



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO
GRANDE
FACULDADE DE DIREITO
Mestrado em Direito e Justiça Social



IGNÁCIO NUNES FERNANDES

POR UMA TEORIA AGNÓSTICA DA PRISÃO PREVENTIVA

Rio Grande

2017

IGNÁCIO NUNES FERNANDES

POR UMA TEORIA AGNÓSTICA DA PRISÃO PREVENTIVA

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito e Justiça Social.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Salah H. Khaled Jr.

Rio Grande

2017

IGNÁCIO NUNES FERNANDES

POR UMA TEORIA AGNÓSTICA DA PRISÃO PREVENTIVA

Orientador: _____

Prof. Dr. Salah H. Khaled Jr. (FADIR/PPGDJS/ FURG)

Banca examinadora:

Prof. Dr. Eduardo Pitrez A. Corrêa (FADIR/PPGDJS/ FURG)

Prof. Dr. Marcelo Oliveira de Moura (PPGPS/ UCPEL)

Coordenadora do PPGDJS

Prof^a. Dr^a. Maria Claudia Crespo Braumer

Rio Grande, 15 de fevereiro de 2017.

“El misterio de la persistencia humana, en esta manía, a veces inexplicable de pelear por un mundo que sea la casa de todos y no la casa de poquitos y infierno de la mayoría”.

Eduardo Galeano

Ao meu pai Antonio pela amizade e companheirismo e modelo a ser seguido.

À minha mãe simplesmente por tudo.

Aos meus irmãos pelo apoio incondicional.

À Deus sempre.

AGRADECIMENTOS

Não poderia começar essas páginas sem agradecer novamente ao apoio incondicional dos meus pais, pois tudo que sou devo a eles. A eterna gratidão pelo exemplo de família, amor, amizade, entre outros tantos valores que me foram transmitidos nesses belíssimos anos de convivência.

Aos meus irmãos, companheiros de jornada, pelo apoio imensurável não só durante a elaboração deste trabalho, mas por toda a vida.

Aos meus amigos, alguns por perto, outros nem tanto, mas todos em meu coração.

Entre estes não poderia deixar passar a oportunidade em recordar aqueles que estimularam um pensar distinto, entre tantos começamos pelo seio da família, Marcelo Apolinário, primo, amigo e incentivador incansável nessa trajetória.

A Hermes Dode Jr. colega na graduação, companheiro no mestrado em Buenos Aires e sócio no escritório, um grande irmão que a vida me deu.

Daniel Brod Rodrigues de Sousa, professor, amigo e orientador nos tempos de graduação, cujo modelo profissional me inspira até hoje.

Marcelo Oliveira de Moura, grande professor e amigo incondicional, fomentador de ideias inquietantes que nos motivam à pesquisa incessante por novos horizontes.

Ignacio F. Tedesco, amigo, professor e orientador no mestrado em *Derecho penal del MERCOSUR*, na UBA, cujas conversas, conselhos e recomendações, ademais da incansável paciência e sublime capacidade acadêmica permitiram a elaboração da minha primeira dissertação de mestrado.

Salah H. Khaled Jr., amigo, professor e orientador que de maneira distinta desvendou-me um horizonte combativo de direito penal e processual penal. Orientador minucioso, professor crítico cuja postura militante consiste em desvelar a violência e o autoritarismo que são pulsantes, mas que permanecem ocultas aos olhos do senso comum.

Não poderia deixar de agradecer à todos os professores e funcionários do PPGDJS/FURG pelos ensinamentos e apoio.

Aos meus colegas do mestrado, muito obrigado pela riquíssima oportunidade de convivência.

Sou eternamente grato à todos.

RESUMO: A presente pesquisa tem o objetivo de desconstruir os paradigmas sedimentados acerca do instituto da prisão preventiva. Para isso postulamos através da construção de Zaffaroni (Teoria Agnóstica ou negativa da pena), os mesmos fundamentos para denunciar as distorções práticas que em muito se distanciam daquilo que é previsto em lei. Frente a esse problema faz-se necessário voltar no tempo de forma pontual para demonstrar que o poder punitivo sempre encontrou uma justificativa para a concentração do poder através da força, por meio da prisão como eixo central de controle. Projetamos um horizonte agnóstico e negativo da prisão preventiva por entender que esta não se atende aos seus objetivos, servindo na prática como mais um mecanismo de controle, uma pena antecipada.

PALAVRA-CHAVE: Prisão preventiva; Teoria agnóstica; Controle social; Ordem pública e econômica.

ABSTRACT: The present research aims to deconstruct established paradigms about the institute of pre - trial detention. So we postulate through the work of Zaffaroni on the Agnostic Theory or denial of the penalty, the same grounds to denounce the practical distortions that far distant from what is predicted in law. Towards this problem it is necessary to go back in time in a punctual way to show that the punitive power has always found a justification for the concentration of power through force, being imprisonment the central axis of its control. We project an agnostic and negative horizon of pre-trial detention because we understand that it does not meet its objectives, serving as another control mechanism, an anticipated penalty.

KEYWORDS: Pre-trial detention; Agnostic theory; Social control; Public and economic order.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
-----------------	----

CAPÍTULO I

SISTEMA INQUISITORIAL, DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO: A ORGANIZAÇÃO DO PODER SELETIVO

1. Sistema inquisitorial: das bruxas à atualidade.....	16
2. O aprisionamento dos corpos dóceis.....	32
3. A construção do discurso do inimigo: do Nazismo ao Fascismo.....	42
4. A prisão preventiva como o máximo do irracionalismo político criminal.....	49

CAPÍTULO II

SUBSISTEMA PENAL DE EMERGÊNCIA/EXCEÇÃO: A CONSTRUÇÃO DE UMA CULTURA INVERSA EM QUE A REDUÇÃO DA COMPLEXIDADE GERA UM PROCESSO PENAL DO ATROPELO E BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES PROCESSUAIS

1. A ideia de emergência e exceção. A confusão entre normal e anormal, ordem e desordem na construção de uma cultura de emergência.....	54
2. A ideia de risco: de uma sociedade de risco a uma política criminal de risco ante os novos medos da sociedade globalizada no século XXI.....	60
3. O papel dos meios de comunicação na propagação do ódio, pânico e segregação de camadas marginais.....	68
4. O processo penal em tempo razoável: a complexidade o processo penal vs eficientismo. A simplificação de apurar e julgar em tempo adequado e o excesso de prisão preventiva.....	75
5. A dicotomia entre a presunção da inocência e a antecipação da pena: desafios ao direito penal.....	80

CAPÍTULO III

PROCESSO DE DESCONSTRUÇÃO: POR UMA TEORIA AGNÓSTICA DA PRISÃO PREVENTIVA

1. A prisão preventiva e a sua natureza cautelar: <i>Fumus Commisssi Delicti e Periculum Libertatis</i>	84
1.1. Uma breve alusão à questão principiológica	86
2. O (des)controle punitivo através dos conceitos de “Ordem pública” e “Ordem Econômica”	91
2.1. Demais fundamentos: Conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal.	95
3. A teoria agnóstica da pena de Zaffaroni como um marco de superação ante as teorias legitimadoras da <i>ius puniendi</i>	97
3.1. Políticas de redução de danos: O abolicionismo; direito penal mínimo e a teoria psicanalítica da do comportamento criminal	97
3.2. Teoria agnóstica da pena de Zaffaroni.....	106
4. Por uma teoria agnóstica da prisão preventiva.....	113
CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
BIBLIOGRAFIA	127

INTRODUÇÃO

I

Este tema foi inicialmente desenhado acerca do grande problema que não apenas no Brasil, mas de um modo geral em toda a América Latina é latente: o alto índice de encarceramento preventivo. Por uma questão metodológica e de concentração de nossos esforços em construir um alicerce para denunciar os pressupostos “legitimadores” dessa medida no Brasil, optamos pela permanência em nosso direito interno, não enfrentando questões de ordem internacional que tem a sua importância, pois como se sabe a Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu *standares* internacionais¹ para o controle e supressão dessa medida no direito interno. Algo que infelizmente não foi enfrentado com a devida seriedade no Brasil.

Dessa forma estruturamos essa pesquisa através de uma metodologia de revisões bibliográficas que consistem na tentativa de explicar os motivos dessa tendência cultural inquisitória², ou seja, que busca a condenação do outro no processo penal, a eliminação do inimigo de um modo geral. Para isso buscamos na raiz do sistema inquisitório nossa matriz autoritária, percorrendo através desses modelos de obtenção da verdade o uso do corpo do acusado (prisão provisória) como ferramenta crucial para o fim objetivado, que era a condenação. A vitória do processo consistia na condenação, o que ainda hoje não diferencia muito, em se falando de expectativas no processo penal.

Nesse sentido na primeira parte tentamos encontrar o fio condutor de nossa cultura inquisitiva, voltando de forma pontual no processo penal de raiz inquisitória. Ao estudarmos esse modelo podemos observar que a função da prisão nesses casos era meramente um meio, pois o fim era a confissão e a eliminação do corpo através da pena. O suplício consistia numa guerra de forças entre o soberano que detinha o corpo do condenado para obter a sua verdade. A arquitetura dos julgamentos públicos tinha o escopo de intimidar os demais e reforçar o poder do soberano perante seus súditos. A

¹ BOVINO, Alberto; BIGLIANI, Paola. **Encarceramiento preventivo y estándares del sistema interamericano**. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2008.

² ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR. Salah H. **In dubio pro hell. Profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2014. p. 7.

confissão significa a vitória do soberano sobre o herege. De certo que através do horror das torturas em praça pública a intimidação era forte, desmotivando pretensos rebeldes à ordem dominante. Eymerich fala que uma das funções das penas públicas é causar o terror entre os demais.

Entretanto, passado a fase dos suplícios enfrentamos a instrumentalização do ser por meio de um processo de domesticação através do cárcere. É a concentração de forças em doutrinar o homem aos meios de produção, para isso, punir os vadios e os vagabundos, ou seja, aqueles que simplesmente se negavam a trabalhar, os ociosos. Zaffaroni³ atribui que a transição dos suplícios não foi meramente uma medida mais humana, simplesmente deixou de ser tolerável a eliminação dos corpos em público, passando ao meio de eliminação entre muros, ou seja, nas penitenciárias. De certo que Foucault atribui que a transição do modelo de eliminação através do suplício para a prisão, institui uma forma mais extensa de controle. Não significa punir menos, mas sim punir mais e com mais eficácia, aumentando o poder do Estado sobre a camada social. No entanto, vemos a transição de um modelo que consiste na prisão para fins mercantilistas, obedecendo à lógica do sistema capitalista.

Por fim, dentro de nosso recorte histórico entendemos que o sistema cuja irracionalidade passou de todos os limites foi o Nazismo e Fascismo, caracterizando o máximo na identificação do outro/estranho e usando os meios de prevenção e aprisionamento de inimigos de guerra que não passavam de cidadãos para posteriormente serem eliminados em câmaras de gás. O uso do encarceramento preventivo nos dois modelos era a regra e despida de qualquer limite, pois no totalitarismo a regra é a prisão preventiva, não há garantia ou proteção, a segurança jurídica hierarquicamente está a baixo da palavra do soberano.

II

A construção de um sistema em que a cautelaridade esta a frente das garantias constitucionais deve estar calcada num discurso que reforce essa necessidade. Não é

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: 2007. p. 44.

natural prender as pessoas, a regra é a liberdade, prender sempre foi a exceção, imagine instituir um modelo onde a prisão processual alcança quase os mesmos níveis de presos definitivos. Não se estrutura uma realidade dessas sem bons argumentos.

Nesse sentido buscamos à raiz de uma cultura de emergência/ exceção trazer a conexão desses discursos que invertem a regra -liberdade- em favor da prisão como uma anormalidade ao nosso meio natural de vida. A construção desse edifício teórico ultrapassa as nossas pretensões, pois o conceito de estado de exceção como forma de governo em Agamben permite uma discussão interminável. Nesse sentido apenas o que buscamos é a justificação dada pelos teóricos que defendem a expansão de um direito penal, dentro dos conceitos mais recentes como um direito penal do inimigo, ou um direito penal do risco, bem como o modelo de seguridade cidadã, desenvolvido sob a égide dessa premissa de emergência e exceção, que também se conecta ao discurso de que o direito penal deve estar atento aos novos avanços da sociedade globalizada, sendo neste caso discutido a ideia da sociedade de risco, onde a construção de novos riscos pelo homem podem ocasionar uma catástrofe, ou seja, nesse sentido, ante essa emergência o direito penal clássico não alcançaria lançar mão de proteger esses novos riscos. Por esses motivos faz-se necessário um sistema orientado à eficácia, pautado em medidas de caráter excepcional ante os novos riscos da sociedade globalizada.

III

Assim como foi edificado um edifício teórico para legitimar tais condutas, reforçar sua hegemonia de tal forma que perdura até os dias de hoje, cabe a nós juntamente com alguns teóricos o qual seguimos pra a elaboração deste trabalho tentar o processo de desconstrução⁴. Muitos mitos ainda persistem, talvez o mais difícil de ser desmistificado é o de que o direito penal através de sua expansão pode trazer reduzir a sensação de insegurança. Que a criação de novos tipos penais, que encarcerando mais as

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas. deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Editora Ediar. 2009. CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015.

idades estarão mais seguras, nesta seara depositando uma fé inquebrável ao direito penal, coisa que sabemos que é impossível de serem realizadas⁵.

Algumas falácias que fazem parte do processo de desconstrução parecem começar a surtir efeito como, por exemplo, a ambição da verdade real⁶, o próprio *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* que constitui um verdadeiro pede emprestado do processo civil⁷. A atipicidade do crime de desacato através do princípio da convencionalidade, da mesma forma que a inconstitucionalidade do art. 156, II do CPP⁸, pois se o juiz não está convencido sobre o fato ele tem o dever constitucional de absolver (presunção de inocência) e não de buscar mais provas (agir de ofício) que não foram trazidas pela parte competente (MP) para o seu livre convencimento. Seguindo essa linha de incongruências Duclerc investiu numa jornada ambiciosa que consiste em desconstruir a partir da teoria agnóstica de Zaffaroni o processo penal⁹.

Portanto, em proporções bem reduzidas nos atrevemos a dar um passo nesse caminho, inverso ao da maioria e do senso comum. O nosso intento em somar forças no processo de desconstrução das falácias autoritárias consiste na ilegitimidade da prisão preventiva por força de seus argumentos legais. Não propomos a sua extinção, apenas somamos forças ao conceito negativo ou agnóstico que Zaffaroni se nutriu para criticar e denunciar as falácias das teorias legitimadoras das penas.

