²⁸⁶ e a sua incorporação junto à formulação de um enfoque crítico do direito penal, assevera Zaffaroni que:

[...] desde el derecho penal de garantías o liberal, como elemento consustancial al Estado de derecho, debemos agradecer al abolicionismo el desafío que nos revela un enorme y muy antiguo error táctico: no debemos legitimar en ninguna medida al poder punitivo; llevan razón los abolicionistas acerca de su esencial irracionalidad; lo que debemos legitimar es la función misma de programación limitadora que lleva a cabo el derecho penal. Esta legitimación proviene de la constatación de que el poder punitivo, carente de esa contención jurídica limitadora, acaba con el Estado de derecho y desemboca en masacres y genocidios²⁸⁷.

institucionais ao comportamento desviante, entendidas como um aspecto integrante do controle social do desvio, em concorrência com as reações institucionais estudadas nos dois primeiros aspectos e (b) em nível de abstração mais elevado, as conexões entre um sistema penal dado e a correspondente estrutura econômico-social” (BARATTA, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito...*, 2002, p. 23).

²⁸⁴ CARVALHO, *Penas e Medidas de Segurança...*, 2013, p. 50.

²⁸⁵ CASTRO, *Criminologia...*, 2005, p. 119.

²⁸⁶ “[...] o direito penal serve para defender os fracos, como afirma o garantismo de Ferrajoli, mas como abolicionista, para poder criticar o sistema penal real e atuante” (ANITUA, *História dos pensamentos...*, 2008, p. 738).

²⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo. In: POSTAY, Maximiliano E. (comp.). *El abolicionismo penal en América Latina: imaginación no punitiva y militancia*. Buenos Aires: Del Puerto, 2012, p. XIII. “[...] desde o direito penal de garantias ou liberal, como elemento consubstancial ao Estado de direito, devemos agradecer ao abolicionismo o desafio que nos revela um enorme e muito antigo erro tático: não devemos legitimar em

Complementando e oferecendo mais elementos desde a crítica, adverte Vera Andrade para o fato de que a crítica criminológica (identificada no “criticismo”) não deveria se resumir ao garantismo com fins de “transformação do controle penal”, até porque este projeto seria muito mais amplo. Deste modo:

Em tempos de déficit de projeto alternativo politicamente viável para o controle penal, o desafio é manter o garantismo em seu devido lugar, ou seja, como tática minimalista micro (e não como estratégia), sobretudo no interregno de crise de legitimidade do sistema penal mas devidamente inserido no horizonte utópico de superação do atual sistema de controle penal. Aqui, o garantismo que gravita em torno das ‘penas perdidas’, se é efetivamente comprometido com os direitos humanos, não para: necessariamente se conecta com as alternativas à pena e com a construção alternativa dos problemas e conflitos sociais, uma problemática essencialmente abolicionista²⁸⁸.

Desde a projeção da crítica criminológica, cujas análises são essencialmente céticas, fenomênicas e problematizadoras, resta claro que o garantismo, numa dupla faceta, não pode nem ser romantizado, nem realizar romantizações. Assim como, ao incorporar a crítica, necessita se autoquestionar e, por consequência, localizar seu “devido lugar” de aplicação.

3.3.2 Um “garantismo criminologicamente fundado”? Fundamentos para uma política de redução de danos no direito penal brasileiro

Ao contrário do que possa parecer num primeiro momento, as críticas advindas da criminologia crítica de modo algum desnaturalizam o referencial teórico do garantismo, pelo contrário, notadamente ao realizar reflexão crítica de sua autoimagem, possibilita compreensão de seus limites positivistas (refutação da hipótese universalizadora ou intento de “grande narrativa” monoexplicativa e crítica à pretensão legitimadora) e permite a sua otimização no campo da prática forense enquanto imprescindível discurso *middle range* e exerça constante autocrítica e esteja aberto aos debates advindos das ciências sociais, bem como comprometido com o desenvolvimento concreto do momento empírico das investigações materiais.

Em interessante estudo no qual confirmam a indispensabilidade da realização da crítica criminológica à política criminal e, conseqüentemente, do aprimoramento e indispensabilidade do garantismo, Luisa Leal Suárez e Adela García Pirela explicam que:

nenhuma medida o poder punitivo, o que devemos legitimar é a função mesma de programação limitadora que leva a cabo o direito penal. Esta legitimação provem da constatação de que o poder punitivo, carente dessa contenção jurídica limitadora, acaba com o Estado de direito e desemboca em massacres e genocídios” (tradução livre).

²⁸⁸ ANDRADE, *Pelas Mãos da Criminologia...*, 2012, p. 101.

El encuadre metodológico del modelo analítico crítico con el garantismo penal puede justificarse, tomando este último como una herramienta cognoscitiva que provea criterios para la aprehensión del ejercicio del poder penal, donde la Criminología ejerza hegemonía sobre el problema estudiado, mediante su contextualización política y realice su función meta discursiva²⁸⁹.

Diante da constatação da funcionalidade das garantias, Baratta defende a hipótese de que “[...] só um novo garantismo, alimentado criticamente pelo conhecimento empírico sobre os sistemas punitivos, pode servir para limitar de qualquer modo a sua contradição estrutural com os direitos humanos fundamentais”²⁹⁰. No mesmo sentido, Vera Andrade defende a hipótese de um “garantismo criminologicamente fundamentado”²⁹¹, de curto e médio prazos, segundo o qual, desde o horizonte de superação do sistema de controle penal, “[...] o principal elo da instituinte interação criminodogmática possa ser identificado no desenvolvimento do aspecto crítico da Criminologia ao encontro do aspecto garantidor do Direito penal dogmático e vice-versa”²⁹².

Salo de Carvalho, por outro lado, atesta a relevância da crítica criminológica e denunciativa conjugada com a programação garantista de limitação punitiva:

A teoria garantista, ao interpretar o atuar dos operadores processuais e as formas de produção da decisão, procura encontrar mecanismos para potencializar o sistema acusatório, opondo-se aos efeitos altamente deletérios decorrentes da lógica inquisitória que configurou historicamente o sistema penal. A criminologia (crítica), ao analisar a incidência das agências penais sobre as pessoas e os grupos vulneráveis (processos de criminalização), percebe que a inquisitorialidade é ínsita e molda as práticas punitivas. A convergência de ambas as perspectivas permite concluir que o exercício do poder punitivo, independente da boa ou da má intenção dos seus titulares, é *potencialmente* violador dos direitos fundamentais, ou seja, *tende* à proliferação do punitivismo e da lógica encarceradora. Não por outra razão o desenvolvimento de perspectiva teórica garantista estruturada nos ensinamentos da criminologia crítica impõe que seja pressuposta *concepção pessimista* (ou trágica) sobre os poderes, sobretudo punitivos, de forma a

²⁸⁹ SUÁREZ, Luisa Leal; PIRELA, Adela García. Criminología crítica y garantismo penal. *Capítulo Criminológico*, Maracaibo, v. 33, nº. 4, oct.-dic., 2005, p. 442. “O quadro metodológico do modelo analítico crítico com o garantismo penal pode se justificar, tomando este último como ferramenta cognoscitiva que provenha critérios para apreensão do exercício do poder penal, onde a Criminologia exerça hegemonia sobre o problema estudado, mediante sua contextualização política e realize sua função metadiscursiva” (tradução livre).

²⁹⁰ BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão da Segurança Jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 11-12.

²⁹¹ Segundo Vera Andrade, da parceria criminologia e garantismo: “Reinterpretar a Dogmática penal nesses termos implica assim uma tentativa de olhar o paradigma com uma inserção distinta da tradicional. Implica redescobrir nele potencialidades humanistas e virtualidades, mas implica também falar de poder, violência e dominação enquanto elementos que, embora sistematicamente neutralizados e recusados pelo seu discurso, lhe imprimem significação plena” (ANDRADE, 2012, p. 220).

²⁹² ANDRADE, *Pelas Mãos da Criminologia...*, 2012, p. 233.

entender seu exercício como naturalmente voltado à violação (e não à defesa) dos direitos das pessoas²⁹³.

De fato, é bem verdade que tem sido alvo de críticas²⁹⁴ em outros setores do campo jurídico, no entanto, fazer uso do garantismo não implica crer cegamente em seu paradigma, pois como bem descreve Ana Cláudia Bastos de Pinho, o que se busca ao revisitar a filosofia ilustrada clássica, é construir um Direito Penal mínimo, com resgate ao seu conteúdo humanitário e garantidor, porém “[...] sempre compreendendo que a realidade complexa do contemporâneo estado social e Democrático de Direito demanda, por óbvio, a releitura de vários conceitos e a reelaboração de algumas ideias”²⁹⁵,

Dessa forma, se utilizado no local em que seu corpo teórico é mais bem elaborado e aplicado, é dizer, se compreendido como paradigma limitador das ciências criminais, *modelo crítico de ciências criminais integradas*, tal como a proposta de Salo de Carvalho, o aporte garantista fornece “importantes ferramentas para constrição dos poderes punitivos e abre espaço para a sofisticação das práticas forenses cotidianas voltadas à redução dos danos causados aos direitos humanos”²⁹⁶. A propósito, a estratégia pela redução de danos

[...] nos encontramos em presença, em toda sociedade ocidental, de uma crise dos sistemas punitivos, que é uma crise de expansão, e não de diminuição, como parece claro pelo fato de que, às suas contradições estruturais, acrescentam-se hoje aquelas contradições emergenciais devidas às atuais transformações no sentido ‘funcionalístico’ ou ‘eficientístico’ que elevaram ao mesmo tempo o nível repressivo e simbólico, avassalando, inversamente, aquele das garantias. Parece ser possível, de imediato, somente uma **estratégia de redução do dano**”²⁹⁷.