Nesse sentido, nos apropriamos da construção teórica de Zaffaroni em sua teoria agnóstica ou negativa da pena e a trazemos para o instituto da prisão preventiva, que segundo alguns autores consiste hoje de forma prática numa pena antecipada. Para isso tentaremos demonstrar que os princípios que legitimam essa medida cautelar com aspirações de pena antecipada encontram-se em total desconexão com a sua realidade prática, desvelando a verdadeira face dessa prisão processual que consiste hoje num elemento forte de controle social por parte do poder punitivo. Não apenas a ordem pública e econômica são rechaçados, bem como os demais fundamentos são reduzidos

⁵ ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR. Salah H. **In dubio pro hell. Profanando o sistema penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2014. p. 55.

⁶ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Editora Atlas. 2013.

⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 786.

⁸ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

II- determinar, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

⁹ DUCLERC, Elmir. “Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal”. **In Sistema penal e poder punitivo. Estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.** Coord. Salah H. Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito. 2015. pp. 183-199.

frente a realidade, demonstrando que a sua ilegitimidade se mostra latente. Não advogamos pela sua extinção, pois temos a consciência de que essa empreitada é impossível. Ainda que no passado (sistema acusatórios grego) essa medida foi extinta, também não cremos que um processo penal não possa existir sem a prisão preventiva. Assim como Zaffaroni faz alusão ao fato de que ainda que a comunidade internacional tenha deslegitimado a guerra, ela não deixou de existir, para reduzir a força e a violência da guerra surgem os mecanismos internacionais de contenção que são o direito internacional humanitário e a cruz vermelha. Sabemos que a guerra não acabará, portanto o que podemos fazer é contê-la ao seu máximo. Esse paradigma Zaffaroni nos impõe em sua teoria agnóstica em relação a pena.

Nesse sentido, ante os números de presos provisórios em nosso país que são de 40% porque não pensarmos numa restrição dessa medida, não tendo a crença de que esse controle acabará, mas limitando o seu uso ao máximo. Limitar o poder punitivo numa política de redução de danos. Pois a violência promovida pelo poder punitivo acaba sendo maior que a originária.

CAPÍTULO I

SISTEMA INQUISITORIAL, DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO: ORGANIZAÇÃO DO PODER SELETIVO

1. Sistema inquisitorial: das bruxas à atualidade

Abordar essa parte histórica nesse trabalho justifica-se para demonstrar que a prática recorrente da prisão é uma herança do sistema inquisitório¹⁰. Se hoje temos um direito penal e um processo penal orientado à prisão, em muito devemos ao sistema inquisitivo.

Sem embargo, abordaremos algumas características sobre esse sistema para que não falemos apenas do nosso objetivo, pautado em demonstrar que a prisão operava/opera como regra¹¹ para um fim determinado, a condenação do acusado. As principais características do sistema inquisitivo não podem passar despercebidas, como, por exemplo, recordar que esse sistema é um retrocesso jurídico, haja vista que o modelo que predominava até o século XII era o sistema acusatório¹².

Como bem se sabe, no sistema acusatório, há separação entre as partes. Como pontua Roxin, “*donde no hay acusador no hay juez*”¹³, em outras palavras, se um promotor ou alguma pessoa, nos casos de ação penal privada, não motivar o juiz, não há ação penal. Nesse sentido, também nos lembra Roxin que o tribunal jamais agirá de ofício¹⁴, exigindo que sempre uma das partes motive o juiz. “No sistema grego, havia igualdade entre acusador e acusado, que costumava responder ao processo em

¹⁰ Para Lyra, “no sistema inquisitório, a prisão preventiva é a regra”. (LYRA, Roberto. **Novo direito penal. Processo e execuções penais**. Vol III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1971.p. 37).

¹¹ KHALED JR, Salah H. “O sistema processual brasileiro. Acusatório, misto ou inquisitório?” *In Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

¹² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. Editora Saraiva: São Paulo. 2013. p. 111.

¹³ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 2ª reimp. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2003. p. 86.

¹⁴ ROXIN, Claus, **Derecho procesal penal**. 2ª reimp. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Editores Del Puerto: Buenos Aires. 2003. p. 86.

liberdade”¹⁵, ou seja, destaca-se que uma das características essenciais desse sistema era a garantia da presunção de inocência.

É interessante ressaltar, de forma breve, o avanço e o retrocesso do sistema romano, pois como nos ensina Khaled Jr.¹⁶:

“Em Roma, a forma de organização política influenciou diretamente o processo penal: assim, da *cognitio* praticada durante a Monarquia, chegou-se ao sistema acusatório- *acusatio*- da época republicana que decaiu posteriormente no Império, impondo-se as características do sistema inquisitório”.

Enquanto predominava o modelo da *cognitio*, o juiz agia sem provocação. A citação do acusado era conhecida como *vocatio*, e a sua detenção preventiva era habitual e por tempo indeterminado. Entretanto, na transição ao modelo da *acusatio*, o poder de acusar cabia a um representante do povo, competindo ao juiz pronunciar a sentença¹⁷. De acordo com Khaled Jr., a “abertura que o novo o sistema propunha foi tão significativa que a prisão preventiva chegou a ser abolida por completo”¹⁸. No entanto, o retrocesso deu-se, segundo Khaled Jr., à luz dos ensinamentos de Manzini devido ao insucesso do sistema acusatório conter o avanço da delinquência, cabendo ao povo apenas o poder de acusar em delitos privados, recaindo ao Estado o monopólio dos crimes mais graves. O julgamento nos moldes do sistema acusatório, como era na Grécia e no modelo romano republicano, passou para um funcionário da Roma Imperial, concentrando o poder num ente que representa o Estado, voltando ao irracionalismo da inquisição¹⁹.

¹⁵ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Editora Atlas. 2013. p 19.

¹⁶ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Editora Atlas. 2013. p. 23.

¹⁷ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Editora Atlas. 2013. p. 24.

¹⁸ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Editora Atlas. 2013. P 29.

¹⁹ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Editora Atlas. 2013. p. 31.

Ainda que tenhamos vivido sob a égide de um sistema que respeitava a paridade de armas entre acusação e defesa²⁰, tivemos o retrocesso ao sistema inquisitório que, nas palavras de Thomaz Rodrigues²¹, foi uma arma de perseguição que trouxe novas e horrorosas páginas para os mártires da religião. A inquisição começa em 1215²², mas, segundo Khaled Jr., “é a partir de 1252 que se inicia o processo formal de controle do pensamento herético”²³. Considerando que, nesse contexto, esta arma está nas mãos do soberano. Segundo Anitua, “*la meta absoluta de la investigación (la averiguación de la verdad no reparaba ya en recurrir a la tortura sobre el cuerpo del acusado, que ahora será un órgano de prueba de la ‘verdad’*”²⁴. Eymerich demonstra os sinais de obtenção dessa verdade ao interrogar o acusado (já preso preventivamente): “de acordo com as respostas obtidas, o inquisidor verá como cercar cada vez mais a verdade. O inquisidor dirá ao acusado que se mostrará misericordioso com ele, se confessar com clareza e rapidez²⁵”. Essa rapidez mostra-se de forma clara na obra de Eymerich, como sendo de extrema importância. Em outras palavras, o fim do processo era obter a confissão da forma mais rápida possível para assim obter a condenação e a vitória do sistema sobre o corpo do condenado. Por isso, aduz que o advogado defensor acarreta um dos obstáculos, a rapidez do processo²⁶. “O fato de dar direito de defesa ao réu também é motivo de lentidão no processo e de atraso na proclamação da sentença. Essa concessão algumas vezes é necessária, outras não²⁷”. No prefácio da obra *O Martelo das Feiticeiras*, de autoria de Kramer e Sprenger²⁸, Byington sustenta que:

²⁰ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas. 2013. p 19.

²¹ RODRIGUES, Thomaz. **Historia completa dos crimes da inquisição e os conventos**. 2ª Ed. Lisboa: H. Antunes Livraria Editora. 1919. p. 23.

²² KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas. 2013. p 42; ANITUA, Gabriel Ignacio. **Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales**. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2003. p. 62.

²³ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas. 2013. p 45.

²⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales**. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2003. p. 64.

²⁵ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores. Directorium inquisitorium**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1993. p. 114.

²⁶ Eymerich elenca como os entraves a rapidez do processo: o número excessivo de testemunhas, o advogado defensor, recusa do inquisidor, (entenda-se por recusa a rejeição tomada, canonicamente, ao juiz, em razão de uma grave suspeita contra ele), apelação ao Papa. (EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores. Directorium inquisitorium**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1993. pp. 136-144).

²⁷ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores. Directorium inquisitorium**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1993. p. 137.

²⁸ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1991. p. 36.

“A falsidade dos inquisidores como juízes atingia graus extremos, quando eles enganavam os acusados em meio às torturas, prometendo-lhes a liberdade caso confessassem, sabendo que sua confissão os levaria à prisão perpétua ou à morte”.

Zaffaroni nos ensina que, a partir do momento em que Deus deixa de ser o protagonista do processo, havendo o que em suas palavras consiste no “sequestro de Deus”, a sentença não obedece mais a seu interesse (Deus), e sim aos interesses do poder. “*El juez penal dejó de ser un árbitro, que garantizaba la objetividad y el equilibrio entre las partes, y pasó a ser un funcionario que decide, conforme el interés del soberano*”²⁹.

Para Carvalho:³⁰

“Existe um saber construído e consolidado no período da Baixa Idade Média cujas características indicam a formação de um núcleo mínimo de elaboração paradigmática. Este saber não é ingênuo nem aparente, mas real e coeso, fundado em pressupostos lógicos e coerentes, nos quais grande parte dos modelos jurídicos autoritários contemporâneos, alguns ainda em vigor, buscaram inspiração. Mais, em matéria penal e processual penal, a elaboração é tão genial que permanece vigente nos tempos atuais”.

Um processo manifestamente secreto. Não se sabia quem era o seu acusador, a mera suspeita era o pressuposto para prender preventivamente o suspeito. Para Anitua, “*el secreto procuraba el éxito de la investigación y del posterior castigo en cuanto derecho estatal*”³¹. Como já mencionamos, a confissão era a rainha de todas as provas e era perseguida a qualquer custo, tudo em nome da verdade material³², ou verdade real,

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: Editorial B de F. 2005. p. 12.

³⁰ CARVALHO, Salo de. **Penal e garantias: uma releitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2001. p. 18.

³¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales**. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2003. p. 63.

³² CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 136.

que, na visão de Khaled Jr., é “a maior maquinaria sistêmico-processual de produção patológica da verdade que o mundo já conheceu: o processo inquisitório, cujas marcas se fazem sentir nas práticas penais até os dias atuais”³³. Restam evidentes aspectos como sigilo e obtenção da prisão preventiva do acusado, para, através da tortura, obter a confissão, o que mostra a verdadeira concentração total de poder, pois pouco importavam as formalidades, qualquer meio para atingir o fim era legítimo. Nesse sentido, a prisão preventiva por uma mera suspeita era dos males o menor, pois –como Foucault nos ensina– na França, assim como em boa parte dos países europeus, com exceção da Inglaterra, o processo era mantido em segredo, o acusado não tinha acesso às provas, nem a quem o acusou. Em muitos casos, o processo transcorria sem a presença do acusado. Importante salientar que o acusado não tinha acesso às provas incriminadoras, mas o juiz tinha acesso desde o princípio ao corpo do acusado, por meio do uso indiscriminado da prisão preventiva. Para Anitua³⁴, o acusado deixa de ser parte no processo, passando a ser um instrumento do mesmo. Sendo assim, por meio desse instrumento, o juiz usa de seus métodos tradicionais (tortura) para obter a confissão, o que, em outras palavras, é a verdade construída ou idealizada pelo inquisidor. Da mesma forma, o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de ocultar do acusado a índole da causa, de interrogá-lo de maneira artilosa³⁵, em resumo o que se tinha era toda a construção de um ritual. Como bem pontua Foucault, o suplício faz parte de um ritual³⁶, no qual o objetivo já está demarcado desde o princípio: a obtenção da verdade, dada através da confissão.

A confissão sendo a rainha das provas³⁷, os meios para a obtenção dessa verdade através da nefasta mente humana mostraram-se das formas mais cruéis que se pode imaginar. Nesse sentido, Foucault nos explica que serão utilizados todos os meios

³³ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas. 2013. p. 43.

³⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales**. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2003. p. 63.

³⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión**. 2ª Ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2009. p. 45.

³⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión**. 2ª Ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2009. p. 43.

³⁷ “Característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, nos modelos em análise, recolhe-se secretamente, sendo que a ‘vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos- de todos os fatos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na ‘acusação’, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”. In **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Renovar. 2001. p. 24).

para alcançar a confissão, sendo a tortura o meio mais exponencial para satisfazer a ambição da verdade. Começando o ritual, tem-se a exibição dos instrumentos de tortura³⁸, salientando que não se passava desta etapa quando se tratava de crianças ou pessoas com mais de setenta anos³⁹. Há de salientar que essa questão sobre torturar velhos ou crianças, na obra de Eymerich, tem uma visão um pouco distinta. Ele afirma que a esses permite-se apanhar com pauladas ou chicoteadas⁴⁰. Como salienta Zaffaroni, “nada pode deter a marcha do acesso à verdade e, assim, o insaciável apetite de verdade – para não dizer glotoneria e voracidade de poder– do sujeito cognoscente seguirá em frente, sem deter-se diante da violência sobre o objeto de conhecimento”⁴¹. Ressalte-se que a prisão preventiva no processo inquisitório não era mais que um meio para obter um fim perseguido, no caso a confissão.

Salo de Carvalho mostra que “a tortura disseminou o modelo repressivo, aumentando gradativamente as possibilidades de condenação por heresia face à facilidade na obtenção dos elementos necessários a culpabilização”⁴². O sistema poderia ser considerado perfeito, já que sempre alcançava o fim pretendido, jamais se equivocava. Por vezes, algum torturado poderia não suportar o suplício, mas isso não era relevante:

“Para ficar com a consciência tranquila, tortura-se o louco, tanto o verdadeiro como o falso. Se não for louco, dificilmente poderá continuar a sua comédia sentindo dor. Se houver dúvidas, e se não se puder saber se se trata mesmo de um louco, de toda maneira, deve-se

³⁸ “O valor da confissão é absoluto quando obtido sob ameaça de tortura ou através da apresentação dos instrumentos de tortura. Nesse caso, considera-se que o Réu confessou espontaneamente, tendo em vista que não foi torturado. A mesma coisa, se a confissão é obtida quando o Réu já está despido e amarrado para ser torturado. Se confessar durante a tortura, deve, depois, confirmar a confissão, já que esta foi obtida através do sofrimento e do terror”. (EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores. Directorium inquisitorum**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1993. p. 157).

³⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión**. 2ª Ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2009. p. 51.

⁴⁰ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores. Directorium inquisitorum**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1993. p. 157).

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: 2007. p. 40.

⁴² CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 139.

torturar, pois não há por que temer que o acusado morra durante a tortura (*cum nullum hic mortis periculum timeatur*)⁴³.

O interrogatório era violento, pois a verdade já era predeterminada, por isso a recusa consistia na imposição de violência para moldar a construção fática desejada, como alude Zaffaroni: “*el interrogatorio era violento, porque si el procesado no quería hablar, y si no se lograba que confesase, también con ello estaba confesando (se consideraba que era su propia maldad que le otorgaba el poder de resistencia)*”⁴⁴.

Na apresentação do livro *La tortura. Una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave*, Anitua e Quirós salientam que Zaffaroni insiste em lembrar que a origem de nossos sistemas penais consiste na inquisição que marcou como inimigos os hereges, homossexuais, judeus, mulheres. Essa construção de inimigos deu início ao sistema penal legitimador da tortura. Ainda sustentam que a missão fundamental da tortura consiste em averiguar a verdade, bem como a purificação dos pecados, trazendo a morte como meio de controle através do medo⁴⁵.

Beccaria tem uma brilhante definição acerca do êxito da tortura, considerando que essa é um meio objetivando um fim:

*“El éxito, pues, de la tortura es un asunto de temperamento y de cálculo, que varía en cada hombre a proporción de su robustez y de su sensibilidad; tanto que con este método un matemático desatará mejor que un juez este problema. Determinada la fuerza de los músculos y la sensibilidad de las fibras de un inocente, es fácil encontrar el grado del dolor que lo hará confesar reo de un delito supuesto”*⁴⁶.

⁴³ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores. Directorium inquisitorum**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1993. p. 122.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: Editorial B de F. 2005. p. 12.

⁴⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio; QUIRÓS, Diego Zysman. **La tortura. Una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave**. Buenos Aires: Edições Didot. p. 11.

⁴⁶ BECCARIA, César. **Tratado de los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Heliasta. 1993. p. 91.

Interessante o aspecto legitimador desse direito extremamente repressivo que consiste novamente no conceito de Zaffaroni sobre o sequestro de Deus⁴⁷ e no fato de aquele que persegue a verdade ser o bom enquanto o que está sendo processado ser o mau, o herege, aquele que deve ser excomungado. Dessa forma, a violência indiscriminada fica autorizada e legitimada pelo povo que, ao mesmo tempo que ovaciona a barbárie, também a teme, pois, como menciona Eymerich, a finalidade mais importante do processo e da condenação à morte não é salvar a alma do acusado, mas buscar o bem comum e intimidar o povo (*ut alii terreantur*)⁴⁸. Obviamente uma das formas de intimidação era a prisão, no entanto o seu temor não era pela sua manutenção como pena, mas sim em virtude de o inquisidor, através desta, poder torturar de maneira livre para obter o fim desejado.

A lógica da culpabilidade⁴⁹ era tão forte que, como expõe Foucault, “*el sospechoso, como tal, merecía siempre un castigo determinado; no se podía ser inocentemente objeto de una sospecha*”⁵⁰. Essa construção, como já mencionamos, serviu a fins políticos e não morais, a busca pela purificação da alma daquele que pecou, colocando sobre alguns homens o poder divino, não foi mais que uma falácia para legitimar uma forma de concentração do poder. O que vimos foi um sistema altamente repressor, como elucida Foucault “*el suplicio desempeña, pues, una función jurídico-política. Se trata de un ceremonial que tiene por objeto reconstituir la soberanía por un instante ultrajada*”⁵¹. Nesse sentido, um sistema de ampla força e discricionariedade, no qual aquele que investiga é o mesmo que julga, em que não se tem acesso aos autos de um processo, quando há processo. Dessa forma, esse sistema serviu para que o soberano eliminasse todos aqueles considerados inimigos do Estado, como salienta Foucault:

*“El derecho es, pues una manera reglamentada de hacer la guerra.
Por ejemplo, cuando alguien es muerto, cualquiera de los parientes*

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: 2007. p. 41.

⁴⁸ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores. Directorium inquisitorum**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1993. p. 122.

⁴⁹ De Acordo com os inquisidores Kramer e Sprenger, “ninguém há de ser punido sem ter culpa, salvo haja alguma outra causa para assim proceder”. (KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1991. p. 177).

⁵⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión**. 2ª Ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2009. p. 52.

⁵¹ FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión**. 2ª Ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2009. p. 59.

cercanos del muerto puede ejercer la práctica que no significa la renuncia a matar a alguien, en principio, al asesino. Entrar en el dominio del derecho significa matar al asesino, pero matarlo de acuerdo con ciertas reglas, cumpliendo con ciertas formas. Si el asesino cometió el crimen de esta o aquella manera, será preciso matarlo cortándolo en pedazos o decapitándolo y colocando la cabeza en un estaca frente a su casa. Estos actos ritualizan el gesto de la venganza y lo caracterizan como venganza judicial. El derecho es, en consecuencia, la forma ritual de la guerra”⁵².

Resta evidente, como já foi descrito na maioria dos casos, as pessoas eram presas para que se investigasse por meio de interrogatório/tortura. As motivações podiam ser étnicas ou ideológicas, tidos como bruxas, hereges ou perigosos ao soberano, contrários a Deus, sendo perfeitamente legítima a sua eliminação em nome da paz, de modo a se fazer apenas “a vontade de Deus”. Fica notório o carácter da seletividade deste sistema que escolhia aqueles que eram os indesejáveis, ficando totalmente fora de qualquer critério de legalidade ou de culpabilidade de fato. O que se punia era o autor, o mau, a mais clara manifestação de um direito penal do autor. Assim, para Salo de Carvalho, inaugura-se a lógica do direito penal de periculosidade, que estabelece um conjunto de fatores que permitem identificar o delito e o criminoso⁵³. Para Zaffaroni, essa é uma constante para o direito penal, que identifica signos e sintomas, agindo com ampla liberdade para procurar os males, e quanto mais os achar, maior será o remédio/pena. A busca pela cura do mal ocorre através da confissão e da purificação da alma. Salienta que entre as mulheres, as concubinas dos poderosos, as adúlteras, as libertinas eram as mais perigosas. Procurava-se criar um enorme estereótipo normativo do que seleccionar qualquer uma, sem que ela tivesse direito de defesa⁵⁴. Frente a isso, temos a construção da “inimiga”. O Martelo das Feiticeiras ou *Malleus Maleficarum* foi o instrumento mais elaborado de eliminação e categorização do inimigo de seu tempo segundo Zaffaroni⁵⁵. Nessa obra, seus idealizadores tiveram a sensibilidade de conjugar transgressão da fé como transgressão política, sendo que,

⁵² FOUCAULT, Michel. **La verdad y las formas jurídicas**. Barcelona: Editorial Gedisa. 1996. p. 67.

⁵³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 147.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 515.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 510.

nesses casos, ambas poderiam advir da transgressão sexual⁵⁶. Por exemplo, se um homem tivesse uma relação sexual com uma mulher e conseqüentemente ficasse impotente, isso impossibilitaria o seu matrimônio, e a mulher com quem tivera essa relação fora do casamento seria condenada por bruxaria, alegando que a bruxaria tem efeito na relação carnal. Ainda mais, dirá que através do corpo o demônio se manifesta, apropriando-se de suas vítimas⁵⁷.

Dessa forma, vimos que o inimigo central na obra de *Malleus* era a mulher, acusada de bruxaria, de enfeitiçar os homens, enfeitiçar animais e etc. Faz mister aclarar a lógica inversa do sistema inquisitivo, no qual a denominação faz toda a diferença, principalmente para aquele que deveria ser imparcial ao processo. Em outras palavras, quando se faz referência ao criminoso durante um processo, já estamos fazendo um pré-julgamento, ainda que o façamos de forma inconsciente. Todavia, o cuidado é essencial para que não se cometa injustiças. No entanto, ao analisarmos a parte introdutória de que trata o processo do *Malleus*⁵⁸, a questão inicial já consiste em saber se as “bruxas” e seus defensores reconhecem a jurisdição que irá julgá-las. Obviamente, como sustenta Zaffaroni, a irracionalidade da inquisição é pautada por um direito penal que não pensa⁵⁹. Mas vejamos que, ao usarmos o termo bruxa antes do processo, já se tem a convicção formada, ou seja, a sentença condenatória, uma vez que justamente o processo busca apurar se tal pessoa era ou não uma bruxa. Se já é dito de antemão que estamos tratando de uma bruxa, o processo torna-se uma mera formalidade justificadora daquilo que já se considera pronto desde o princípio, a condenação. O êxito, com o corpo do condenado, ocorre através de meios ardilosos para fazer a “bruxa” confessar os seus crimes. Caso assim não proceda de imediato, por meio da tortura a verdade é obtida. Se não há êxito, ela é condenada como afirma Zaffaroni, pois só pode ser uma

⁵⁶ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1991. p. 15.

⁵⁷ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1991. p.15 e 53.

⁵⁸ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1991. p. 377.

⁵⁹ Essa expressão na verdade é de Heidegger que alude que a *ciência não pensa*, quando desconectada de qualquer limite ético, o seu agir caminha para o genocídio. No contexto do sistema inquisitório Zaffaroni manifesta que a ciência não pensa porque o sistema assim não o permite, ou seja, “A ciência não pensa porque a *inquisitivo* a impede de pensar. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: 2007. p. 41.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 505).

bruxa e estar protegida pelo demônio para suportar a tortura e não confessar⁶⁰. Dessa forma, o resultado objetivado é sempre alcançado. Não é por menos que sustentavam que, se não fosse uma bruxa, Deus não deixaria que queimasse, ou, de maneira semelhante, não se afogariam ao serem atiradas com pedras amarradas a suas pernas⁶¹. Falácias justificadoras de uma barbárie sistematizada que perdurou por séculos, das quais ainda colhemos seus frutos.

Em resumo, o processo inquisitivo consiste, como expõe Jacinto Coutinho, “no maior engenho jurídico que o mundo conheceu, e conhece”⁶². Tratou-se uma construção jurídica de dominação e afirmação do poder que perdurou por séculos.

Para manter esse poder absoluto, ele deveria ser perfeito, ainda mais por ser a representação da vontade divina na terra. Devemos lembrar que todo o processo inquisitivo opera segundo a vontade divina, que o inquisidor, assim como o soberano, é enviado de Deus à Terra para salvar os pecadores e proteger as pessoas de bem do mal da bruxaria e do Diabo. O eterno duelo entre os bons e os maus, em que a maioria se crê do bem, opta pela legitimidade do Estado. Considerando a perfeição do processo, este não poderia recair em erro. Dessa forma, quando se tinha a suspeita, já se prendia preventivamente, pois, de determinada forma, já se tinha um resultado pré-concebido, a sentença já estava definida na cabeça do inquisidor, o que lhe faltava era apenas a legitimidade perante o público daquilo que ele já tinha por verdade, que o réu era culpado. A regra no sistema inquisitório é a prisão⁶³! Frente a essa totalidade que consistia o sistema inquisitório, ou estamos totalmente de acordo com tudo o que era previsto, ou somos inimigos do sistema e devemos consequentemente ser eliminados. Khaled Jr. nos esclarece que:

⁶⁰ “O juiz não deve se apressar em submeter a bruxa a exame, embora deva prestar atenção a certos sinais importantes. Não deve se apressar pela seguinte razão: a menos que Deus, através de um santo Anjo, obrigue o demônio a não auxiliar a bruxa, ela se mostrará tão insensível às dores da tortura que logo será dilacerada membro a membro sem confessar a menor parcela da verdade”. (KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1991. p.429).

⁶¹ LYRA, Roberto. **Nôvo direito penal. Processo e execuções penais**. Vol III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1971. p. 45).

⁶² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”. In **Crítica À teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Editora Renovar 2001. p. 47.

⁶³ “O juiz pode não estar disposto a entregar a acusada para interrogatório, e pode puni-la com a prisão tendo o seguinte objeto em vista que lhe reúna os amigos e lhes diga que ela poder[ia] escapar da pena de morte, embora será punida de outra forma, se confessar a verdade, exortando-os a persuadi-la a que assim proceda. Pois muitas vezes, a meditação e a miséria da prisão, e o conselho repetido de homens honestos fazem a acusada ficar disposta a revelar a verdade”. (KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1991. p.431).

“A estrutura inquisitória de categorização da vivência humana é binária por excelência, o que demonstra a intenção de controle social do discurso inquisitório, uma vez que ele não deixa margem para meio termo: não estar comprometido de corpo e alma com o conjunto de verdades absolutas da Igreja necessariamente fará do infrator um herege e, logo, um inimigo a ser combatido, um objeto de perseguição. Sob esse aspecto, o *Directorium Inquisitorium* é proposto como uma ferramenta de intervenção na realidade, de acordo com os desígnios dados pelos concílios, encíclicas e outros instrumentos normativos da Igreja”⁶⁴.

O que Zaffaroni chamou monopólio da arbitrariedade verticalizante⁶⁵ encaixa-se muito bem no que podemos entender por um sistema que suprime a vítima pela liberdade, logo aplica as torturas da forma mais variada para a obtenção da confissão.

No obra de Eymerich, há – entre outros tantos – procedimentos bizarros que remontam os tempos aqui explanados, que chama a atenção com relação à inversão da carga probatória ante a ausência do acusado em prestar o testemunho por suspeita de heresia por contumácia.

“O suspeito deverá ser intimado a dar testemunho de fé, para que possa avaliar se caminha na luz ou se se perdeu nas trevas. O bispo, o inquisidor, ou seus representantes, é que se encarregam de intimá-lo, expedindo uma ordem para que se apresente num espaço de tempo determinado; ultrapassado esse prazo, se não se apresentar, é excomungado. Se não comparecer, o seu caso se complica, e a suspeita de heresia torna-se então, séria. Depois de um ano da

⁶⁴ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Editora Atlas. 2013. p. 51.

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro, vol. I.** 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan. 2011. p. 501.

intimação, se o suspeito não se apresenta, será condenado como herege, porque a suspeita tornou-se a essa altura, violenta”⁶⁶.