Para tanto, imprescindível que o garantismo abdique da tarefa estéril de legitimar a pena a partir do “utilitarismo reformado”. Ora, uma vez verificada a falibilidade das funções declaradas da teoria da pena (prevenções gerais e especiais) desde a tensão com as funções reais, não declaradas (difusão da violência e da criminalidade, etc.), não se pode superar o problema a partir de uma nova teoria penológica, cabendo ensaiar uma construção que surja do fracasso do justificacionismo, concluindo que “adotando-se uma teoria negativa, é possível

²⁹³ CARVALHO, *O Papel dos Atores...*, 2010, p. 249.

²⁹⁴ Cf. PINHO, *Para Além do Garantismo...*, 2013; CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; SALAZAR UGARTE, Pedro (Coord.). *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2009; FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: Um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; QUEIROZ, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: Algumas observações críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n.º. 27, pp. 143-148, jul./set., 1999.

²⁹⁵ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 120.

²⁹⁶ CARVALHO, *Antimanual...*, 2010, p. 128.

²⁹⁷ BARATTA, *Prefácio...*, 2015, p. 12, grifo nosso.

delimitar o horizonte do direito penal sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo que lhe toca limitar”²⁹⁸.

É que as raízes para uma construção teórica de deslegitimação da pena se encontram no seu clássico texto *Fundamento do Direito de Punir*. Tobias Barreto propõe qualificada discussão a respeito da origem e fundamento do direito de punir. Para Barreto, as teorias do direito de punir “não fazem mais do que procurar prender às leis da racionalidade moderna uma velha coisa bárbara e absurda, posto que necessária, qual é a pena, sem que daí resulte a mínima alteração da natureza do fato”²⁹⁹, e para tanto, propõe desqualificação da justificativa jurídica e desloca o conceito de pena para o político, considerando um erro das teorias recorrentes considerar a pena como pertencente ao jurídico.

Incorporando a deslegitimação desde os fatos de poder e a potencialidade violenta e genocida do sistema penal, o que se pretende, em última circunstância:

Almejamos um discurso jurídico-penal condizente com uma tática presidida por uma estratégia cujos objetivos sejam eticamente impostos, sendo o principal *salvar vidas humanas*. Reduzir os níveis de violência significa salvar vidas, e isso, no atual contexto genocida, é revolucionário, é parte de uma revolução pela vida, indispensável à nossa subsistência³⁰⁰.

Desde o ponto de vista crítico e de verificação das potencialidades (limites e possibilidades) de um projeto de alternativa político-criminal, o que se pode concluir (e que, inevitavelmente, não se pode abrir mão) é que a abordagem garantista necessita incorporar a crítica criminológica numa revisão de seu “ponto de vista externo”, revisão esta que, segundo Helio Gallardo³⁰¹, teria totais condições de fazê-lo, uma vez que a construção teórica garantista aceita o caráter sócio-histórico dos direitos fundamentais, bem como do Direito em si, e também projeta relevância diante do papel desempenhado pelo conflito e pela violência nas experiências sócio-históricas.

De posse de uma dogmática crítica, um “garantismo criminologicamente fundamentado”, penalistas e criminólogos críticos, diante da realidade do punitivismo e do grande encarceramento brasileiro, dispõem de um refinado modelo de contenção ao poder punitivo no limite de suas possibilidades, tendo como objetivo final salvar vidas diante dos massacres produzidos por aquela máquina burocrático-estatal.

²⁹⁸ ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA & SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro...*, 2011, pp. 98-94.

²⁹⁹ BARRETO, Tobias. *Fundamento do Direito de Punir*. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 179.

³⁰⁰ ZAFFARONI, *Em Busca das Penas...*, 2001, p. 220.

³⁰¹ GALLARDO, Helio. *Teoria Crítica: Matriz e possibilidade de direitos humanos*. Trad. Patrícia Fernandes. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 309.

A proposta concreta de um local ideal de aplicação deste aporte se dá no problemático caso das prisões preventivas que, uma vez tendo sido alvo de análise da teoria problematizadora, passa a ser enfrentada a partir da aplicação das ferramentas críticas oriundas do garantismo.

3.4 Crítica garantista à tutela penal preventiva no processo penal brasileiro

3.4.1 A *strumentalità* constitucional-garantista do processo penal: terreno de análise

O processo penal é um instrumento. A abordagem predominante na doutrina processual penal evidencia o caráter de *strumentalità* do processo penal em relação ao direito penal substancial, demonstrada a partir do momento em que a norma penal, para ser aplicada, demanda a existência de um procedimento penal (*nulla poena sine iudicio*)³⁰². Assim, considerando que a norma penal, diferenciada das demais por apresentar dois preceitos (primário [conduta vedada pelo ordenamento jurídico-penal] e secundário [sanção penal]), necessita da intervenção do Estado, que é chamado para aplicar a pena (não há pena sem juízo prévio), o que, sem embargo, apesar de confirmar o seu caráter instrumental, não simplifica sua funcionalidade à realização de uma única pretensão (acusatória)³⁰³.

Mais do que assegurar o cumprimento de uma pretensão acusatória – visando, desde a cognição, verificar a existência (ou não) da responsabilidade penal para um indivíduo que se encontra em seu polo passivo –, na medida em que vista instrumentalizar concretamente o direito penal, a concessão de efetividade processual penal se dá a partir das pautas éticas consubstanciadas nos direitos fundamentais e, não por acaso, intimamente vinculadas ao projeto democrático, sendo esta, portanto, sua função sob o horizonte constitucional³⁰⁴, ou seja, desde a constitucionalização do processo penal, sua função precípua diz respeito à instrumentalidade garantista de efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo de liberdade (do cidadão).

Dessa forma, desde o ponto de vista do Sistema Garantista (SG), alinhavado à lógica de constitucionalização do processo penal, direciona sua principiologia, baseada em critérios epistemológicos de identificação do desvio punível (jurisdicionalidade, presunção de inocência, acusatoriedade, verificabilidade probatória, contraditório e ampla defesa), para a

³⁰² AMBROGIO, Stefano. *Compendio di Diritto Processuale Penale*. 5ª ed. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2012, p. 19.

³⁰³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53.

³⁰⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 63.

análise criteriosa sobre o atuar das agências judiciais na lógica teatral do procedimento e, portanto, para (des)legitimá-las.

Com esta iniciativa, o que se busca é “[...] recuperar a capacidade crítica do direito (razão artificial do Estado) e do jurista (artesão na modificação da realidade social). Sobretudo porque a práxis jurídica deverá ter como *telos* a tutela dos direitos fundamentais”³⁰⁵, propiciando, conseqüentemente, o controle do poder punitivo pela defesa intransigível de direitos e garantias fundamentais e, logo, ressignificação do papel dos atores do processo penal que, não mais inertes, mas atentos e problematizadores diante da realidade do processo e sem pressupor a regularidade dos atos estatais, seja os órgãos de defesa e acusação, mas sobretudo o julgador, que não obstante passa a ser tido como “juiz garante” ou “juiz de garantias”.

A apropriação e adoção do paradigma garantista, instituidor do modelo acusatório, vai de encontro, obviamente, ao modelo inquisitório de processo, que se encontra em antípoda. Se, como tem demonstrado a doutrina processual crítica, impossível se falar em termos racionais de um “sistema processual misto”, porque sempre norteado por um princípio fundador (dispositivo ou inquisitivo), e processo penal brasileiro – como inicialmente desenvolvido – é indiscutivelmente inquisitorial em vista da gestão da prova se concentrar na disposição do julgador, fundamental que as matérias dispostas no processo penal brasileiro sofram o filtro axiológico da Constituição da República.

A apropriação da “lupa garantista”, crítica e contestatória dos atos das agências estatais, deve também ser direcionada ao processo penal cautelar, para que se possa fazer a investigação constitucional do instituto da prisão preventiva, realizar a projeção da crítica e, a seguir, repensar sua lógica de funcionalidade e adequá-la ao máximo ao projeto democrático, bem como, buscando respostas de contenção dos danos decorrentes de sua patológica situação atual, afinal, é sempre fundamental lembrar que “[...] caracterizar o ‘paradigma inquisitorial’ não representa mero exercício lúdico de academia, mas sim identificar possibilidades concretas de sistemas jurídicos desvirtuados (autoritários)”³⁰⁶.

Nesta linha de raciocínio, como andar necessário para compreensão e aplicação do garantismo no processo penal (cautelar) brasileiro, corroborando com esta estrutura axiológica, dois conceitos são de extrema relevância: *convencionalismo penal* e *cognitivismo processual*, elementos centrais na epistemologia garantista, que se contrapõem aos princípios

³⁰⁵ CARVALHO, *Penas e Garantias...*, 2008, p. 79.

³⁰⁶ CARVALHO, *Pena e Garantias...*, 2008, p. 6.

substancialismo penal e *decisionismo processual*, próprios de modelos autoritários, cuja epistemologia é, marcadamente, inquisitiva e antiguarantista.