Vejamos o sistema o qual, como diz Zaffaroni, apregoa que a racionalidade é totalmente irracional. Ora, o simples não comparecimento não pode por si só ensejar no agravamento de uma pena. Considerando que a racionalidade caminha mais para o lado do acusado do que propriamente para os julgadores, pois, naqueles tempos, ser suspeito de quaisquer crimes contra a Igreja ensejava, na maioria das vezes, na fogueira ou na prisão perpétua. É inerente a qualquer ser humano fugir para longe de seus perseguidores.

No caso acima citado, se o acusado retorna à Igreja disposto a “expiar seus pecados”, “será perdoado e condenado à prisão perpétua como herege penitente. Se for impenitente, será condenado a pena capital”⁶⁷. O sistema mostra-se benevolente, mas exclui o sujeito do convívio social, condenado a morrer nas masmorras. Como bem pontua Khaled Jr., “a intenção de disciplinar o corpo social através do estabelecimento de uma estrutura maximizada de contenção e extermínio da diferença fica clara pela forma com que o sistema é concebido para funcionar na prática”⁶⁸.

Seguindo esse entendimento, Coutinho afirma que “a verdade, enfim, possibilita a rendição dos pecados, e a absolvição, ainda que paradoxalmente fosse necessário condenar e, no limite, queimar na fogueira”⁶⁹. Nesse sentido, o *Malleus* explica que o juiz deverá usar a sua capacidade de persuasão, acompanhado de outros homens honestos e zelosos da fé cristã a compelir a confissão da vítima. Do contrário, deve proceder à tortura para obter o objetivo. Ainda salienta que aqueles que ajudam o juiz, ou seja, os auxiliares torturadores devem manifestar angústia e temor por seus atos bárbaros, não devem manifestar satisfação em praticar a tortura. Nesse caso, o juiz já procede com as falsas promessas de livrar a condenada da pena de morte, pois a orientação era condenar à prisão perpétua, ou seja, poupar-lhe a vida. Dever-se-ia

⁶⁶ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores. *Directorium inquisitorum***. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1993. p. 69.

⁶⁷ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores. *Directorium inquisitorum***. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1993. p. 69.

⁶⁸ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas. 2013. p. 53.

⁶⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”. In **Crítica À teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Editora Renovar 2001. p. 26.

manter a bruxa presa por alguns anos, mas o seu fim inevitavelmente deveria ser a fogueira. Nos casos de ter uma bruxa líder de outras, prende-se esta sob o regime de pão e água para que forneça informações para a captura de outras bruxas⁷⁰. Aqui se vê de forma manifesta o instituto da delação, nesse caso usando a prisão como meio de coação para “cooperar” com o juiz, método esse bem comum em nosso sistema de justiça criminal.

No que tange a tortura como prática de um sistema penal tendencioso a buscar a construção de uma verdade, tendo como meio o corpo do condenado, Eymerich aduz que:

“O inquisidor não deve se mostrar muito apressado em aplicar a tortura, pois só se recorre a ela quando não houver outras provas: cabe ao inquisidor tentar levantá-las. Mas, se não achá-las e se considerar que há a possibilidade de o réu ser culpado, e se achar também que ele não vai confessar por medo, trará até ele seus familiares e amigos, para que o convençam a confessar. O desconforto da prisão, a reflexão, as frequentes exortações da gente honesta muitas vezes levam o réu a confessar”⁷¹.

Cabe refletir acerca da construção deste ritual judicial de obtenção de verdade que tem diversos mecanismos para atingir o seu objetivo. Anitua dirá que o castigo-suplício, a dor física, não é um complemento da pena, mas sim a constitui⁷². Afirma que, a dor, os gemidos, o ranger de dentes do que sofre a tortura não é um acidente, tudo está no seu devido lugar, perante um público determinado para que se reforce a manifestação absoluta de poder⁷³. Não é por acaso que Tedesco faz a aproximação do direito com o teatro ao dizer que: “*el teatro, al igual que la sociedad, selecciona sea*

⁷⁰ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1991. p. 432.

⁷¹ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores. Directorium inquisitorum**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1993. p. 154.

⁷² ANITUA, Gabriel Ignacio. **Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales**. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2003. p. 69.

⁷³ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales**. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2003. p. 69.

tanto para castigar como para elegir⁷⁴. Da mesma forma, atribui ao direito o mesmo paradigma da ficção, ao passo que “*en el derecho, ella cumple una función indispensable y enriquecedora al adaptar la conducta de los hombres a los intereses del sistema económico-social vigente*”⁷⁵. Desse modo, ao entendermos que o sistema tinha por fim a concentração total do poder, a eliminação de alguns para reforçá-lo através do medo, qualquer forma de insurgência contra o sistema era tido como uma ofensa ao soberano, sendo possível a sua punição/eliminação.

Quando Eymerich se refere ao fato de o inquisidor ter a sua própria prisão, ele afirma ser possível. Sendo esta deve ser um lugar horroroso, pois foi concebida para o suplício dos condenados, e não para uma simples detenção⁷⁶.

O que vimos nessas breves linhas foi um sistema cuja brutalidade imperou por séculos. A expressão “a ciência não pensa”, de Heidegger, adaptada na frase “o direito não pensa”, através de Zaffaroni, ao expressar um sistema de inquisição e não de diálogo, de opressão e não de proteção, remete a uma falta de orientação cognitiva de seus idealizadores em promover tanto derramamento de sangue, acreditando estar defendendo uma ordem legítima, por estar defendendo a Deus, a Santa Fé, ou até mesmo ao Soberano contra o mal das Bruxas ou dos Hereges. Entretanto, resulta-nos difícil acreditar que seus operadores realmente acreditavam em todas as construções fáticas protagonizadas pelos julgamentos públicos.

A *inquisitio* impede a ciência de pensar, pois, como nos ensina Zaffaroni, “para saber alguma coisa a seu respeito, não há outro remédio senão parcializá-la de forma mais ou menos arbitrária, razão pela qual o saber que obtém acerca de cada uma dessas parcelas é inevitavelmente parcial e provisório”⁷⁷. Contudo, “quando se pretende que tal conhecimento seja a *verdade* (única) ou se escamoteia a questão por meio de alguma apelação para verdades *duplas*, o que se consegue é *deixar de pensar*”⁷⁸.

⁷⁴ TEDESCO, Ignacio. “El ritual judicial penal. hacia una teoría sociojurídica del enjuiciamiento penal” *In Nuevos paradigmas de las ciencias sociales Latinoamericanas*. Vol. I, nº 1, enero-julio 2010. p. 27.

⁷⁵ TEDESCO, Ignacio. “El ritual judicial penal. hacia una teoría sociojurídica del enjuiciamiento penal” *In Nuevos paradigmas de las ciencias sociales Latinoamericanas*. Vol. I, nº 1, enero-julio 2010. p. 27.

⁷⁶ EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores. Directorium inquisitorum*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1993. p. 203

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro, vol. I*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan. 2011. p. 503.

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro, vol. I*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan. 2011. p. 503.

Talvez a expressão de Zaffaroni amolde-se ao fato de não termos um sistema racional que vê o próximo como a si mesmo, premissa básica dos ensinamentos cristãos e tão esquecida pelos inquisidores. Essa racionalidade não pode conceber a diferença entre acusados⁷⁹, em que cada pessoa que seja submetida a um sistema penal seja tratada de forma igual, sem distinção de classe financeira, ou étnica. Talvez seja esse o horizonte projetado por Zaffaroni ao se referir a um sistema penal que não pensa.

Sem embargo, podemos vislumbrar sob outro viés a expressão “o direito não pensa”, ao se referir a esse modelo. E desse outro ponto, vemos sim, um sistema pensante, organizado, muito bem delimitado e com requintes de uma perfeição que se reflete até os dias atuais. No que tange a doutrina, Zaffaroni mostrou-nos que o Martelo das Feiticeiras está em um alto nível de racionalização, inversamente ao conteúdo pensante que se manteve inferior aos anos que se seguiu⁸⁰.

Não podemos dizer que tivemos um sistema penal não pensante, era extremamente racional, apenas se apropriava de conceitos e mistificações, em outras palavras, construções de acordo com o seu tempo que fossem legítimas, desde o ponto de vista do povo para manter a concentração de poder de forma totalizante. O que choca e de certa forma remete a uma orientação irracional é a brutalidade com que se praticava esse poder legitimado pela sociedade sob aspecto do medo. Eymerich deixa claro que a função das penas capitais e dos suplícios em praça pública era o de intimidar a sociedade, para que aquele torturado servisse de exemplo para que os demais não seguissem o mesmo caminho. Para tanto, após a morte do condenado, seus membros eram levados para distintas cidades a fim de servir de exemplo para além daqueles que estavam presentes no momento da aplicação da pena.

No entanto, a eliminação dos indesejáveis por meio das penas públicas sofre um câmbio significativo, não se elimina aquilo que pode ser uma força de trabalho ativo por anos. Muda-se a orientação da eliminação para o controle. Trataremos a seguir daquilo que entendemos que essencialmente mudou destes tempos para os dias atuais: a prisão. Por isso, seguindo o entendimento de Foucault, quando não foi mais tolerado matar em praças públicas, criamos muros, que hoje chamamos penitenciárias.

⁷⁹ Como tratamos neste ponto, devia-se avaliar a condição financeira do acusado. Frente a isto o exemplo mais emblemático é o de Galileu que só não foi para fogueira por pertencer a uma família rica e influente dentro da Igreja, no entanto, foi condenado a prisão domiciliar perpétua.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**, vol. I.4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan. 2011. p. 509.

2. O aprisionamento dos corpos dóceis

Veremos, no decorrer deste ponto, como o sistema penal se aperfeiçoa naquilo que reside em nossa crítica substancial com relação à prisão, em nosso caso específico da prisão processual. No entanto, não podemos deixar de abordar que esta (prisão processual) surge como uma “regra” na prática e não como exceção como deveria ser. A crítica, ou seja, denunciar o uso desenfreado das prisões processuais como ferramenta de abreviatura do processo e como mecanismo de controle. Em outras palavras, o tempo de um processo penal é demasiado longo para impor o controle sobre os corpos. Dessa forma, prende-se antecipadamente a fim de que se produza tantas provas quanto forem necessárias para que se referende aquilo que desde o princípio se tem como objetivo: a condenação.

Voltar ao passado e entender como o sistema se organizou e “legitimou” a banalidade da prisão faz-se necessário para que se entenda que, hoje em dia, onde a prisão penal apenas já não satisfaz a lascívia do poder, é preciso mais. Assim, banaliza-se a prisão processual, já que para esta não requer sentença, apenas argumentos pífios manifestamente inconstitucionais como ordem pública e econômica. Temos, então, uma etapa pré-penal, uma vez que, para Zaffaroni, hoje a prisão preventiva deixou de ser um instituto do direito processual, passando a ser do direito material. Em outras palavras, uma pré-pena ou uma pena antecipada, como muitos processualistas denunciam diariamente⁸¹.

Através das obras de *Vigiar e punir, Cárcere e fábrica e Punição e estrutura social*, teremos material suficiente para demonstrar que a aparente ilustração de um humanismo em que a pena deixa de ser o suplício e passa a ser a privação de liberdade vem travestida de outros interesses⁸². Do mesmo modo que essa construção concebe pena e cárcere como praticamente sinônimos⁸³, também potencializa a crise do sistema penitenciário, a falência da implementação efetiva de penas alternativas, fazendo com

⁸¹ Entre tantos, LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 9ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009.

⁸² “Essas mudanças não resultaram de considerações humanitárias, mas de um certo desenvolvimento econômico que revela o valor potencial de uma massa de material completamente à disposição das autoridades”. (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER. **Punição e estrutura social**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2004. p. 43).

⁸³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica. Origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 19.

que estas sejam propulsoras da expansão penal⁸⁴, pois resulta inaplicável um sistema de penas alternativas em que todo o eixo político criminal reside na prisão⁸⁵.

Entretanto, essa transição do suplício para a prisão ocorre, e, como sustenta Foucault, “*hay que castigar de outro modo: desahacer esse enfrentamento físico del soberano con el condenado*”⁸⁶. De acordo com Apolinário⁸⁷, o Direito Canônico a fins do século (XV-XVI) determina que se busque outra forma de punir que não seja mais pelo derramamento de sangue. Essa transformação contribuiu em muito para o encarceramento das massas de camponeses que migravam do campo para a cidade⁸⁸. Nesse sentido, Foucault lembra-nos da busca pelo respeito ao outro, tendo em mente que, por mais que se trate de um assassino terrível, ele não pode perder a sua humanidade, em síntese não se pode olvidar a humanidade do castigo⁸⁹.

Pavarini ensina que, na América colonial, W. Penn foi o inspirador da primeira legislação que aboliu a pena de morte, fazendo a *country jail*, inicialmente detenção preventiva para aguardar as penas corporais e capitais, ser mantida, mas para a inserção dos presos na *house of correction* que seguia o modelo holandês⁹⁰. Não obstante, com a morte de Penn, seu sistema também falece, voltando a serem introduzidas as penas corporais e capitais, e a *jail* retornando à sua função original, de modo a prevalecer o *free system* de modelo anglo-saxão, no qual o preso deve prover com recursos próprios a sua estadia. Tal modelo muda apenas em 1736, quando se determina que o detento preventivo deve ser mantido com dinheiro público⁹¹.

Sim, de fato deixou-se de matar. A pena deixa de ser a eliminação física para o controle dos corpos, chegando à nefasta conclusão de que essa transição não teve nada de valor humano agregado, e sim a necessidade de mão de obra para o projeto de

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos. Conferencias de criminologia cautelar**. São Paulo: Editora Saraiva. 2014. p. 498.

⁸⁵ APOLINÁRIO, Marcelo. **A prestação de serviços à comunidade como sanção penal**. Pelotas: Editora Universitária, UFPEL. 2012. p. 245.

⁸⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión**. Buenos Aires: Editores Siglo XXI. 2009. p. 85.

⁸⁷ APOLINÁRIO, Marcelo. **A prestação de serviços à comunidade como sanção penal**. Pelotas: Editora Universitária, UFPEL. 2012. p. 30.

⁸⁸ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica. Orígens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 5.

⁸⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión**. Buenos Aires: Editores Siglo XXI. 2009. p. 86.

⁹⁰ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica. Orígens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p.159.

⁹¹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica. Orígens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 160.

expansão da indústria⁹². A falta de mão de obra em número e qualidade fez com que, ao invés de simplesmente eliminar os indesejáveis, eles fossem convertidos em mão de obra. Para Ruche e Kirchheimer:

“A simples constatação de que formas específicas de punição correspondem a um dado estágio de desenvolvimento econômico é uma obviedade. É evidente que a escravidão como forma de punição é impossível sem uma economia escravista, que a prisão com trabalho forçado é impossível sem manufatura ou a indústria, que fianças para todas as classes da sociedade são impossíveis sem uma economia monetária”⁹³.

Ressaltando a hipótese de que não nos tornamos mais humanos ao deixar de matar para encarcerar⁹⁴, o que se viu foram pontos de vista teóricos que se aproximam, por um lado em Foucault uma intensificação do direito de punir de forma mais intensa, mais eficiente, reforçando o poder: “*no castigar menos, sino mejor; castigar con una severidad atenuada, quizá, pero para castigar con más universalidad y necesidad; introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social*”⁹⁵.

Por outro lado, em Melossi, vemos as *workhouses* e os *bridewells* diretamente conectados às necessidades econômicas de mercado. Em síntese, usar a força de trabalho e adestrar para o trabalho manufatureiro os ex-camponeses que se recusam a se submeter aos novos mecanismos de produção⁹⁶. Pavarini nos ensina que, na América colonial, W. Penn foi o inspirador da primeira legislação que aboliu a pena de morte,

⁹² De acordo com Melossi, a *Rasp-huis* de Amsterdã, surgindo na primeira metade do XVII, no período das origens do capitalismo alcança a sua forma mais desenvolvida. “A criação desta nova e original modalidade de segregação punitiva responde mais a uma exigência conexas ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista do que à genialidade individual de algum reformador- como frequentemente uma ‘história das ideias’ ou ‘a história do espírito’ tenta convencer-nos”. (MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica. Origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 39).

⁹³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER. **Punição e estrutura social**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2004. p. 20.

⁹⁴ Para Bitencourt eram muitos pobres para serem enforcados, devia-se buscar outra forma. (BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão. Causas e alternativas**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. p. 16).

⁹⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión**. Buenos Aires: Editores Siglo XXI. 2009. p. 95.

⁹⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica. Origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 13.

fazendo que a *country jail* que inicialmente era para detenção preventiva para aguardar as penas corporais e capitais fosse mantida, mas para a inserção dos presos na *house of correction* que seguia o modelo holandês⁹⁷.

Em resumo, em ambos os casos, seja para uma nova estrutura do poder (poder de castigar), ou para uma nova forma de aproveitamento das massas a serviço da produção industrial, o que vimos no transcorrer dos séculos foi um encarceramento massivo, obviamente essa massa era constituída pelas classes subalternas. Rusche e Kirchheimer ressaltam que a burguesia intensificou a criação de leis específicas para combater o delito contra a propriedade, sendo que ainda permanecia a distinção entre aqueles que têm capital e os desfavorecidos; pois, como retratam os autores, era uma lei totalmente orientada à criminalização das classes subalternas, favorecendo diretamente aos que detêm o capital, visto que o cometimento de tais crimes residia justamente perante aqueles que nada tinham⁹⁸.

De certo, já se tem conhecimento sobre o uso da mão de obra dos tidos como vagabundos, ociosos⁹⁹, que eram submetidos a regimes de detenção para reformar através do trabalho obrigatório e da disciplina¹⁰⁰. Mas é interessante trazer a necessidade desse uso desenfreado dessa mão de obra carcerária. Esse fenômeno deu-se essencialmente pela falta de mão de obra livre. Segundo Riche e Kirchheimer, o crescimento demográfico não acompanhou o mesmo nível de possibilidades de emprego. As guerras religiosas afetaram diretamente Inglaterra e França, enquanto a guerra dos trinta anos afetara a Alemanha, acarretando uma queda populacional de 18 para 7 milhões¹⁰¹. Nesse diapasão, Bitencourt assinala que essas guerras religiosas aumentaram significativamente o número de pobres, fazendo com que estes compunham quase a quarta parte da população¹⁰².

⁹⁷ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica. Origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p.159.

⁹⁸ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER. **Punição e estrutura social**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2004. p. 37.

⁹⁹ “*El correccional de Gante sobre todo ha organizado el trabajo penal en torno a imperativos económicos. Se aduce la razón de que la ociosidad es la causa general de la mayoría de los delitos.* (FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión**. 2ª Ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2009. p. 142).

¹⁰⁰ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica. Origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 36.

¹⁰¹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER. **Punição e estrutura social**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2004. p. 44.

¹⁰² BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão. Causas e alternativas**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. p. 15.

Como enfatiza Melossi, a casa de Amsterdã tinha uma finalidade dupla: por um lado, tinha o objetivo de disciplinar os rebeldes através da cultura do trabalho; por outro lado, a escassez de mão-de-obra na primeira metade do século XVII a qual levava a enfatizar a necessidade de fornecer aos internos uma preparação profissional¹⁰³. Bitencourt salienta que esse modelo de trabalho e a mais estrita disciplina amoldam-se ao modelo de prevenção geral, haja vista que uma das intenções era desestimular outros que pendiam para a vadiagem e para a ociosidade. Obviamente também traz o outro objetivo, talvez o principal motivo encarcerador que era o de vantagem econômica. Claro que também apregoava a ideia de que o preso deveria custear-se enquanto preso¹⁰⁴. De acordo com Foucault, o trabalho do preso deveria ser por um tempo proporcional ao delito, sem embargo, *trabajo público que quiere decir dos cosas: interés colectivo en la pena del condenado y carácter visible, controlable sobre el castigado*¹⁰⁵”

Para Apolinário:

“A transformação no sistema punitivo foi, num primeiro instante, estritamente vinculada à supervisão e controle de uma nova massa de excluídos oriunda da *crise* do sistema feudal, as modificações na economia agrícola e o crescimento das cidades. Já num segundo momento, foi vinculada aos interesses utilitaristas do Estado que utilizavam os diversos tipos de estabelecimentos prisionais para obter proveitos militares ou outro tipo de atividade necessária em virtude da *escassez* de mão-de-obra”¹⁰⁶.

Entre os estabelecimentos prisionais, há uma extensão dos mesmos aos hospitais, manicômios, conventos, tendo como a regra geral o controle e a disciplina.

¹⁰³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica. Origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 36.

¹⁰⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão. Causas e alternativas**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. p. 16.

¹⁰⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión**. Buenos Aires: Editores Siglo XXI. 2009. p. 127.

¹⁰⁶ APOLINÁRIO, Marcelo. **A prestação de serviços à comunidade como sanção penal**. Pelotas: Editora Universitária, UFPEL. 2012. p. 31.

Nessa ótica, a ideia é disciplinar¹⁰⁷ para os meios de produção. Obviamente que a ideia de extensão desse poder consiste em disciplinar e determinar os que estão dentro e os que serão excluídos¹⁰⁸. Nesse sentido, sobre a submissão às regras, uma vez internados os “bons” agradecerão ao internamento e lhes é oferecida a oportunidade do trabalho, ao passo que os “maus”, aqueles que se rebelam contra a pena, serão obrigados a trabalhar e privados de sua liberdade¹⁰⁹. Zaffaroni dirá que a disciplina foi buscada por dois caminhos distintos:

“Um deles se destinava aos pobres não culpáveis- a beneficência-, enquanto o outro era para os culpáveis – a institucionalização forçada- surgindo deste modo os asilos para os primeiros, os cárceres para os segundos, e situando-se o manicômio mais entre os segundos que entre os primeiros”¹¹⁰.

Essa ideia do “mal” também é trazida por Foucault, as linhas de objetivação entre delito e delinquente. Este segundo será classificado como um inimigo de todos, conseqüentemente perseguido por todo, excluído do pacto social e despido de qualquer garantia cidadã, volta ao estado de natureza e logicamente é classificado como “mal”, monstro, ou quiçá louco, doente mental, em resumo um anormal que deve ser banido do convívio social¹¹¹. De maneira precisa, Foucault expõe que: “*Los procesos de objetivación nacen en las tácticas mismas del poder y en la ordenación de su*

¹⁰⁷ “*La disciplina ‘fábrica’ individuos; es la técnica específica de un poder que toma a los individuos a la vez como objetos y como instrumentos de su ejercicio*”. (FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión**. 2ª Ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2009. p. 199).

¹⁰⁸ “O cárcere surge assim como o modelo de ‘sociedade ideal’. E mais: a pena carcerária – como sistema dominante do controle social- surge cada vez mais como o parâmetros de uma radical mudança no exercício do poder. De fato, a eliminação do ‘outro’ eliminação física do transgressor (que enquanto ‘fora do jogo’, se torna destrutível), a política do controle através do terror se transforma- e o cárcere é o centro desta mutação – em política preventiva, em contenção, portanto em destrutividade”. (MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica. Orígens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 217).

¹⁰⁹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica. Orígens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 59.

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral, vol. I**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 242.

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión**. Buenos Aires: Editores Siglo XXI. 2009. p. 117.

ejercicio”¹¹². Esse processo de demonização, de construção do inimigo é recorrente e acompanha toda a história do direito penal. Faz parte de um processo de submissão¹¹³ ideológica, em que as agências executivas legitimam a eliminação de convívio no âmbito social de determinados seres, o que Foucault denomina como uma submissão dos corpos mediante o controle das ideias, o que em sua opinião mostrou-se muito mais eficaz que o ritual dos suplícios em se tratando de reforçar a hegemonia do poder¹¹⁴.

No entanto, ademais da simples adequação dos presos no trabalho, para moldá-los ao sistema capitalista de produção e também para a fixação de teto salarial entre os trabalhadores livres, Bitencourt sustenta que “a função da casa de trabalho é indubitavelmente mais complexa que a de taxar simplesmente o salário livre”¹¹⁵. Para Melossi, a complexidade reside em o modo de produção capitalista precisar do poder do Estado, na violência concentrada e organizada da sociedade. Ainda, o autor alude à regularização dos salários do proletariado, prolongando sua jornada de trabalho, mantendo, assim, o operário dependente do sistema¹¹⁶. Para Ruche e Kirchheimer¹¹⁷, “a política salarial era orientada pelo princípio de que um país não poderia tornar-se rico se não dispusesse de uma grande quantidade de habitantes empobrecidos forçados a trabalhar para sair da pobreza”. Nesse sentido, os autores ensinam que o Estado assim tabelou os salários máximos para conter a competição dos preços de mão-de-obra derivado da livre concorrência de mercado¹¹⁸. Interessante reflexão de Pavarini a respeito da primeira condição. De acordo com ele, para que essa organização política ter êxito, é necessário fazer com que os excluídos da propriedade aceitem essas regras como naturais¹¹⁹.

¹¹² FOUCAULT, Michel. **Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión**. Buenos Aires: Editores Siglo XXI. 2009. p. 117.

¹¹³ “O trabalho não deve ser necessariamente produtivo, mas sim instrumental do projeto então hegemônico, da vontade de ‘transformar’ o criminoso em ‘ser subordinado’”. (MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica. Orígens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 199).

¹¹⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión**. Buenos Aires: Editores Siglo XXI. 2009. p. 118.

¹¹⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão. Causas e alternativas**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. p. 22.

¹¹⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica. Orígens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 59.

¹¹⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER. **Punição e estrutura social**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2004. p. 55.

¹¹⁸ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER. **Punição e estrutura social**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2004. p. 55.

¹¹⁹ PAVARINI, Massimo. **Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Buenos Aires: Editores Siglo XXI. 2002. p. 31).

Outro recurso que o Estado teve em tempos de escassez de força humana foi o recrutamento para o exército. França, Espanha e Inglaterra, no século XVIII, tinham dificuldade em recrutar homens. Assim, segundo Ruche e Kirchheimer¹²⁰, o aspecto analisado entre juízes e carcereiros não era o moral, e sim o físico para o recrutamento ao exército. A condenação a armas, de acordo com Apolinário, foi de alcance estritamente utilitarista. Porém, alude o mesmo autor que o trabalho realizado no exército e não marinha não era tão severo como o realizado no interior dos presídios. Ensina ainda que, no Brasil, esse sistema constituiu a base do sistema militar formado durante o império, passando por sucessivas crises após a Guerra do Paraguai, culminando na conhecida Revolta dos Marinheiros em 1910, cuja reivindicação era a de modernizar as relações de trabalho dentro da armada brasileira¹²¹.

Ressalta-se, dentre o que foi dito em breves linhas, a prática de enclausurar pessoas taxadas como perigosas, ou inimigas da sociedade, ameaçadores da norma, do padrão normal de comportamento, fixado no mais das vezes por uma minoria que através do poder econômico comprime a maioria ao seu modelo de comportamento. Toda essa construção de encarcerar os perigosos vem travestida de interesses nefastos de cunho utilitarista. Vimos, no transcorrer deste estudo, que toda a tentativa de legitimar o uso indiscriminado da prisão tinha por trás uma intenção mais cruel que o ideal que era “vendido” à sociedade. O uso propagandista do trabalho e disciplina para forjar um homem “vagabundo” ao trabalho não passa de uma falácia para usar a mão de obra carcerária aos moldes de um regime escravista. Nesse sentido, Rosa levanta uma questão pertinente: “o trabalho é um direito, não um dever”¹²². Ora, sob esse argumento que é irretocável, como podemos obrigar alguém a não ser ocioso? O documentário “A 13º Emenda” retrata de maneira interessante como o uso da mão de obra carcerária fomentou o desenvolvimento dos EUA. Ademais, explica – de forma praticamente incontestável – a demonização do negro na sociedade norte americana e o resultado disso, a massa carcerária dos EUA é constituída basicamente por negros.

Outro aspecto interessante foi o recrutamento de prisioneiros para o exército, pouco importando seus crimes, atentando apenas ao aspecto físico dos apenados. Nesse

¹²⁰ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER. **Punição e estrutura social**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2004. p. 51.

¹²¹ APOLINÁRIO, Marcelo. **A prestação de serviços à comunidade como sanção penal**. Pelotas: Editora Universitária, UFPEL. 2012. p. 37-38.

¹²² Segundo a Constituição em seu art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social.

sentido, vê-se que os crimes cometidos não são tão relevantes ante uma necessidade maior.