O *convencionalismo penal*, desde o esteio da legalidade estrita, é um princípio de determinação abstrata do que é punível que demanda duas condições: o critério formal de definição do desvio e o caráter empírico das hipóteses de desvio legalmente definidas, condições que, respectivamente, concebem o desvio não ontologicamente, mas como formalmente indicado pela lei, afastando-se a possibilidade de figuras subjetivas de *status* ou de autor como fundamento de punição. Contrariamente, o *substancialismo penal* adota uma concepção não formalista, mas sim ontológica ou *substancialista* do desvio penalmente relevante, cujo objeto de conhecimento e de tratamento penal não é apenas o delito, mas uma determinada concepção que encara o desvio, enquanto conduta violadora da norma penal, enquanto fato “imoral” ou “antissocial” e que, não obstante, são naturalizados diretamente à pessoa que o comete (criminoso), do qual passa-se a fazer (pré-)juízos vinculados à ideias de “maldade” ou “antissociabilidade”; em último caso, o delito passa a ser contingente, porque nem sempre necessário para justificar uma punição³⁰⁷.

Já o *cognitivismo processual*, responsável pela determinação concreta do desvio punível, vem a ser assegurado pela estrita jurisdicionariedade que, por sua vez, exige duas condições, a saber: (a) a verificabilidade (ou refutabilidade) das hipóteses acusatórias diante do seu caráter assertivo, bem como, demanda que haja (b) o empiricamente comprovável, em vista dos procedimentos, permissíveis à verificação, bem como à refutação³⁰⁸. Por outro lado, em viés oposto, segundo os modelos autoritários, o *decisionismo processual* corresponde, por um lado, à ausência de fundamentos empíricos e, por outro, pelo exacerbo da subjetividade, norteadores da sanção e diante das ideias de prevenção e defesa social³⁰⁹.

Da adoção destas ferramentas, interessantes consequências jurídico-processuais resultam: as garantias dos cidadãos são concebidas como esfera intangível de liberdade individual, sendo punível tão apenas o que está previsto em lei, a igualdade se baseia em tipos objetivos que não levam em consideração as características individuais das pessoas, a rígida separação entre o Direito e outros critérios extrajudiciais de qualificação ou de valoração, o pressuposto da pena, para além da lei, também passa a ser a acusação, suscetível de prova em confrontação judicial, a responsabilização penal por um desvio previsto em lei pressupõe procedimento probatório indutivo, com análise de fatos (cognição) e direito (reconhecimento).

³⁰⁷ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 14.

³⁰⁸ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 8.

³⁰⁹ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 15.

No campo de análise das prisões preventivas, o terreno constitucional-garantista é não apenas de indubitável mas inevitável relevância, afinal, os horizontes de projeção de sua aplicabilidade devem partir desde a *funcionalidade* dada ao processo penal e, em particular, ao cautelar (teoria da cautelaridade), mas sempre tendo como norte que, para além da realização da pretensão acusatória, sua instrumentalidade se dá pela máxima concretização de direitos e garantias fundamentais, não podendo ser confundida com pretensão “eficientismo-securitário”³¹⁰.

3.4.2 Crítica garantista ao instituto da prisão preventiva

O desenvolvimento teórico do axioma A7 correspondente ao princípio da jurisdicionariedade (ou submissão à jurisdição), representado pelo brocardo latino *nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem juízo), infere naturalmente da lógica acusatória que não haja juízo sem existência de prova que possa inclusive ser contraditada (a partir do exercício do contraditório e da ampla defesa), logo, as considerações sobre existência ou não da prática de um delito, consideração sobre inocência ou culpa e aplicação da pena ou absolvição do acusado, ficam impossibilitadas sem que haja o concreto respeito ao devido processo legal a partir de sua instrumentalidade garantista e redutora do poder punitivo estatal.

Desta lógica acusatória, contrária ao princípio inquisitivo, a *presunção de inocência*³¹¹, segundo a qual nenhum cidadão posto na condição de investigado, em um inquérito policial, e réu, em um processo penal, poderá ser considerado culpado antes de uma sentença condenatória transitada em julgado e o ônus da prova de culpabilidade diz respeito à acusação e não ao réu (é a culpa, e não a inocência, que deve ser devidamente comprovada na trama processual), trata-se, como acima explicado, de uma opção democrática por um sistema processual de bases cognitiva e garantista contrário aos modelos de direito penal máximo típicos de Estados absolutos e totalitários, marcados pela vazão ao arbítrio e ao descontrole punitivo.

A presunção de inocência, inobstante ser compreendida pelo garantismo ferrajoliano como um “princípio fundamental de civilidade”, correspondente a uma das maiores

³¹⁰ Nos termos de Aury Lopes Jr., relacionando tal questão ao objeto das prisões preventivas: “Sem embargo, devemos ter cuidado na definição do alcance de suas metas, pois o processo penal não pode ser transformado em instrumento de ‘segurança pública’. Nesse contexto, por exemplo, insere-se a crítica ao uso abusivo das medidas cautelares pessoais, especialmente a prisão preventiva para ‘garantia da ordem pública’. Trata-se de buscar um fim alheio ao processo e, portanto, à natureza cautelar da medida” (LOPES JR., *Direito Processual...*, 2014, p. 54).

³¹¹ Em nossa Constituição da República, princípio previsto no art. 5º: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

conquistas da humanidade no que se refere à superação do autoritarismo – a opção político-garantista, própria dos Estados de direito, é pela imunidade do inocente, ainda que algum culpado possa se beneficiar, e nunca o contrário –, sofreu grandes ataques no final do século XIX na forma de um regresso autoritário da cultura penalista.

A despeito das grandes críticas oriundas, talvez o maior destaque deva ser dado ao próprio pensamento liberal clássico que, tendo como exemplo Thomas Hobbes e Cesare Beccaria – revigorados por Ferrajoli –, a despeito de terem desempenhado em suas obras relevantíssimas contribuições teóricas para a consolidação da presunção de inocência, por outro lado, enrijeceram e justificaram o instituto da prisão preventiva³¹².

Para o italiano, a legitimação do encarceramento preventivo pelo liberalismo clássico, após o “retrocesso autoritário e inquisitorial”, teria se consolidado definitivamente nos ordenamentos e cartas constitucionais europeias tendo, porém, ocorrido a primeira grande perversão do instituto com a Escola Positiva italiana, sobretudo com Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, herdeiros do positivismo criminológico e que discordavam da lógica da presunção de inocência, exigindo o primeiro prisão preventiva obrigatória para crimes graves e o segundo modelos de justiça sumária e substancial, e, posteriormente, com Vinco Manzini, que julgava a qualificação da presunção de inocência ao posto de princípio como absurda e irracional tendo feito isso a partir de uma série de petição de princípios (v.g. hipervalorização da custódia cautelar, necessidade de manutenção do segredo da instrução processual, pressuposição de que a maior parte das pessoas que são penalmente imputadas são efetivamente culpados etc.), vindo posteriormente a ser incorporada no *Codice Rocco* italiano de 1930³¹³ (interessante notar que a crítica garantista se assemelha bastante à criminológica, o que reforça a tese aqui defendida de se tratar de uma interessante ferramenta de contenção para as arbitrariedades aqui expostas).

³¹² Para Hobbes: “[...] os danos provocados pela autoridade pública sem condenação pública anterior não podem ser classificados como penas, mas como atos hostis, já que o fato pelo qual um homem é punido deve ser previamente julgado pela autoridade pública como transgressão da lei”, de modo que “A prisão se dá quando a autoridade pública priva alguém da liberdade, e pode ser imposta tendo em vista dois fins diferentes: um é a custódia segura do acusado; o outro, a aplicação de uma penalidade ao condenado. No primeiro caso, a prisão não é uma pena, pois ninguém pode ser aprisionado antes de ser judicialmente ouvido e declarado culpado” (HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009, pp. 219-221). De modo semelhante, Beccaria defendia a hipótese de restrição de liberdade tão apenas em caso de necessidade real (v.g. perigo de fuga e proteção de provas) e assim dizia: “Un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può toglierli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch’egli abbia violati i patti coi quali le fu accordata” (BECCARIA, *Dei Delitti...*, 1973, p. 39. “Um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode tolher-lhe a proteção pública senão quando seja decidido que ele violou os pactos com os quais ela foi instituída” [tradução livre]).

³¹³ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, pp. 560-561.

A *crise* relativa às prisões preventivas, pode ser apontada na legitimação decorrida durante a liberalismo (princípio da excepcionalidade) que, porém, foi exasperada com o positivismo criminológico e violentamente afrontada a presunção de inocência, e então, passou a assim ser admitida e não contestada nos ordenamentos jurídicos europeus e, então, latino-americanos. Não é à toa que para Julio C. Castro³¹⁴ a prisão preventiva não seria outra coisa senão a mordenização, com um novo nome, da *lettre-de-cachet* (espécie de carta na qual o rei, no *Ancien Regime*, ordenava a prisão sem julgamento, exílio ou banimento dos considerados indesejáveis) instituto estranho aos princípios constitucionais e que, não obstante, permanece entranhado e administrando sofrimentos e mortificações de cidadãos.

Em termos gerais, a despeito de seu esvaziamento ocorrido no último século, a presunção de inocência, ainda assim, deve ser entendida desde um duplo desdobramento, garantidor de *liberdade* e de *verdade*: (a) *regra de tratamento do imputado*, a partir da qual reforça-se a tese segundo a qual a liberdade é a regra e a prisão é a exceção; e (b) *regra de juízo*, a partir da qual o ônus da prova é órgão de acusação, não podendo ficar à cargo do acusado, cabendo, por isso mesmo, sentença absolutória em caso de dúvida³¹⁵.

Contrariando a legitimação realizada pelo movimento liberal clássico, e confirmando sua reconstrução epistemológica crítica daquele acúmulo teórico, Ferrajoli é taxativo ao asseverar que a admissão do princípio da prisão *ante iudicium* (encarceramento sem condenação), independentemente de qual fim ao instituto da prisão preventiva queira se atribuir, “[...] contraddice alla radice il principio di giurisdizionalità: che non consiste nel poter essere arrestati solo per ordine di un *giudice*, ma nel poterlo essere solo sulla base di un *giudizio*”³¹⁶.