Considerando o que foi exposto, fica o questionamento: quais são os fins de uma pena senão uma justificativa para outros objetivos de ordem mais relevante para as estruturas do poder? A conclusão de Melossi e Pavarani¹²³, ao aludir que a fábrica é para o operário como um cárcere, e o cárcere é para o apenado é como uma fábrica, coaduna com essa dinâmica de controle absoluto, pois, uma vez saindo da prisão, tem a obrigatoriedade de trabalhar na fábrica. Foucault¹²⁴ também alude à questão ao apontar inicialmente que o suplício põe fim ao procedimento imposto pela inquisição, ao passo que o fato de submeter o sujeito à “observação” faz com que se alargue o procedimento, através de trabalho obrigatório, métodos disciplinares. Frente ao interrogante: “¿puede extrañar que la prisión se asemeje a las fábricas, a las escuelas, a los cuarteles, a los hospitales, los cuales, a su vez, se asemejen a las prisiones?”¹²⁵. Em outras palavras, apenas substituímos as instituições de controle. O que tentamos descrever nestes pontos iniciais desta pesquisa é uso desmedido e totalmente desorientado do poder de punir do Estado. Foucault não oculta em dizer que a ideia é o controle máximo, atenuando a pena, mas expandir as malhas do poder até que tenhamos o Estado de vigilância absoluto. O que Bauman descreveu em sua obra *Vigilância líquida* como o pan-óptico está para além das prisões, manicômios e hospitais. nesse sentido ele atribui seguindo os ensinamentos de Wacquant que:

“As práticas de tipo pan-óptico estão limitadas a locais destinados a seres humanos categorizados na coluna dos débitos, declarados inúteis, plena e totalmente ‘excluídos’- onde a incapacitação dos corpos, mais que seu aproveitamento para o trabalho útil, é o único propósito por trás da lógica do assentamento”¹²⁶.

¹²³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica. Origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 266.

¹²⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión**. 2ª Ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2009. p. 261.

¹²⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión**. 2ª Ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2009. p. 261.

¹²⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Editora Zahar. 2013. p. 58.

O que temos é a construção de um sistema de controle, violento¹²⁷, cujo monopólio compete ao Estado, o que chamamos de poder punitivo, que tem como expoente máximo a aplicação de uma pena, normalmente na modalidade de pena privativa de liberdade, cujos pressupostos legitimadores nunca foram alcançados, tendo um paralelo entre os seus modelos de justificação e a prática das agências no mundo real.

Por esses motivos, reforçamos que um modelo de prisão material ilegítimo, ou seja, que nunca atingiu uma resposta ao motivo de encarcerar pessoas não pode ter outro horizonte que uma visão agnóstica da pena¹²⁸. Foucault define bem que “*la prisión, en resumen, es incompatible con toda esta técnica de la pena-efecto, de la pena-representación, de la pena-función general, de la pena-signo y discurso. Es la oscuridad, la violencia y la sospecha*”¹²⁹. Sobre esses argumentos já exaustivamente debatidos pela doutrina, compete a nós denunciar, ainda que de forma preliminar, que a prisão penal – aplicada em regra, após todo o processo – é considerada injusta, desde a tentativa de responder à questão: por que se prende? Como podemos pensar que uma prisão processual, cujos elementos justificadores são tão amplos, pode ter alguma carga legitimadora? Como não pensar que a prisão processual hoje funciona como uma pressão para forçar a delação¹³⁰? Como pensar de forma distinta ante o número absurdo de presos provisórios em nosso país? Apenas este argumento seria o suficiente para restringir seus pressupostos, pois um método que prima pela excepcionalidade alcança quase a metade dos presos de um país. A conclusão a que se chega é que de excepcional esse sistema não tem é nada.

Passaremos a analisar o que entendemos como máximo do irracionalismo do século XX, a construção do inimigo no contexto nazifascista e o seu resultado mais assustador: o holocausto. Buscaremos tratar desde o ponto de vista, o qual interessa a esta pesquisa como esse modelo autoritário de poder banalizou o uso da prisão para a consequente eliminação dos indesejáveis.

¹²⁷ “*Porque el oficio de privar a un hombre de su libertad y de vigilarlo en la prisión es un ejercicio de tiranía*”. (FOUCAULT, Michel. **Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión**. Buenos Aires: Editores Siglo XXI. 2009. p. 133).

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 98.

¹²⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión**. Buenos Aires: Editores Siglo XXI. 2009. p. 133.

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 9ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009. p. 771.

3. A construção do discurso do inimigo: do Nazismo ao Fascismo

Parece torpe denominar como “a construção do inimigo” somente a partir do século XX com o nazismo e fascismo, quando nesta pesquisa falamos abertamente da construção de inimigos com o objetivo de eliminar classes ou pessoas tidas como indesejáveis ao corpo social. Para Carl Schmitt, “*el Estado, como unidad política, decide también por sí mismo, mientras subsiste, quién es el enemigo interno*”¹³¹. Essa é uma prática recorrente do poder punitivo, é difícil não encontrar na história das ideias penais algum momento em que não houve essa ruptura entre os de dentro e os de fora. Zaffaroni nos ensina que esse modelo de autoritarismo (nazi/fascista)¹³² “não pode ser analisado pelo enfoque do direito penal, mas sim como fenômeno midiático especial publicitário”¹³³. Ainda para Zaffaroni:

“No século XX, manifestou-se abertamente a tendência legislativa a distinguir entre inimigos da sociedade e indisciplinados, com o objetivo de anular limites garantidores, de forma absoluta- que contempla a eliminação física- para os primeiros, e relativa –redução de garantias- para os segundos; de uma maneira franca, postulou-se o abandono dos limites e o retorno ao inquisitório”¹³⁴.

Para Dal Ri Jr., a política criminal fascista residia em dois fatores: uma maior severidade das leis contra a delinquência em nome da defesa do Estado e dos interesses individuais e coletivos pelos cidadãos, ou seja, aqueles merecedores da proteção do Estado; ao passo que o segundo fator era o de incrementar mecanismos mais eficazes de

¹³¹ SCHMITT, Carl. **Concepto de lo político**. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía. 2006. p. 60.

¹³² “*La I Guerra Mundial no fue inevitable, pero en cambio la segunda sí lo era, una vez que Adolfo Hitler se hubo apoderado del mando en Alemania. Los orígenes y carácter de su movimiento, y del fascismo en general, se han discutido durante largo tiempo y con notable extensión. Los movimientos fascistas o semifascistas emergieron durante la década de 1920 a 1930 en varias naciones europeas. Dondequiera subieron al poder, se distinguieron en seguida por el principio del caudillaje, la supresión de todas las libertad democráticas, una propaganda fanática en pro del nacionalismo, y, en la mayoría de los casos por su agresiva política exterior*”. (LAQUEUR, Walter. **La Europa después de Hitler. Tomo I**. Madrid: Editora Zarpe. 1985.p. 48).

¹³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: 2007. p. 53.

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro, vol. I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan. 2011. p. 403.

proteção e prevenção de delitos¹³⁵. Frente a isso, os denominados modelos irracionais de direito penal, segundo Ferrajoli, assumem uma natureza de medida preventiva ao invés de retributiva, entretanto o professor italiano ressalta que não se tenha em conta o aspecto prevenção citado como alguma aproximação da prevenção geral, exercida através de seu carácter intimidador, e sim ligada ao aspecto de prevenção especial ligada diretamente a sua cominação preventiva¹³⁶. Obviamente esse tipo de perseguição justifica-se desde as premissas desenvolvidas pelo fascismo, porque, de acordo com Dal Ri Jr., a ideia de apresentar um Estado como um organismo jurídico, político, econômico, ético e religioso constituía a diretriz do Estado italiano naquele tempo¹³⁷.

Segundo Zaffaroni, o direito penal fascista caracteriza-se por sua ampla proteção do Estado. A tutela do Estado busca a definição do delito político em relação às motivações, com o intuito de potencializar a repressão. Frente a isso, adverte o autor que, nesse caso, confundem-se delitos contra o sistema político e delitos contra a personalidade do Estado¹³⁸. Essa concentração de poder, ou seja, reforço do poder punitivo em favor do Estado é a ideologia fascista incorporada ao Código Penal de Alfredo Rocco, onde boa parte de seu discurso residia sobre a “*difesa dello Stato*”, segundo o magistério de Dal Ri Jr.¹³⁹ Exemplificando a ideia do Código, Zaffaroni perlustra que o “crime de aborto não é um delito contra a pessoa, e sim contra a saúde e a integridade da estirpe”¹⁴⁰, da mesma forma que o estupro constitui um crime contra a “moralidade pública e os bons costumes”¹⁴¹. O elemento nacional está sempre conectado, ademais de manifestar-se sempre num estado de emergência/exceção, onde os “outros” ameaçam nosso modo de vida. Por esses motivos, podemos/devemos combater o inimigo de todas as formas possíveis para garantir o nosso modo de vida, bem como nossa estrutura de Estado. Discurso recorrente em governos totalitários, e no caso do fascismo, ainda que não tenha ido tão longe como o nazismo em abolir a

¹³⁵ DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos. A repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 225.

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 9ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009. p. 102.

¹³⁷ DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos. A repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 230.

¹³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral, vol. I**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 289.

¹³⁹ DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos. A repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 239.

¹⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral, vol. I**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 290

¹⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral, vol. I**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 290.

legalidade em troca do sentimento do *Führer*, não fazia distinção em seu Código entre atos meramente preparatórios de executórios bem como da tentativa, aplicando medidas de segurança contra conspiradores sem sequer haver início de execução de tais atos¹⁴². Segundo o Ministro da Justiça italiano, a pena não poderia ser diferente entre o que atenta contra a soberania da pátria e nem para aqueles que turbem a sua tranquilidade (Estado) numa tentativa de guerra¹⁴³.

Obviamente que, ao falar de nazismo, nos remetemos ao holocausto, ao extermínio massivo dos judeus, visto que para Hitler:

*“El judío fue siempre un parásito en el organismo nacional de otros pueblos, y si alguna vez abandonó su campo de actividad no fue por voluntad propia, sino como un resultado de la expulsión que de tiempo en tiempo sufriera de aquellos pueblos de cuya hospitalidad había abusado”*¹⁴⁴.

Mas devemos ressaltar que esse discurso propagado por Hitler tinha de ter a aprovação da população alemã, por não se eliminar classes indesejáveis sem um bom programa propagandístico¹⁴⁵ e conseqüentemente uma organização estrutural que acomode toda a massa excedente. Sabemos que a Alemanha mergulhava numa grande crise econômica logo após perder a Primeira Guerra Mundial. O discurso de Hitler foi o clássico uso do elemento nacionalista¹⁴⁶, objetivando reunificar uma Alemanha para alemães. Dessa forma, entre as suas propostas estava a de não cumprir o Tratado de Versalhes, que obrigava a Alemanha a indenizar os países vencedores¹⁴⁷, a fomentar o

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral, vol. I**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 290.

¹⁴³ DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos. A repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 235.

¹⁴⁴ HITLER, Adolf. **Mi lucha**. Buenos Aires: Editores Temas Contemporâneos. 1983. P. 142.

¹⁴⁵ Quando Hitler assumiu o poder absoluto da Alemanha nomeou Joseph Goebbels para o Ministério da propaganda. (ARRUDA, José Jobson de A. **História moderna e contemporânea**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Ática S.A. 1975. p. 337).

¹⁴⁶ “Seu nacionalismo era extremado. Opunha-se aos judeus num anti-semitismo cujas origens são difíceis de explicar. Via os judeus como fator de corrupção do povo alemão”. (ARRUDA, José Jobson de A. **História moderna e contemporânea**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Ática S.A. 1975. p. 337).

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. **La paz por medio del derecho**. Madrid: Editorial Trotta. 2003. p. 106.

antisemitismo, uma vez que os bancos na Alemanha, em boa parte, pertenciam aos judeus¹⁴⁸ e a incentivar a indústria na construção de estradas e material bélico.

Sem dúvidas, o judeu foi o povo mais perseguido e eliminado durante a Segunda Guerra, no entanto também os homossexuais, ciganos, os vagabundos, ociosos e os feios denominados “*asociales*”, segundo o artigo de Mezger, cujo estudo preliminar do tema por Munõz Conde mostra-se muito esclarecedor ao aludir que, em 1939, um Decreto emanado diretamente por Hitler ordenava a execução de doentes mentais e terminais em manicômios. Foi criado um direito penal exclusivo para a Polônia para o tratamento dos “estranhos da comunidade”. E, como nos ensina Muñoz Conde, a eliminação dos ditos “*asociales*” foi quicá a menos conhecida, especialmente pela falta de interesse político por essas pessoas. Na “ação T4” em 1938, os “*asociales*” eram presos em massa e levados a campos de concentração, de onde normalmente não saíam mais¹⁴⁹. Tendo em claro que aqui estamos falando exclusivamente de medidas de cunho policial, pois como se sabe Hitler tinha a Gestapo, a SA que logo foi substituída pela SS, polícia executiva de Hitler, considerando que seu governo tinha polícias, administrativa, política e criminal. A noite das facas longas, como ilustra Zaffaroni, não foi mais que o assassinato seletivo de dissidentes do próprio partido nazista¹⁵⁰. A Gestapo, consoante Munõz Conde, era responsável pela captura de muitos destes “*asociales*”¹⁵¹. Como se pode deduzir, a lógica do sistema era a vontade do *Führer* sobre qualquer outra, a mera oposição da vontade totalizadora de Hitler podia ser combatida através de sua polícia que prendia seguindo a vontade do soberano, em outras palavras, a concretização do *Führerprinzip* (“princípio da legitimidade do chefe”).

¹⁴⁸ Interessante ressaltar que este fenômeno antecede o século XX, pois segundo Hannah Arendt “o surgimento simultâneo do anti-semitismo na Alemanha, Áustria e França no fim do século XIX foi precedido por uma série de escândalos financeiros e negócios fraudulentos, cuja origem principal era uma superprodução de capital disponível”. Graças aos ensinamentos marxistas, a classe trabalhadora pode perceber a dupla função capitalista, a de ser explorado pelo capital, e de ter a oportunidade de produzir, logicamente o movimento esquerdista da classe média inferior voltou-se contra o capital bancário, como se sabe muitos destes banqueiros eram judeus, tornando-se dessa forma inimigos dos trabalhadores, o resultado dessa equação é que a classe trabalhadora torna-se anti-semita. (ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Editora Cia das Letras. 1989. pp. 56-58).

¹⁴⁹ CONDE, Francisco Munõz. “Estudio preliminar. La esterilización de los asociales en el Nacionalsocialismo ¿Un paso para la solución de la cuestión social?” *In Revista de Derecho Penal*. julio 2002. Nº 10. Editora La Ley. p. 5.

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: 2007. p. 55.

¹⁵¹ “*Así sucede, por ejemplo, cuando alguien ve un mutilado pidiendo en una esquina: la primera vez está dispuesto a darle diez peniques, la segunda vez sólo le dará cinco, y si lo vuelve a ver una tercera vez lo denunciará con toda frialdad a la policía*”. (CONDE, Francisco Munõz. “Estudio preliminar. La esterilización de los asociales en el Nacionalsocialismo ¿Un paso para la solución de la cuestión social?” *In Revista de Derecho Penal*. julio 2002. Nº 10. Editora La Ley. p. 5).