Não é à toa que, desde os pontos de vista externo (critérios de lógica e de justiça) e interno (controle de constitucionalidade), Ferrajoli é um ávido defensor do fim das prisões preventivas ou, se se preferir, de sua desnaturalização. Para o italiano, o imputado teria o direito pleno de responder ao processo em liberdade em vista de sua condição de cidadão, bem como teria as condições devidas, ainda presumidamente inocente, de se defender.

Ferrajoli propõe que, ao menos até primeiro grau, a prisão preventiva seja suprimida, por dois motivos fundamentais: (a) *dignidade de cidadão*, presumidamente inocente, devendo

³¹⁴ CASTRO, Julio C. ¿La prisión preventiva es una “Lettre-de-cachet” moderna? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 8, n.º. 14, pp. 545-570, 2002.

³¹⁵ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*..., 2011, p. 561.

³¹⁶ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*..., 2011, p. 566. “[...] contradiz na raiz o princípio de submissão à jurisdição, que não consiste na possibilidade de tenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de sê-lo só com base em um *juízo*” (tradução livre).

assim ser efetivamente tratado, e (b) *necessidade processual*, para que possa melhor se defender e esteja em paridade de armas com o órgão de acusação³¹⁷.

A Constituição brasileira, no entanto, a partir de vários dispositivos, impossibilita se pensar na abolição das prisões preventivas pois vislumbra a hipótese do encarceramento sem condenação. Não obstante, desde o ponto de vista da proteção do mais débil pela tutela dos direitos e garantias constitucionais, é possível seguir os elementos da crítica garantista e propor verdadeira política de redução de danos aplicada ao encarceramento preventivo, buscando ao tensionar as hipóteses legais autorizadoras, a refutação dos requisitos legais e, por via de consequência, a desnaturalização de sua patológica aplicação.

3.4.3 Refutação das hipóteses legais autorizadoras do encarceramento preventivo: possibilidade concreta de recepção das teses garantistas para o Brasil

Ana Cláudia Bastos de Pinho³¹⁸ designa o indiscriminado uso de prisões preventivas como sendo, talvez, o *problema mais sério do sistema carcerário brasileiro*. Segundo a penalista paraense, a despeito de desde 2011 a legislação brasileira adotar um sistema polimorfo de medidas cautelares alternativas à prisão – mecanismo legal de reforço da excepcionalidade do aprisionamento preventivo –, a permanência da “garantia da ordem pública”, sob a lógica da aceleração e da necessidade de se dar uma resposta imediatista ao problema da violência, permite a manipulação retórica em vista de sua vagueza semântica e, por conseguinte, a autorização de prisões pelos mais diversos “fundamentos”, confirmando a manutenção de uma cultura inquisitiva e de uma política criminal defensivista, eficientista e punitivista, ainda que, para tanto, ignore-se por completo a teoria da cautelaridade em prisões provisórias e tenha-se que, em última análise, pagar o preço, constitucional e convencional, pela violação de direitos humanos relativos à pessoa privada de liberdade sem sentença condenatória, sobretudo a presunção de inocência, afinal, a regra, atesta-se, não é outra senão a do cárcere.

Neste sentido, diante da literatura crítica sobre a problemática, Perfecto André Ibáñez³¹⁹ reconhece Luigi Ferrajoli como o autor que tem levado a crítica ao instituto das prisões preventivas até as suas últimas consequências, ressaltando não apenas a inconsistência lógica do instituto, mas, sobretudo, a fragilidade técnico-jurídica das argumentações utilizadas

³¹⁷ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, pp. 570-571.

³¹⁸ Cf. PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Una mirada a la situación de la prisión preventiva en la región. *Reunión Regional de Expertos sobre Prisión Preventiva* – Comisión Interamericana de Derechos Humanos/OEA, Washington D.C., 2013.

³¹⁹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de inocencia y prisión sin condena. *Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, año 9, nº. 13, ago., 1997, p. 11.

para fins de legitimação do encarceramento preventivo de um absurdo número de cidadãos na realidade cotidiana das agências judiciais.

Desde o frontispício garantista, resgatando problematização iniciada por Manzini no processo penal italiano, Ferrajoli busca tensionar a pretensa legitimidade do encarceramento preventivo, sempre partindo do primado da liberdade do imputado, tendo como base suas justificações legais, no norte da seguinte indagação: a custódia preventiva é, de fato, uma *injustiça necessária* ou se resume a um instituto inquisitório que desqualifica a situação do acusado numa condição de inferioridade, sujeito à uma “pena exemplar” e, acima de tudo, não obstante as declarações jurídicas em contrário, presumidamente culpado?³²⁰.

Para a análise garantista, ao investigar as “necessidades” que legalmente autorizariam a prisão sem condenação e que desde o liberalismo clássico são tidas como “progressistas” (*vide, v.g.* Cesare Beccaria), seriam três que, a despeito de se tratar de uma análise do ordenamento jurídico italiano, se conformam perfeitamente aos pressupostos autorizadores da legislação brasileira (afinal, inspirada no *Codice Rocco*): (a) finalidade de prevenção e defesa social (*garantia da ordem pública*); (b) o perigo de deterioração das provas (*conveniência da instrução criminal*); e (c) perigo de fuga do acusado (*garantia de aplicação da lei penal*).

Quanto ao requisito “a”, é preciso tensioná-lo com a presunção de inocência em si (ou presunção de não culpabilidade): é legítimo fazer uso da finalidade defensivista como critério da prisão preventiva? Enquanto para “b” e “c”, critérios que são claramente voltados para fins processuais, outra indagação deve, necessariamente, ser realizada: mesmo as finalidades estritamente cautelares e relativas ao devido desenrolar dos atos processuais são legítimas – isto é, efetivamente necessárias e não meramente convenientes – para justificar o decreto de prisão preventiva? Ou, dizendo de outro modo: não existem mecanismos menos danosos à liberdade do investigado/acusado para se conseguir estes respectivos fins?

(a) *Garantia da ordem pública*. Se desde *a priori* existe tensão entre o princípio da presunção de inocência e a custódia cautelar, este requisito (prevenção e defesa social) é identificado por Ferrajoli como o motivo autorizador da captura do investigado/acusado no qual ficam explícitos o arbítrio e o exercício da força estatal, afinal, “irremediavelmente policialesco” e revelador de seu caráter de “medida de prevenção” e “defesa social”.

Desde seu juízo de aplicabilidade, o julgador penal busca auferir a “periculosidade” do indivíduo, realizando, inevitavelmente, pré-juízos e espécies de futurologias relativos à pessoa do acusado, pessoa que pretensamente, se posta em liberdade, representaria um grande perigo

³²⁰ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 566.

à ordem social pois destinada ao cometimento de novos delitos (e se ele irá cometer *novos* delitos, quer dizer que aquele pelo qual responde o processo já é tido como realizado e vinculado à sua pessoa – juízo de mérito condenatório antes mesmo sequer de uma sentença judicial), assim, inevitável constatar:

È chiaro che un simile argomento, facendo pesare sull'imputato una presunzione di pericolosità basata unicamente sul sospetto del commesso reato, equivale di fatto a una presunzione di colpevolezza; e che inoltre, assegnando alla custodia preventiva le medesime finalità oltre che lo stesso contenuto afflittivo della pena, vale a privarla di quell'unica foglia di fico rappresentata dal sofisma secondo cui essa sarebbe una misura 'processuale', o 'cautelare' e comunque 'non penale', anziché un'illegittima *pena senza giudizio*³²¹.

Resultado desta abordagem preventivo-defensivista associada à prisão preventiva, a tutela cautelar cumpriria duas funções essencialmente policiais: (a.1) *pena antecipada*, afinal, enquanto medida de defesa social mais eficaz, primeiro se pune e depois se processa ou, se processa punindo, configurando verdadeira pena informal, e (a.2) *inquisitória*, afinal, sob uma perspectiva intimidativa, a captura do indivíduo também funciona como forma de obtenção, mediante pressão, da confissão ou da colaboração investigativa do suspeito³²². Do ponto de vista do garantismo, trata-se, portanto, de um requisito taxativamente incompatível e juridicamente injustificável diante do princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, CR) sendo, à rigor, inconstitucional.

Além de exercer a presunção de culpabilidade via graduação de “periculosidade”, para Odone Sanguiné³²³, enquanto verdadeira pena antecipada e cumprindo fins reais de prevenção geral e especial exclusivos à pena, também por ser uma afronta aos princípios constitucionais da legalidade da repressão (*nulla coactio sine lege*), em vista de as normas que autorizam a prisão devem ter motivos taxativamente previstos e, se abertas, devem ser sempre interpretadas *in bonam partem* em vista da regra da liberdade, e proporcionalidade, por ausência de controle do desvio do poder e vulneração da proibição do excesso punível.

(b) *Conveniência da instrução criminal*. Este requisito, consubstanciado no perigo de deterioração das provas, não deve ser confundido com o interrogatório e a obtenção de confissão do investigado, afinal, o interrogatório – do ponto de vista garantista – deve servir

³²¹ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, pp. 563-564. “É claro que um argumento como esse, fazendo pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita da conduta delitativa, equivale de fato a uma presunção de culpabilidade; que, além disso, atribuindo à prisão preventiva as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo aflitivo da pena, serve para privá-la daquele único argumento representado pelo sofisma segundo o qual ela seria uma medida 'processual', 'cautelare' ou até mesmo 'não penal', ao invés de uma ilegítima pena sem juízo” (tradução livre).

³²² FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 809.

³²³ SANGUINÉ, *A inconstitucionalidade do clamor...*, 2003, pp. 117-119.

como forma de defesa (caso o indivíduo e sua defesa assim o queiram, pois não se trata de uma necessidade ou direito da acusação), do sujeito de direitos suspeito, e não como forma de obtenção de verdade do “objeto” investigado. É que, para Ferrajoli, a coercitividade imposta a este tipo de interrogatório não apenas seria desnecessária, como ilegítima.

Por mais que se trate de um fundamento compatível com a teoria da cautelaridade, também não se presta compatível com a presunção de inocência, pois se está a realizar pré-julgamento, um pré-juízo de uma conduta futura do acusado. Ocorre que, para que as provas, efetivamente, não sejam de algum modo deterioradas, é a prisão um meio eficaz, o único meio eficaz ou, por fim, o meio eficaz menos danoso possível? Obviamente que não.

Assim, é que ao invés da custódia cautelar, visando a realização do fim de tutela probatória, propõe o jusfilósofo italiano (b.1) a simples condução coercitiva do imputado perante o juiz e (b.2) sua detenção por tempo breve e necessário para que seja interrogado em audiência preliminar. Deste modo, a adoção de uma medida deste gênero, produziria uma

[...] limitazione della libertà personale incomparabilmente più breve della custodia preventiva, avrebbe minore risonanza pubblica, e non produrrebbe, o almeno ridurrebbe, quegli infamanti e diffamanti dell'azione penale che rappresentano oggi uno degli aspetti (extra-legali ed extra0giudiziari) più umilianti e afflittivi dell'intero sistem punitivo³²⁴.

No que se refere ao risco para testemunhas e vítimas – outra circunstância presente neste requisito para o processo penal brasileiro –, Aury Lopes Jr. realiza uma interessante análise:

[...] uma boa alternativa é o disposto nos incisos II, III e V do art. 319 do CPP, a saber, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de manter contato com a pessoa determinada e o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga. Além disso, o monitoramento eletrônico (art. 319, IX) também resolveria o problema com um custo (social e econômico) infinitamente menor³²⁵.

(c) *Aplicação da lei penal*. Materializada no perigo de fuga do acusado, este fundamento autorizador do decreto preventivo também subjaz na presunção de uma conduta do acusado contrária ao devido desenrolar processual. Para Ferrajoli o argumento não é outra coisa senão mera circularidade. A sua tese é a seguinte: o que gera o perigo da fuga não é o medo da pena, mas o medo da prisão preventiva; a prisão provisória prevista a ser aplicada ao

³²⁴ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, p. 568. “[...] limitação da liberdade pessoal incomparavelmente mais breve que a da custódia preventiva, terá menos repercussão pública e não produziria, ou pelo menos reduziria, aqueles efeitos da ação penal difamatórios e infamantes que representam hoje um dos aspectos (extralegais e extrajudiciais) mais humilhantes e aflitivos de todo o sistema punitivo” (tradução livre).

³²⁵ LOPES JR., *Prisões...*, 2013, p. 121.

caso é que seria a principal responsável por trazer este risco ao rito de cognição, e se ela não existisse, existiriam grandes probabilidades de o réu não querer fugir até a data de sua sentença condenatória, afinal, seu interesse maior seria em se defender.

Quatro são os argumentos centrais³²⁶: (c.1) na atualidade das sociedades informatizadas, não bastaria uma vigilância mais intensa à pessoa do acusado? (no caso brasileiro, a tornozeleira eletrônica, a despeito das críticas que possa sofrer, aparece como medida cautelar bastante propícia para esta hipótese); (c.2) A opção pela fuga já é uma pena pois força o acusado a se manter clandestino, oculto e furtivo (Ferrajoli a assemelha à *acqua et igni interdictio* romana³²⁷); (c.3) Se com a fuga, deixa-se de haver rastros do indivíduo perante as autoridades, isto implica dizer que a pretensa função neutralizadora e tranquilizadora perseguidas pela prisão já teria cumprido seu papel; e, (c.4) O perigo de fuga é diretamente proporcional à rigidez das penas, logo, é preciso mitigá-las, o que acaba por favorecer a supressão da prisão preventiva.

Dessarte, é imprescindível que o juiz saiba utilizar as medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 do CPP, especialmente aquelas constantes nos incisos I, IV, V e IX (comparecimento periódico em juízo, proibição de ausentar-se da comarca ou país, recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga e monitoração eletrônica). Tais medidas cautelares diversas, aplicadas de forma isolada ou cumulativa, conforme a situação exija, podem muito bem atingir o mesmo escopo sem o imenso custo social e individual de uma prisão preventiva³²⁸.

Em sentido semelhante, adotando o referencial garantista de base, Camile Eltz de Lima propõe dois desafios a serem enfrentados pelos julgadores penais comprometidos com os projetos constitucional e democrático, frente ao juízo de aplicabilidade (ou não), buscando restringir mais ainda as hipóteses de decretação de prisões preventivas em casos concretos:

Neste particular, sustentamos a ideia de que mesmo que se façam presentes os pressupostos autorizadores da medida, deve o juiz, antes de decretá-la, analisar com cautela o processo e projetar seu desfecho (sem, contudo, realizar juízo de culpabilidade), verificando eventual prescrição (projetada) e, na hipótese de juízo condenatório, se não caberá aplicação de pena alternativa, *sursis* ou regime não segregador. Se qualquer uma dessas hipóteses ocorrer – não obstante a possibilidade de absolvição –, tal prisão mostrar-se-á completamente injustificável. Por outro lado, entendemos igualdade necessária a adoção de uma política criminal mais comprometida com o ordenamento constitucional para evitar o uso automático da

³²⁶ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione...*, 2011, pp. 569-570.

³²⁷ Ou *aquae et igni interdictio*, trata-se de uma medida que era utilizada na Roma, cujo objetivo principal era, por via da punição, privar a pessoa de sua condição de cidadão, passando a serem considerados responsáveis pela prática de certo crime grave e, portanto, tidos como indignos para continuarem a viver conforme as exigências da sociedade.

³²⁸ LOPES JR., *Prisões...*, 2013, p. 124.

preventiva – fato que tem ocorrido na realidade brasileira com bastante frequência –, principalmente quando adotadas para ‘garantir a ordem pública’, pois inconstitucional o fundamento³²⁹.

Diante dos argumentos, uma vez constatada a incompatibilidade da prisão preventiva com os axiomas garantistas do processo penal constitucionalizado, desde a explícita violação da presunção de inocência até seu resvalar nos princípios da ampla defesa, legalidade, proporcionalidade etc., as teses encampadas por Luigi Ferrajoli são perfeitamente plausíveis e, uma vez desenvolvidas a partir do ordenamento jurídico pátrio, podem ser concretamente incorporadas à realidade brasileira, possibilitando a problematização casuística dos critérios legais autorizadores da tutela penal preventiva (artigo 312, CPP) pelos atores do processo penal.

Enquanto agentes críticos do direito vigente, o que se refere ao requisito de “ordem pública” (e, subsidiariamente, “ordem econômica”), aventa ao julgador – motivado ou não pelas partes, afinal, deve agir *ex officio* por se tratar de questão constitucional e de ordem pública (aqui, no melhor sentido) – realizar o devido *controle incidental de constitucionalidade*³³⁰ em vista de se tratar de tarefa fundamental de uma perspectiva crítica do positivismo (legalidade estrita, e não meramente formal) em conformidade com legitimação substancial dos atos do poder judiciário à luz de uma democracia substancial.

No que se refere aos requisitos verdadeiramente cautelares, garantia de aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal, fundamental atentar que o julgador penal, desde o primado da presunção de inocência, numa perspectiva efetivamente garantidora dos direitos do investigado/acusado, à luz da “lei do mais fraco”, dispõe na atualidade do processo penal brasileiro, de um rol de medidas cautelares diversas da prisão à sua disposição no momento em que avalia a presença ou não dos requisitos da prisão preventiva a ser decretada ou mantida.

Age de modo antigarantista o juiz que decide decretar uma prisão sem enfrentar, uma por uma, as medidas cautelares diversas, pois, deste modo, não explicita porque a aplicação

³²⁹ LIMA, Camile Eltz de. A “garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva: (In)constitucionalidade à luz do garantismo penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n.º. 11, 2003, p. 156.

³³⁰ “Diz-se controle *incidental* ou *incidenter tantum* a fiscalização constitucional desempenhada por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição. É o controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. Tecnicamente, a questão constitucional figura como *questão prejudicial*, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio. A declaração incidental de inconstitucionalidade é feita no exercício normal da função jurisdicional, que é a de aplicar a lei contenciosamente” (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49).

de alguma(s) dela(s) (de modo cumulativo ou não)³³¹ seriam incompatíveis com os fins que se declara alcançar com o encarceramento do indivíduo (afastadas as hipóteses de ordem pública porque, como incisivamente defendido, inconstitucionais...). Conforme se acredita e se sustenta, tais medidas podem, sim, corresponder às exigências da cautelaridade conforme o objetivo pretendido no processo, sendo este um juízo de análise e adequação a ser realizado no caso sob análise a partir da garantia de direitos tendo como norte a regra da liberdade. Isto, tão apenas quando, vale dizer, a liberdade plena em si não puder ser concedida. É preciso que fique claro: o juiz garantista não pode decretar uma prisão cautelar se a ele sempre estão disponíveis outros mecanismos diversos para tutela processual! Esta é a regra!