Nesse sentido, “a escola de Kiel apresentava o direito como instrumento de ordenação da vida social, legitimado pelo espírito do povo”:¹⁵²

“O sentimento de Führer deveria preponderar sobre o próprio direito, já que o dirigente estatal catalisava toda a vontade do povo alemão. O magistrado, segundo tal escola, poderia e deveria julgar segundo critérios metajurídicos, isto é, não se encontrava totalmente jungido às leis, o que autorizava o recurso ao “são sentimento do povo” para punir. Deste modo, o criminoso passava a ser visto como violador do dever e da fidelidade do cidadão ao Estado. Basta observar o comportamento do movimento nacional-socialista alemão, que se negava a aceitar a forma legal e o normativismo, para, ao final, vivificar a realização de uma justiça material arraigada no espírito objetivo da comunidade”.¹⁵³

Não é por menos que Nelson Hungria adverte como sendo “o momento que ‘O leão mostra a garra’, citando a revelação de *Schaffstein*, professor de direito em Leipzig, que proclama sem rodeios, do alto de sua cátedra (A lei é o que o *Fuhrer* ordena)”.¹⁵⁴ Pertinente à classificação dada pela Hungria ao Estado Nacional Socialista de “Estado todo- poderoso”¹⁵⁵, onde, bem sabemos, o princípio da legalidade foi suprimido, por, como acabamos de falar, a Lei ser do *Führer*. Portanto, a norma é secundária, passando a sua frente a analogia, e não qualquer analogia, e sim a de Hitler. Sobre esse aspecto, interessante reflexão é trazida por Zaffaroni em recente tradução de um manuscrito descrito por ele como um disparate, no qual se aduz que:

“En cuanto a la derogación del principio de la legalidad y de irretroactividad de la ley penal, el mismo Stegert afirmaba que ‘con la

¹⁵² DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 246.

¹⁵³ JÚNIOR, Arno Dal Ri. **O Estado e Seus Inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006. p. 247.

¹⁵⁴ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 4º Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 1958. p. 17.

¹⁵⁵ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 4º Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 1958. p. 18.

admisión de la analogía incluso en perjuicio del infractor, entroncamos con las tradiciones del derecho histórico'. Henkel afirmaba que la seguridad jurídica era la certeza de que el derecho se aplicará conforme a la comunidad del pueblo. Nagler descartaba la idea de seguridad jurídica, para reemplazarla por la 'inevitable frescura de la vida emergente del auténtico principio de justicia creciente en la conciencia popular. El propio programa del partido nazi prescribía el rechazo de la legalidad penal: 'Criminal es quien mediante su actividad perjudica los intereses comunes''¹⁵⁶.

Cabe destacar que um dos expoentes da reforma penal no Estado Nacional Socialista foi Mezger, sustentando que “*las finalidades del nuevo régimen teniendo en cuenta que el 'nuevo Estado total se construye sobre las dos ideas básicas de pueblo y raza'*”¹⁵⁷. Para ele, o elemento racial está diretamente conectado à forma de delinquir do indivíduo, bem como o seu comportamento no seio da sociedade¹⁵⁸.

Tal modo de pensar remonta ao Estado de perigo, em que não se pune as condutas, e sim as pessoas. O Estado não se contenta em punir fatos, ele persegue o sujeito. É um retorno ao positivismo Lombrosiano¹⁵⁹, ao aspecto biológico do sujeito. Segundo Toledo, o progenitor desta teoria (direito penal do autor) foi Franz von Liszt o qual dizia que “*deve-se castigar não o ato, mas o autor*”¹⁶⁰. Entretanto, conforme o entendimento predominante, devemos respeitar a culpabilidade pelo fato, em que o direito penal atua sobre determinadas condutas selecionadas como reprováveis¹⁶¹.

¹⁵⁶ HELMUT, Nicolai. **La teoría del derecho conforme a la ley de las razas: lineamientos de una filosofía jurídica nacionalsocialista**. Estudio preliminar de E. Raúl Zaffaroni. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLASCO. 2015. p. 28.

¹⁵⁷ MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal, tomo 1**. Introducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 2010. p. 16.

¹⁵⁸ MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal, tomo 1**. Introducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 2010. p. 16.

¹⁵⁹ Segundo Lombroso “*los estafadores tienen poderosas mandíbulas, los zigomas alejados entre sí, peso corporal bastante alzado, padres ancianos, e inteligencia discreta y en algunas ocasiones muy desarrollada*”. (LOMBROSO, César. **Los criminales**. Barcelona. Centro Editorial Presa. p. 18). Também em sua obra clássica *L'umo delinquente*, Lombroso faz alusão a influência das raças na incidência do delito: “*Certo è all'influenza di razza che si deve il fatto del predominio di alcune specie di reati in alcune regioni; così nel Mantovano predomina il delitto dei furti di polli, e l'incendio*”. (LOMBROSO, Cesare. **L'umo delinquente**. 5ª Ed. Torino: Fraterlli Bocca Editori. 1897. p. 26).

¹⁶⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 1994. p. 236.

¹⁶¹ “*La comprensión de que el elemento específico de la culpabilidad radica en la 'reprochabilidad', es el resultado de un largo proceso de evolución*”. (WELZEL, Hans. **Derecho penal, parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor. 1956. p. 150).

Assim, de forma mais incisiva, Bauman ensina que “*la culpabilidad sólo puede referirse a un hecho, y sólo un hecho vuelve culpable al autor*”¹⁶². Sem embargo, fica claro que, mediante esses tempos de totalitarismo, o direito penal do autor predominava, objetivando a identificação do inimigo. Na realidade, o que esses sistemas totalitários faziam era criar a identidade do bode expiatório para investir em sua caçada. Como vimos, as ferramentas, desde o Código de Rocco, adiantaram as barreiras da punibilidade, ou seja, puniram atos meramente preparatórios, ao caso do nazismo, no qual a vontade do *Führer* era a lei do Estado e as polícias faziam todo o trabalho sujo de captura e encarceramento, na maioria das vezes, em campos de concentração para trabalhos forçados. Quando estes não serviam de experiências macabras para testar os limites do corpo humano.

Obviamente que o eixo norteador dos regimes totalitários foi sempre o encarceramento para a eliminação do mal indesejado. Nas palavras de Mezger, para eliminar os estranhos. Pode-se dizer que o holocausto é o produto final da modernidade, a dicotomia problema/solução na acepção mais adequada ao cientificismo moderno e da técnica¹⁶³. No dizer de Milner:

Pues bien: la modernidad de lo moderno en materia de técnica se llama ‘invención’. Tras la evidencia de la guerra mundial, la tecnicidad de lo técnico se llama ‘destrucción’, y lo destructivo de la destrucción se llama ‘matanza’. Si tiene que haber una solución definitiva del problema judío, debería descansar sobre una invención técnica mortal. Esta invención tiene nombre: cámara de gas. En ella se combinan de manera inédita la química industrial, la taylorización y la arquitectura funcional. Al revés de lo que podría pensarse, no les debe nada específico a las técnicas de la guerra; no se emplea ningún arma, ningún gas de combate. Todo está situado en el régimen de producción; Auschwitz era una fábrica. Treblinka era una cadena de

¹⁶² BAUMAN, Jürgen. **Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos.** Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1973. p. 215.

¹⁶³ A técnica segundo Schmitt era do campo da neutralidade, por este motivo estava ao alcance de todos, logo todos tinham acesso a esta para o desenvolvimento das ferramentas necessárias para defender ou propor a guerra, ou seja, a construção de armas. Frente a isto Schmitt salienta que o império da técnica, sua ascensão corresponde ao declínio da moral e do espírito, o que não deixa de ser uma previsão nefasta do que estava por vir. (SCHIMITT, Carl. **Concepto de lo político.** Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía. 2006. p. 120-125.

*muerte ciertamente primitiva, pero funcionaba bien. Belzec era un laboratorio*¹⁶⁴.

Em síntese, o resultado disso é de conhecimento geral, o extermínio massivo dos judeus, e claro, de ciganos, homossexuais como vimos no artigo de Muñoz Conde, da mesma forma que poloneses e comunistas¹⁶⁵. A irracionalidade desse sistema penal foi responsável pela captura dessa massa que gira em torno de 7 milhões de pessoas. Alguns dos presos podem ter sido julgados, mas a grande massa foi simplesmente retirada de suas casas e levadas para campos de concentração. Presos por serem judeus, comunistas, homossexuais, condenados por uma questão de aversão do poder dominante. Não há que se falar em prisão preventiva, no entanto não há que se falar em prisão fundamentada. A prisão processual/cautelar era desde o seu início definitiva e a pena era os trabalhos forçados, servir como cobaia em experiências das mais bizarras possíveis de se imaginar, e o cumprimento efetivo da pena terminava numa vala, a liberdade para esses condenados era a morte.

Nesse período, ultrapassamos todas as barreiras da racionalidade humana, a indiferença com o outro e a cientificidade levada ao seu extremo criou esse monstro que se chama holocausto.

4. A prisão preventiva como o máximo do irracionalismo político criminal

Obviamente que devemos fazer uma ressalva no que tange ao irracionalismo de um modo geral. Não há que se discutir que, na atualidade, o máximo do irracionalismo de um sistema penal consiste na pena de morte. É indiscutível que a pena de morte, em nossa opinião, não consiste em pena, e sim numa eliminação.

A proposta lançada sobre este ponto consiste em criticar, em linhas gerais, o que será trabalhado de maneira mais densa nos dois capítulos que seguem esta

¹⁶⁴ MILNER, Jean- Claude. **Las inclinaciones criminales de la Europa democrática**. Buenos Aires: Editora Manantial. 2007. p. 59.

¹⁶⁵ MILNER, Jean- Claude. **Las inclinaciones criminales de la Europa democrática**. Buenos Aires: Editora Manantial. 2007. p. 61.

investigação, no que se refere ao fato de termos um sistema restritivo de liberdade, que passa por critérios voláteis de análise para a sua aplicação. O que buscaremos discutir é que, ante toda uma complexidade que compreende o processo penal, temos um resultado que não atinge as expectativas¹⁶⁶. Dessa forma, questionamos: se a pena, se dá frente a toda a complexidade de um processo, que normalmente leva anos para ser finalizado, tem por resultado algo que corresponde a uma insatisfação geral de todos os envolvidos, como podemos esperar racionalidade de um modelo de restrição da liberdade que pode ser dado em menos de vinte e quatro horas e sem contraditório?

É frente a isso que lançamos mão da hipótese de que a prisão preventiva, nos moldes em que tem sido usada, corresponde ao máximo do irracionalismo em nossa política criminal, porquanto muito se discute acerca de leis de cunho expansionista¹⁶⁷, nas quais a ideia corresponde a cada vez mais a criação de tipos penais, decorrentes de uma fomentação de que o direito penal funciona para proteger bens jurídicos¹⁶⁸, sendo, então, a discussão sobre a ineficácia do direito penal clássico, dado que estamos frente a uma sociedade globalizada e de risco, fato que gera uma série de incertezas, levando ao questionamento se o direito penal clássico é apto a proteger essa sociedade global e dos novos riscos do século XXI¹⁶⁹. O terrorismo e os crimes cometidos por meios virtuais não alcançam a tutela do tradicional código penal: é preciso mais, logo se pensa em novos tipos penais que estejam orientados à proteção de novos bens jurídicos que surgem da sociedade globalizada.

Velhos problemas também vestem uma nova roupagem. Principalmente no Brasil, as duas leis mais emblemáticas de cunho expansionista, com características

¹⁶⁶ “*El punitivo no resuelve los conflictos porque deja a una parte (la víctima) fuera de su modelo. Como máximo puede aspirar a suspenderlos, dejando que el tiempo los disuelva, lo que dista mucho de ser una solución, pues la suspensión fija el conflicto (lo petrifica) y la dinámica social, que continúa su curso, lo erosiona hasta disolverlo*”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Tratado de derecho penal. parte general**. 2ª Ed. Buenos Aires: Editora Ediar. 2002. p. 6).

¹⁶⁷ Larrauri Pijoan nos ensina que populismo punitivo, desde a óptica político criminal se aproxima ao fenômeno de expansão, tendo seu uso por parte das agências executivas em três situações: “*que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay unas ganancias electorales producto de este uso*”. (PIJOAN, Elena Larrauri. “Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión”. In **Derecho penal y político transnacional**. Coord. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Barcelona: Editora Atelier. 2005. p. 284).

¹⁶⁸ Justificativa legitimadora do *ius puniendi*.

¹⁶⁹ Nesse sentido Malan nos lembra que para Hassemer “os fenômenos da modernização e da globalização vem ameaçando maciçamente as clássicas garantias do processo penal, sendo que as reformas processuais penais ‘concentram-se nas últimas décadas somente na fase de investigação, isto é, naquela parte do processo em que se trata de instrumentos de controle’”. (MALAN Diogo Rudge. “Processo penal do inimigo”. In **Revista brasileira de ciências criminais**. n. 59. São Paulo: Editora RT. 2006. p. 231).

pontuais do que poderíamos nos atrever de uma aproximação a um direito penal do inimigo, são as leis 8072/90 (Lei dos crimes hediondos)¹⁷⁰ e a 11.343/06 (Lei de drogas)¹⁷¹. De certo, entre estas talvez o Regime Disciplinar Diferenciado (Lei 10.792/03)¹⁷² seja o pior e, sem fugir à regra, aplica-se aos presos provisórios, não fazendo distinção alguma em relação aos condenados. Seguindo essa linha, mais recentemente, temos a tentativa de aprovar o pacote anticorrupção, o que corresponde a uma tentativa desesperada do MPF em burlar as regras do jogo democrático na busca da eficácia penal máxima, atropelando todo tipo de garantia constitucional. Temos também a aprovação da Lei Antiterrorismo (Lei 13.260/16). Indubitavelmente há uma série de leis as quais, analisadas de forma mais criteriosa, remetem a características lombrosianas e ao modelo descrito por Jakobs¹⁷³ na dicotomia amigo/inimigo. Entretanto, citamos algumas das mais emblemáticas e polêmicas desde nosso ponto de vista.