Por fim, há de se citar o papel das audiências de custódia que, por força de expressa vontade convencional (Convenção Americana de Direitos Humanos³³²), exige que as pessoas presas em flagrante delito devem ser apresentadas no menor espaço de tempo perante um juiz e, logo, ademais de constituir um direito reconhecido no plano interamericano, também pode funcionar como um reforço garantidor e potencializador da presunção de inocência, posto que os elementos de cautelaridade podem ser nela satisfeitos, de modo a reduzir cada vez mais a incidência de decretos preventivos sem qualquer racionalidade jurídica sustentável, amenizando, então, os danos e graves violações de direitos humanos decorrentes do gravíssimo problema que é a funcionalidade pervertida deste instrumento de controle social desigual.

³³¹ À forma do artigo 282, §1º, do CPP, as medidas cautelares podem ser aplicadas cumulativa ou isoladamente.

³³² “Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal. 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

NOTAS CONCLUSIVAS

Desde os horizontes de compreensão e análise próprios de um jurista, estas linhas buscaram traçar um *panorama geral* e um *específico* sobre a realidade do sistema penal brasileiro, com a finalidade de abordar um delimitado *problema*, propondo pensar sua *real dimensão de significado* e, a partir disso, tentar auferir *estratégias de enfrentamento* da questão problematizada, visando, em última análise, elaborar, criticamente, táticas ou chaves de leitura direcionadas a conter ao máximo a possibilidade de incidência do poder punitivo e do encarceramento e, em contrapartida, com o fim último de ampliar liberdades e salvar vidas.

Por panorama geral, teve-se todo o esforço empregado na tentativa de “radiografar”, desde a realidade marginal latino-americana, a atuação das agências do sistema penal brasileiro, tensionando os compromissos assumidos dos pontos de vista legal, constitucional e internacional, responsáveis por forjar a sua programação oficial (proteção de direitos humanos e controle da criminalidade), com sua operacionalidade real, sob o auxílio de instrumentos empíricos de investigação (dados, estatísticas e gráficos consolidados por órgãos oficiais), corroborando, irrefutavelmente, que a lógica punitiva presente na mecânica funcional cotidiana, sob o pretexto de salvaguardar valores públicos fundamentais (bens jurídicos), alenta violência institucionalizada que reverbera na contraditória e indefensável *inversão dos direitos humanos* (v.g. legitimação da violência policial, seletividade discriminatória, genocídio em andamento, grande encarceramento etc.), da qual sua deslegitimação é terreno de qualquer análise.

Quanto ao panorama específico, buscou-se problematizar o objeto de análise desta dissertação: o privilegiado lugar ocupado pelas prisões preventivas no contexto de um dos principais e mais graves problemas do sistema penal brasileiro, vale dizer, o grande encarceramento, que atualmente direciona o país para o posto de possuidor da quarta maior população carcerária absoluta no *ranking* global, sendo, desta totalidade, 41% de pessoas presas sem condenação (presos provisórios) – conclusão das últimas pesquisas oficiais realizadas ao tempo da investigação (dados do Ministério da Justiça, via INFOPEN de 2014).

Assim, uma vez justificado o recorte, fez-se estudo empírico a partir da metodologia de análise quantitativa e qualitativa das decisões judiciais do ano de 2015, em matéria de prisões preventivas em sede de *habeas corpus*, junto às Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, julgados referentes à todas as comarcas estaduais.

Do ponto de vista quantitativo, ao conjugar os dados da Superintendência do Sistema Penitenciário do Estado do Pará (SUSIPE) com os do Departamento Penitenciário Nacional

(DEPEN), concluiu-se que a realidade do encarceramento paraense espelha a realidade nacional, seja no que se refere ao perfil de pessoas encarceradas (em sua grande maioria, jovens, negros, pobres e sem instrução educacional formal), seja quanto ao perfil de delitos (tráfico de entorpecentes, roubo majorado e homicídio, despontam nas três primeiras posições). Confirmando-se, ainda, a ascendência contínua da população carcerária paraense, tal qual a brasileira, nos últimos anos, sobretudo a partir da reformatação do regime de medidas cautelares após o advento da Lei nº. 12.403/11.

Quanto à aplicação das prisões preventivas no contexto do ano investigado, verificou-se que, de um total de 765 decisões analisadas, os desembargadores mantiveram as prisões preventivas em pelo menos 86% dos casos, com 99,34% de unanimidade de votos, confirmando ser a tutela penal preventiva a regra, e não a exceção, a despeito do que reclama a Constituição. Ademais, verificando-se que deste total, 60% das decisões apresentaram como fundamento legal a ordem pública, 23,6% (245), a garantia de aplicação da lei penal e 16,3% (169), a conveniência da instrução criminal (a ordem econômica foi utilizada em apenas uma decisão, equivalente a 0,1% do total de decisões estudadas), não raro, a partir da conjugação dos conjugados.

Do ponto de vista qualitativo, a partir da seleção de três decisões-tipo (modelos decisórios), representativas de um conjunto de fundamentações ou da reiterada forma de se julgar os tipos penais pelos quais mais se encarcera no Estado do Pará (roubo majorado, tráfico de entorpecentes e homicídio), buscou-se enfrentar o instituto das prisões preventivas desde duas perspectivas: (a) do ponto de sua *aplicabilidade judicial*, tendo-se trabalhado, para tanto, o referencial teórico da *criminologia crítica*, sobretudo a partir de autores latino-americanos, e (b) do ponto de vista de sua *fundamentação legal*, o instrumental teórico do *garantismo* desenvolvido na obra de Luigi Ferrajoli.

A criminologia crítica foi desenvolvida através da perspectiva dos modelos integrados de ciências criminais, demonstrando-se, a partir das grandes narrativas sobre a questão criminal, sua insurgência nos contextos sociopolíticos das décadas de 60 e 70, nos Estados Unidos e na Europa, vindo, posteriormente, a ser “traduzida” para a América Latina e Brasil, essencialmente como saber crítico dos postulados criminológicos do positivismo, denunciando, sobretudo a partir do *labelling*, os processos de criminalização e o exercício do controle social desigual.

Da análise das três decisões selecionadas, ao contrário do discurso declarado de cautelaridade presente na noção geral de prisão cautelar, a crítica criminológica, entendida enquanto crítica da dogmática jurídico-penal, desvelou que o uso das prisões preventivas é um

mecanismo ótimo para o exercício do controle social da exclusão, a partir de três realidades discursivas circunstanciadas sob o fundamento de prisão para fins de garantia da ordem pública: (a) a de caráter antecipadora de pena, ao pretender utilizar a prisão preventiva como mecanismo de neutralização de indivíduos e contenção/prevenção da criminalidade, numa nítida confusão entre prisão provisória e prisão definitiva; (b) de cunho equivalente ao positivismo criminológico, ao empregar a categoria da “periculosidade”, viabilizando o uso de um direito penal do autor para justificar o aprisionamento sem condenação de “inimigos”; e, por fim, (c) de pretensão de defesa social, isto é, uso da ideologia “do fim” nesta ferramenta processual como forma de proteção da sociedade contra o crime, alijando-se por completo a ideia de proteção dos atos processuais. É dizer, conteúdos que possuem especificidades próprias, mas que, ao fim e ao cabo, se confundem ou se somam.

O uso do garantismo, por sua vez, foi consequente às análises criminológicas sobre o modelo oficial de ciências criminais e a atuação das agências do sistema penal diante dos processos de criminalização. Ao resgatar as primeiras formas de garantismo até a proposta de reconstrução epistemológica de Ferrajoli, situou-se a questão desde o plano criminológico, percebendo a teoria garantista como um modelo de minimalismo, ao mesmo tempo legitimador (utilitarismo penal reformado) e deslegitimante (teoria crítica contestatória dos atos de poder e legitimação *a posteriori*), decorrente das pautas positivas da criminologia (políticas criminais alternativas).

Uma vez apresentados os principais elementos do seu corpo teórico, suscitando a relação do garantismo com a Constituição e a democracia, a crítica ao paleopositivismo e finalidade última de proteção intransigente de direitos e garantias fundamentais do cidadão à forma da lei do mais fraco, realizou-se a abordagem garantista do princípio da presunção de inocência, condição da submissão à jurisdição e uma das bases fundamentais do modelo SG, apresentando a visão de Ferrajoli sobre o processo penal cautelar e, ao fim, realizando a crítica aos fundamentos legais da prisão preventiva, presentes em *Diritto e Ragione* e que, apesar de se referir ao contexto italiano, o CPP brasileiro é uma clara representação de uma “tradução” do *Codice Rocco*, cujos requisitos são muito semelhantes.

Dessa forma, uma vez aplicada a teoria de Ferrajoli, sobretudo tendo-se como norte a presunção constitucional de inocência (artigo 5º, inciso LVII, CF), verificou-se, sobretudo com o advento do novo regime de cautelares, que *o julgador penal possui condições suficientes de desnaturalizar os fundamentos legais da prisão preventiva*. Se na atualidade a prisão é a regra, ao assumir seu papel democrático de cumprir a Constituição e tutelar direitos e garantias do mais débil no processo criminal, pode, muito bem, por via do controle

incidental, reconhecer a inconstitucionalidade da ordem pública, visto se tratar de fundamento aberto ao arbítrio e ao decisionismo, mas sobretudo por reforçar o antidemocrático caráter da vazão dada às hipóteses de antecipação de pena (confusão com a prisão definitiva), atribuição positivista de “periculosidade” a determinados indivíduos (medida de segurança) e uso do instituto como mecanismo de proteção da sociedade contra o crime (defesa social).

Quanto aos demais requisitos (excluindo-se a situação de ordem econômica, em vista de sua ínfima aplicação), apesar de efetivamente se referirem à situações de cautelaridade, Ferrajoli demonstrou não se tratar de justificativa suficiente para autorizar a aplicação de uma prisão provisória, daí sugerir todas as medidas alternativas apontas no texto, a exemplo das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, do CPP. A prisão preventiva, assim, passa a ser severamente contestada e problematizada, perdendo sua atual “condição de naturalidade”.

Por fim, a tese aqui formulada não possui quaisquer pretensões de se constituir como uma “grande narrativa”, direcionando o que deve exatamente ser feito pelos atores do processo penal no cotidiano forense. A figura do “jurista crítico” aqui abordado, enquanto um cultor da problematização do direito vigente, em nada aspira um “código de conduta”, cujo intento seria o de vontade de universalidade. Pelo contrário. Ao longo do trabalho, não apenas buscou-se exatamente esclarecer que devido aos rumos tomados pela criminologia contemporânea diversas foram as suas manifestações político-criminais, sendo todas alternativas possíveis e passíveis de vícios e virtudes, quanto ao próprio garantismo que, antes mesmo de se chegar à conclusão de sua viabilidade, foram desenvolvidas críticas contundentes, da mesma forma em que foram destacadas outras críticas realizadas em outros planos diversos do analisado neste trabalho.

A conclusão central é a de que, no que se refere ao específico problema das prisões preventivas, o garantismo, uma vez aplicado desde o ponto de vista crítico da “lupa criminológica”, é, sim, no contexto do processo penal brasileiro atual, um caminho possível e viável para a realização de um projeto político-criminal de redução de danos, cuja utilização pode trazer interessantes respostas intra-sistêmicas e a curto prazo, afinal, pelo menos no que se refere à atuação cotidiana dos juristas em processos criminais, seria pedir muito de quem está encarcerado, sob o manto da razão inquisitorial, em um sistema que mata, que exclui, que discrimina e viola as mínimas condições de humanidade próprias do ser humano, que esperasse enquanto soluções macrossistêmicas tem por serem feitas.

A vida urge! Vamos resistir...

REFERÊNCIAS

- ABATH, Manuela. *Julgando a Liberdade em Linha de Montagem*: Um estudo etnográfico do julgamento dos *habeas corpus* nas sessões das câmaras criminais do TJPE. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2012.
- ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- AMBROGIO, Stefano. *Compendio di Diritto Processuale Penale*. 5ª ed. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2012.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica*: Escorço de sua configuração e identidade. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: Mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Sequência*, Florianópolis, v. 30, pp. 24-36, 1995.
- _____. Flagrando o flagrante na mão furtiva dos pobres: corpos encarcerados, biografias maculadas por xampus, condicionadores, desodorantes, capim... In: BARRETO, Fabiana Costa Oliveira Barreto. *Flagrante e Prisão Provisória em casos de Furto*: Da presunção de inocência à antecipação de pena. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- _____. Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). *Fraturas do Sistema Penal*. Porto Alegre: Sulina, 2013.
- _____. *Pelas Mãos da Criminologia*: O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.
- ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho!* Homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal*: A prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Tomo II. 2ª ed. Rui de Janeiro: Elsevier, 2009.
- BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? A cura di Victor Sancha Mata. *Dei Delitti e Delle Pene*, Torino, n. 1, pp. 52-81, 1991.
- _____. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002.

_____. Criminología y Dogmática Penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. *Papers: Revista de Sociología*, Barcelona, nº 13, pp. 13-48, 1980.

_____. Prefácio. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão da Segurança Jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. ¿Tiene futuro la criminología crítica? Reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales y la interdisciplinariedad externa. In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto: Da presunção de inocência à antecipação de pena*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BARRETO, Tobias. Fundamento do Direito de Punir. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, José João Caldeira. Reconstrução da Dogmática Jurídica. *Sequência*, Florianópolis, nº 10, pp. 19-27, ago., 1985.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Sulfurosas marginalizações. *Revista de História*, São Paulo, nº 160, pp. 389-393, 1º semestre de 2009.

BECCARIA, Cesare. *Dei Delitti e Delle Pene*. Milano: Letteratura Italiana Einaudi, 1973.

BECKER, Howard. *Outsiders: Studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1963.

BOBBIO, Norberto. O modelo jusnaturalista. In: BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986.

_____. Prefazione. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del garantismo penal*. 10ª ed. Roma: Laterza, 2011.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. La criminología. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan; MIRALLES, Tereza (org.). *El Pensamiento Criminológico: Un análisis crítico*. Vol. I. Bogotá: Temis, 1983.

_____; MALLARÉ, Hernán Hormazábal. Pena y Estado. *Papers: Revista de Sociología*, Barcelona, v. 13, 1980.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; SALAZAR UGARTE, Pedro (Coord.). *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2009.

CARRANZA, Elías (coord.). *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*. México: Siglo XXI/ILANUD/IRW, 2009.

_____. Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa. *Jueces para la Democracia*, Madrid, nº 26, pp. 81-88, 1996.

_____. Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? *Anuario de Derechos Humanos*, nº 8, pp. 31-66, 2012.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Como (Não) se Faz um Trabalho de Conclusão: Provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito (especialmente das Ciências Criminais)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: O exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Pena e Garantias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: Fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASTRO, Julio C. ¿La prisión preventiva es una “Lettre-de-cachet” moderna? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 8, nº. 14, pp. 545-570, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005.

_____. Derechos Humanos, Modelo Integral de la Ciencia Penal y Sistema Penal Subterráneo. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*. Buenos Aires: Depalma, pp. 233-247, 1984.

_____; CODINO, Rodrigo. *Manual de Criminología Sociopolítica*. Buenos Aires: Ediar, 2013.

CERQUEIRA, Daniel et al. *Mapa da Violência 2016: Nota técnica nº. 17*. Brasília: IPEA/FBSP, 2016.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Washington: OEA, 2013.

_____. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. Washington: OEA, 2011.

CONDE, Miguel. Vera Malaguti discute o “grande encarceramento”. *O Globo*, Rio de Janeiro, 18 dez. 2010. Disponível em: <http://blogs.oglobo.globo.com/prosa/post/vera-malaguti-discute-grande-encarceramento-350304.html>. Acesso em: 29 mar. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiências de Custódia*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em 03 abr. 2016.

_____. *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. Brasília: CNJ, 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, pp. 163-198, 1998.

_____. Lei nº 12.403/2011: Mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, nº 223, p. 4, jun., 2011.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro Renovar, 2001.

_____. O papel do pensamento economicista no Direito Criminal de hoje. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 31, pp. 37-49, 1999.

DE FOLTER, Rolf. S. Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. In: AAVV. *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: Ediar, 1988.

DEL FRATE, Paolo Alvazzi; SERGES, Giuliano. Garantismo e inquisizione. Considerazioni sulla giustizia criminale in età moderna. In: CAVINA, Marco (a cura di). *La giustizia criminale nell'Italia moderna (XVI-XVIII sec.)*. Bologna: Pàtron Editore, 2012.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

DURKHEIM, Émile. Le crime, phénomène normal. *Déviance et criminalité*, Paris, Librairie Armand Colin, 1970.

FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. *Discursos Sediciosos: Crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, pp. 31-39, nº. 12, 2002.

_____. *Democracia y Garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

_____. *Derechos y Garantías: La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2010.

_____. *Diritto e Ragione: Teoria del garantismo penal*. 10ª ed. Roma: Laterza, 2011.

_____. El Derecho Penal Mínimo. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir.). *Prevención y Teoría de la Pena*. Santiago de Chile: Jurídica ConoSur, 1995.

_____. Il diritto penale minimo. *Dei Delitti e delle Pene*, Bari, n.º. 3, pp. 493-524, 1985.

_____. “Magistratura Democratica” y el ejercicio alternativo de la función judicial. In: YBAÑEZ, Andrés (Org.). *Política y Justicia en el Estado capitalista*. Barcelona: Fontanella, 1978.

_____. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Trad. Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: Um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: FBSP, ano 9, 2015.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2001.

_____. «Les intellectuels et le pouvoir» entretien de Michel Foucault avec Gilles Deleuze». *L'Arc*, Aix-en-Provence, n.º. 49, 2e trimestre, 1972, pp. 3-10. Disponible à: <http://1libertaire.free.fr/MFoucault110.html>.

_____. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 25ª ed. São Paulo: Graal, 2012.

_____. *Nascimento da Biopolítica: Curso dado no Collège de France (1978-1979)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Vigiar e Punir: História da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramalhe. 40ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GALLARDO, Helio. *Teoria Crítica: Matriz e possibilidade de direitos humanos*. Trad. Patrícia Fernandes. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime. Las tensiones de una teoría, cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; SALAZAR UGARTE, Pedro (Coord.). *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2009.

GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

GIAMBERARDINO, André. *Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

- GIANNOTTI, José Arthur. *Marx além do Marxismo*. Porto Alegre: L&PM, 2009.
- GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal). *Notícias Forenses*, São Paulo, out. de 2004.
- GOMES, Marcus Alan de Melo. Uma epistemologia da política criminal racional e democrática. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al. (org.). *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- HERNÁNDEZ, Héctor H. *El garantismo abolicionista: Estudio sobre la Criminología crítica*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013.
- HINKELAMMERT, Franz. La inversión de los derechos humanos: El caso de John Locke. *Revista Pasos*, San José de Costa Rica, n. 85, set.-oct., pp. 20-35, 1999.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. 2ª ed. Niterói: LUAM, 1997.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *World Report: Events of 2014*. New York: HRW, 2015.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de inocencia y prisión sin condena. *Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, año 9, nº. 13, pp. 5-18, ago., 1997.
- INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. *World Prison Brief: Highest to lowest – prison population total*. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief>. Acesso em 27, dez., 2015.
- IPPOLITO, Dario. El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 30, pp. 525-542, 2007.
- _____. Garantismo. Un acostamento all'opera di Luigi Ferrajoli. *L'Acropoli: Rivista Bimestrale Diretta da Giuseppe Galasso*, anno IX, n. 1, 2008.
- _____. Itinerari del garantismo. *Videre*, Dourados, n. 6, pp. 53-67, jul./dez., 2011.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.
- JHERING, Rudolf Von. *La Dogmática Jurídica*. 2ª ed. Buenos Aires: Losada, 1946.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, nº 1, 1º sem., pp. 79-92, 1996.
- _____. *Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias*. Vol. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, Jacobus. *Malleus Maleficarum: El martillo de los brujos*. Trad. de Floreal Maza. Buenos Aires: Ediciones Orión, 1956.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna e Nelson Boeira. 12ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LARRAURI, Elena. Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. *Ius et Praxis*, Talca, año 4, nº 2, pp. 27-64, 1998.

_____. La economía política del castigo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 11, nº 6, 2009.

_____. *La herencia de la criminología crítica*. 2ª ed. México: Siglo XXI, 2009.

_____. Populismo punitivo... y como resistirlo. *Jueces para la Democracia*, nº 55, pp. 15-22, marzo., 2006.

LEMOS, Clécio. *Política Criminal no Brasil Neoliberal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

LIMA, Camile Eltz de. A “garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva: (In)constitucionalidade à luz do garantismo penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, nº. 11, pp. 148-161, 2003.

LISZT, Franz von. *A idéia de fim no direito penal*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Prisões Cautelares*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: Marxismo e Positivismo na Sociologia do conhecimento*. 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2013.

MARX, Karl. *O Capital: Crítica da economia política*. Livro I (o processo de produção do capital). Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MATZA, David. *Becoming Deviant*. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 2010.

MAYORA, Marcelo. Criminologia crítica e utopia anticarcerária. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 4, nº. 1, pp. 112-128, 2012.

MELOSSI, Dario. *El Estado del Control Social: Un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia*. México: Siglo XXI, 1992.

_____. È in crisi la “criminologia critica”? Saggio sul suo sviluppo, la situazione presente e una nuova prospettiva teorica. *Dei Delitti e delle Pene*, Bari, n. 3, pp. 447-470, 1983.

MORAIS, Rômulo Fonseca. Da visibilidade das violências protagonizadas à invisibilidade das violências sofridas: A juventude popular nas trincheiras. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, nº 273, pp. 4-5, ago. 2015.

MUÑOZ GONZALEZ, Luz. La criminología “radical”, la “nueva” y la criminología “crítica”: Matizaciones y precisiones en torno a sus nombres. *Eguzkilore*, San Sebastián, nº. 2, pp. 267-282, 1989.

NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos Ídolos ou Como se Filósofa com o Martelo*. 5ª reimpr. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLMO, Rosa del. *A América Latina e sua Criminologia*. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

_____. Criminología y Derecho Penal. Aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en América Latina. *Revista Doctrina Penal*, año 10, nº. 37, pp. 23-43, ene.-mar., 1987.

PASSETTI, Edson (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

PAVARINI, Massimo. Como resistir: Control social y saber crítico. *Capítulo Criminológico*, Maracaibo, nº. 22, pp. 33-61, 1994.

_____. *Control y Dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Trad. Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.

_____. El grotesco de la penología contemporánea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, nº 81, pp. 230-279, nov.-dez., 2009.

_____. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel mondo: Dalla 'ronda dei carcerati' al 'giromondo penitenziario'. *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Roma, n. 1-2, pp. 105-136, 2002.

_____. ¿Vale la pena salvar a la criminología? In: SOZZO, Máximo (coord.). *Reconstruyendo las Criminologías Críticas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Para Além do Garantismo: Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Una mirada a la situación de la prisión preventiva en la región. *Reunión Regional de Expertos sobre Prisión Preventiva – Comisión Interamericana de Derechos Humanos/OEA*, Washington D.C., 2013.

_____; GOMES, Marcus Alan de Melo. Impronúncia: Uma nódoa inquisitiva no processo penal brasileiro. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (coord.). *Ciências Criminais: Articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Relatório de Desenvolvimento Humano 2015: O trabalho como motor do desenvolvimento humano*. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15_overview_pt.pdf. Acesso em 31 mar. 2016.

QUEIROZ, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: Algumas observações críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, nº. 27, pp. 143-148, jul./set., 1999.

ROSA, Alexandre Morais da. Discurso Neoliberal e Estado Democrático de Direito. *Ciências Sociais Aplicadas em Revista – UNIOESTE*, Marechal Cândido Rondon, v. 8, nº 15, pp. 27-40, 2º sem. 2008.

_____. Processo Penal Eficiente? Não, obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo Penal Eficiente e Ética da Vingança: Em busca de uma criminologia da não violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSENMAN, Marcos Roberto Roitmann. Neoliberalismo. In: SADER, Emir; JINKINGS, Ivana (coord.). *Enciclopédia Contemporânea da América Latina e do Caribe*. São Paulo: Boitempo, 2006.

SÁNCHEZ, Ignacio González. Redefiniendo la pobreza y la penalidad: La formación del Estado neoliberal. *RES – Revista Española de Sociología*, nº 15, pp. 97-102, 2011.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Inversión Ideológica y Derecho Penal Mínimo, Decolonial, Intercultural y Antihegemónico. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). *Leituras de um Realismo Jurídico-Penal Marginal: Homenagem a Alessandro Baratta*. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica, 2012.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, nº. 10, pp. 113-119, 2003.

_____. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. O Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do Direito Penal desigual. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acesso em: 05, fev. de 2016.

SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA & SECRETARIA NACIONAL DE JUVENTUDE. *Mapa do Encarceramento: Os jovens do Brasil*. Brasília: Presidência da República, 2015.

SILVA, Adrian Barbosa e; ROSA, Alexandre Morais da. Notas sobre a crítica criminológica e o garantismo aplicado à decisão penal. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, ano 13, nº 18, pp. 59-74, jul./dez., 2015.

_____.; KOENIG, Vladimir. Prisões preventivas pervertidas: A gestão profética da punição no teatro processual. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, nº 279, pp. 13-15, fev. 2016.

SOZZO, Máximo. Bucear y rescatar (de Mead a Foucault): Notas sobre la noción de control social y la (re)construcción de un saber crítico sobre la cuestión criminal. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, B, pp. 519-539, 1999.

_____. ¿Más allá del neoliberalismo? Cambio político y penalidad en América del Sur. *Cuadernos del pensamiento crítico latinoamericano*, CLACSO, Buenos Aires, nº 23, 2ª época, pp. 1-4, mayo, 2015.

_____. “Traduttore Traditore”. Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina. In: SOZZO, Máximo (coord.). *Reconstruyendo las Criminologías Críticas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

SUÁREZ, Luisa Leal; PIRELA, Adela García. Criminología crítica y garantismo penal. *Capítulo Criminológico*, Maracaibo, v. 33, nº. 4, oct.-dic., pp. 429-444, 2005.

SUPERINTENDÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO DO PARÁ. *SUSIPE em Números*: Novembro de 2015. Belém: SUSIPE, 2015.

SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. *American Sociological Review*, American Sociological Association, Washington, February, volume 5, number 1, pp. 1-12, 1940.

SWAANINGEN, René van. Revirtiendo el giro punitivo. *Revista Derecho Penal*, año I, nº 1, pp. 259-292, mayo, 2012.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. Criminologia crítica na Inglaterra. Retrospecto e perspective. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. (Org.). *Criminologia Crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos & Sergio Tancredo. Rio de Janeiro Graal, 1980.

TRINDADE, André Karam. Revisitando o Garantismo de Luigi Ferrajoli: Uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 5, pp. 3-21, 2012.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. Trad. Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. Toward a dictatorship over the poor? Notes on the penalization of poverty in Brazil. *Punishment & Society*, London, v. 5 (2), pp. 197-205, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito – II: A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas vocações*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

WELZEL, Hans. A Dogmática no Direito Penal. *Revista de Direito Penal*, São Paulo, n. 13/14, pp. 7-12, jan.-jun., 1974.

YOUNG, Jock. El fracaso de la criminología: La necesidad de un realismo radical. In: RODENAS, Alejandra et al (Dir.). *Criminología Crítica y Control Social: El poder punitivo del Estado*. Rosario: Juris, 1993.

_____. Left realism. In: MCLAUGHLIN, Eugene; MUNCIE, John (Eds.). *The Sage Dictionary of Criminology*. London/Thousand Oaks/New Delhi: Sage Publications, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A Questão Criminal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. *Criminología: Aproximación desde un margen*. Vol. 1. Bogotá: Temis, 1988.

_____. *Em Busca das Penas Perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. Prólogo. In: POSTAY, Maximiliano E. (comp.). *El abolicionismo penal en América Latina: Imaginación no punitiva y militancia*. Buenos Aires: Del Puerto, 2012.

_____. La criminología como curso. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la Cuestión Penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005.

_____. Las “clases peligrosas”: El fracaso de um discurso policial prepositivista. *Sequência*, Florianópolis, nº 51, pp. 141-168, dez., 2005.

_____. *O Inimigo no Direito Penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I: Teoria geral do Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ANEXO