Todos estes modelos, entre outros na esfera penal, correspondem ao que a doutrina tem chamado de expansão do direito penal¹⁷⁴, ou seja, novas leis que surgem para combater o que seus defensores chamam de novos delitos, ou novos bens jurídicos, considerando-se que apenas com estas novas normas teremos a proteção efetiva dessa nova sociedade globalizada e de risco. Não entraremos na crítica específica de cada um destes ordenamentos plasmados de inconstitucionalidades¹⁷⁵, pois são normas que

¹⁷⁰ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos. Anotações sistemáticas à Lei 8.072/90**. 4ª. Ed. São Paulo: Editora RT. 2000.

¹⁷¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil. Estudo criminológico e dogmático**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007.

¹⁷² Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, *sujeita o preso provisório*, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar *presos provisórios* ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o *preso provisório* ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando."

¹⁷³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo. Noções e críticas**. 3ª Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2008.

¹⁷⁴ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª Ed. Madrid: Editora Civitas. 2001.

¹⁷⁵ Sem esforço, abordamos a vedação de progressão de regime na Lei dos crimes hediondos, declarado inconstitucional pelo STF :“Súmula vinculante 26 do STF: para efeito de progressão de regime no

decorrem de um marco comum: a emergência¹⁷⁶. Este fator gera o atropelo, o medo e a insegurança, fazendo com que se aprove dispatates jurídicos que jamais atenderam ao que se propuseram.

Citamos apenas a ponta do *iceberg* do que lemos de forma recorrente correspondente ao fenômeno de expansão do direito penal. No entanto, devemos lembrar que tudo isso descrito passará por um processo coordenado por um juiz, o qual deve ser imparcial aos fatos, para, por fim, termos a obtenção de uma sentença. Entretanto, é relevante trazer à baila que ante todo esse aparato que citamos, a prisão preventiva¹⁷⁷ opera juntamente, de maneira quase que administrativa, quase que automática, tendo como resultado o máximo da irracionalidade de todos esses modelos, uma vez que o resultado final destes se dá ante uma sentença, todavia a prisão processual em todos estes casos, ainda que concedida ante decisão judicial, opera quase sempre de forma instantânea, tendo como resultado prático uma pré- pena. Assim, diante do conjunto de ilegalidades que mencionamos nessas leis de cunho emergencial –

cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2 da Lei 8.072/90, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”. A descriminalização do art. 28 da Lei de drogas (GARCIA, Roberto Soares. “A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas” *In Boletim IBCCRIM*. 281-abril/2016. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4740-A-inconstitucionalidade-do-art-28-da-Lei-de-Drogas. Acesso: 30/12/2016. No que tange ao pacote anticorrupção proposto pelo MPF e com ampla aceitação popular não há que se falar por exemplo em flexibilização da prova ilícita. (FERNANDES, Ignácio N. “O pacote anticorrupção: a flexibilização da prova ilícita em nome da ‘justiça e da liberdade’: uma inversão total das regras do jogo democrático *In FADERGS*- v. 7, n. 2, jul.-ago. 2015. pp. 21-50). A lei antiterrorismo decorre de um pontos complexos já trabalhados em outras oportunidades (FERNANDES, Ignácio N. **Los estándares internacionales de represión al terrorismo internacional. Un paradigma político criminal para Argentina y Brasil**. Saarbrücken: Editorial Académica Española. 2016. FERNANDES, Ignácio N. **El paradigma de los delitos de terrorismo entre derecho interno y internacional. El paradigma de los delitos de terrorismo en los albores del siglo XXI**. Saarbrücken: Editorial Académica Española. 2012). Em ambos os trabalhos, além de criticar a desnecessidade de um país como o Brasil ter uma legislação antiterror sem ter nem em sua história, e nem no presente qualquer traço de ameaça terrorista em seu território. Por outro lado no que tange ao paradigma dos *stándares internacionales*, trabalhamos com a hipótese inicial de que o que se aprova em matéria de terrorismo, tanto na Argentina como no Brasil não tem conexão alguma com a política criminal de cada país, gerando dessa forma um descompasso jurídico. A conclusão que se chega é que apenas para atender as recomendações/determinações de organismos internacionais inserimos essas normas em nosso ordenamento pátrio. Por outro lado, ainda sobre o terrorismo, crítica pertinente faz Sueiro ao abordar que por exemplo na Argentina se tipificou os delitos qualificados de terrorismo (associação ilícita e financiamento) mas não tipificou o tipo básico (terrorismo). (SUEIRO, Carlos Christian. **La política criminal de la posmodernidad. La contienda en los albores del siglo XXI entre dos modelos político-criminales**. Lima: Ediciones Jurídicas del Centro. 2010. p. 328).

¹⁷⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2002.

¹⁷⁷ Nesse sentido Sueiro Adverte: “*Estas características del derecho material punitivo también se trasladan al derecho procesal y se hacen visibles ante determinados imputados ‘peligrosos’ mediante institutos como la prisión preventiva, la incomunicación, las intervenciones telefónicas, los investigadores encubiertos*”. (SUEIRO, Carlos Christian. **La política criminal de la posmodernidad. La contienda en los albores del siglo XXI entre dos modelos político-criminales**. Lima: Ediciones Jurídicas del Centro. 2010. p. 288).

mas que se perpetuam, trazendo a ideia de *perene emergência* de Moccia¹⁷⁸ ou a lógica de exceção de Agamben, em que se confunde é exceção e estado de direito – chega-se à conclusão que o Estado de exceção é a regra, ou seja, é permanente e não mais a exceção¹⁷⁹. Dentro de toda essa margem, a prisão preventiva opera quase como regra dentre todas, atuando à margem, como ferramenta primeira, pois, ao mínimo fundamento que seja preenchido: *a violação da ordem pública* ou *econômica* já se captura o corpo. Logo, com o corpo do acusado em mãos, é possível pressionar a fim de obter a delação, ou simplesmente mantê-lo preso pelo prazo que decorra o processo, porque normalmente, em casos em que se aplica tais leis, o Estado quase nunca se engana. A regra do jogo não consiste em apuração de fatos, consiste na captura de elementos/provas, nem que para isso sejam elas construídas para obter o resultado final que é a condenação. Por isso, os fundamentos da prisão preventiva são justos desde o inquérito ou oferecimento da denúncia na maioria dos casos.

Faremos o esforço de aprofundar todas as inquietações de forma mais densa, para finalmente chegarmos à hipótese de que a prisão preventiva compreende o máximo da irracionalidade de nosso sistema político criminal e, por fim, questionar: se a privação de liberdade – que consiste numa pena não tem uma justificativa positiva, como uma prisão processual, a qual, desde o ponto de vista fático, tem os mesmos efeitos da pena privativa de liberdade – tem fundamentos positivos. Isso, a fim de manifestarmos nossa adesão a um horizonte negativo da prisão processual, assumindo a função de conter esse fluxo do poder punitivo, fazendo às vezes do dique da irracionalidade¹⁸⁰ deste sistema que opera cada vez mais sem controle.

¹⁷⁸ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª Ed. Madrid: Editora Civitas. 2001. p. 167.

¹⁷⁹ AGAMBEN Giorgio. **Estado de exceção**. 2ª Ed. São Paulo: Editorial Boitempo. São Paulo, 2007. p. 18.

¹⁸⁰ KHALED JR, Salah H. “O homem do dique e a irracionalidade do pensamento jurídico- penal sedimentado: reencontro subversivo com a história política do direito penal”. In **Controvérsias criminais. Estudos em homenagem ao professor Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni**. Org. Diego Bayer. Editora Jaraguá do Sul: Letras e conceitos. 2013.

CAPÍTULO II

SUBSTEMA PENAL DE EMERGÊNCIA/EXCEÇÃO: A CONSTRUÇÃO DE UMA CULTURA INVERSA ONDE A REDUÇÃO DA COMPLEXIDADE GERA UM PROCESSO DO ATROPELO E BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES PROCESSUAIS

1. A ideia de emergência e exceção. A confusão entre normal e anormal, ordem e desordem na construção de uma cultura de emergência

Confrontando conceitos que basicamente se complementam frente ao objetivo maior que se busca, seja a emergência, ou a exceção, a ideia é a obstrução da complexidade que envolve a aprovação de leis de matriz autoritária. Para isso é necessário que tenhamos uma situação cuja “excepcionalidade” da situação legitime medidas de cunho emergencial, pois apenas estas medidas serão as eficazes para combater tal *mal* ou *inimigo interno* ou *externo*, pouco importa. Esse processo de construção é diário e reducionista, fomentado pela mídia que vende ódio, de forma cotidiana e sem qualquer tipo de filtro. Os programas policiais que invadem as residências diariamente são um meio canalizador de ódio da sociedade, sensação de insegurança, válvula compressora de toda e qualquer legislação de cunho expansionista, pois a ideia é a eliminação do estranho. Por esse motivo os protagonistas destes programas falam aos gritos, esbravejando ódio¹⁸¹ ao chamarem os seus atores principais de: vagabundo; ladrão; criminoso. Em resumo, toda a tentativa é válida em reduzir a importância das garantias constitucionais. A ideia central é incentivar o uso da força policial (Estado de polícia) sem limites contra os opressores da ordem e dos bons costumes. O velho jargão: quem não deve não teme. Aplica-se contra vulneráveis em favelas, áreas marginais, contra muitos trabalhadores negros e pobres.

¹⁸¹ Para Márcia Tiburi estas pessoas não podem ser tão fascistas sozinhas quanto o são em público, ou seja, diante das massas há que se manifestar com o seu máximo potencial catalizador de ódio. Alude ainda que “a televisão, como aparelho que age na lógica publicitária usa o ressentimento e o ódio como estratégia de movimentação das massas”. Estes “administradores do ressentimento alheio” usam a dor de alguns para provocar o ódio nas massas “O ressentimento esconde o ódio e é origem do fascismo que ‘pesa’ sobre nossa cultura atual”. (TIBURI, Márcia. **Como conversar com um fascista**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Record. 2016. pp. 86 e 94).

A construção midiática do inimigo, do discurso de ódio, será trabalhada mais adiante, no entanto apenas falamos de maneira introdutória aquele discurso que diariamente ouvimos e que de maneira sutil adentra em nossas residências, adentra no inconsciente, aquela conversa que normalmente começa em tom de provocação do nosso amigo fascista que reproduz de forma inconsciente argumentos reducionistas e de solução instantânea para todos os problemas sociais: pena de morte! Redução da maioria penal! Mais prisão! Esse discurso é construído diariamente por estes meios. Este poder de introduzir esse sentimento na grande maioria da população se comprova com a tentativa de aprovação das medidas anticorrupção. A proposta que advém do MPF como único meio de salvação não foge tanto às medidas emergências/excepcionais aprovadas pelo Congresso americano logo após o 11 de setembro¹⁸². Os dois modelos tiveram amplo apoio social, considerando que ambos foram fortemente noticiados pelos meios, construindo a opinião dominante. Com relação a *Patriot Act*, entre outras medidas para combater o terrorismo vimos o resultado nefasto que teve contra inúmeros cidadãos americanos. Guantánamo e o retrato da violação de direitos e garantias. Sem embargo o Brasil não teve atentado terrorista, mas está tendo diariamente atentados múltiplos contra a sua Constituição, e uma das tentativas advém daquele que deveria salvaguardar as garantias e os direitos de todos, que é o Ministério Público. Frente ao apoio popular que carrega a lava jato, os procuradores, visando atropelar o processo propõe medidas que afrontam diretamente a Constituição, e o resultado é um amplo apoio popular, entretanto o Congresso barrou tal medida, revendo os abusos, o que por sua vez foi duramente criticado pelos procuradores, ameaçando abandonarem a causa, caso tais medidas não sejam aprovadas¹⁸³.

¹⁸² Obviamente há muitas diferenças entre o que se aprovou nos EUA logo após o atentado ao *World Trade Center*, no entanto nosso objetivo é apenas demonstrar que frente a um ato considerado pela mídia e pelo poder dominante como emergencial se aprova medidas extremas, cuja necessidade se constrói como única e necessária para restabelecer o *status quo*. Dessa forma, essas leis teriam vigência apenas nesse momento emergencial, durante esse período que é uma exceção ao modo de vida diário.

¹⁸³ Ora, colocando os pontos em seus devidos lugares. A operação lava jato segue seu curso normal, com todo tipo de abuso de um juiz que faz às vezes de investigador. Se tais medidas fossem a tábua de salvação para estes investigadores como conseguiram tantos elementos e foram tão longe nas investigações? Outra questão: e os outros processos penais que tramitam em inúmeras varas federais, estaduais, que não funcionam com os mesmos critérios de investigação/persecução/imparcialidade. Estes juízes e promotores estão operando de forma branda? De forma equivocada? A necessidade de tais medidas é de suma importância para a salvação nacional? Como fica o princípio da oficiosidade do processo penal, ou seja, podem os procuradores renunciarem a causa ante a não aprovação de uma lei?

O que procuramos identificar nestes parágrafos foi a encenação típica que consiste em criar um mundo paranoide como diria Zaffaroni¹⁸⁴ que legitime a aprovação instantânea de tais medidas tidas como necessárias para salvar a todos da emergência a qual vivemos.

Destarte, cabe agora identificar os conceitos de forma pontual de emergência e exceção, para depois confrontar a confusão construída entre a normalidade e anormalidade. Para Choukr “emergência vai significar aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade”¹⁸⁵. Segundo Agamben:

“O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não interrogáveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos”¹⁸⁶.

Nesse sentido ainda sustenta Agamben que “o estado de exceção tende a cada vez mais se apresentar como paradigma de governo dominante na política contemporânea”¹⁸⁷. Essa contradição: exceção como regra e regra como exceção é fruto de uma cultura emergencialista que assume uma postura particular, distinta daquela prevista por um estado social de direito. Essa cultura de emergência tende a inverter

¹⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos. Conferências de criminologia cautelara**. São Paulo: Editora Saraiva. 2014. p. 467.

¹⁸⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2002. p. 5.

¹⁸⁶ AGAMBEN Giorgio. **Estado de exceção**. 2ª Ed. São Paulo: Editorial Boitempo. São Paulo, 2007. p. 13.

¹⁸⁷ AGAMBEN Giorgio. **Estado de exceção**. 2ª Ed. São Paulo: Editorial Boitempo. São Paulo, 2007. p. 13.

essa lógica, realizando processos sumários com amplo apoio da *mass media*, bem como antecipações de pena¹⁸⁸. Para Ferrajoli na Itália:

“La cultura de la emergencia y la práctica de la excepción, incluso antes de las transformaciones legislativas, son responsables de una involución de nuestro ordenamiento punitivo que se ha expresado en la reedición, con ropas modernizadas, de viejos esquemas sustancialistas propios de la tradición penal premoderna, además de en la recepción en la actividad judicial de técnicas inquisitivas y de métodos de intervención que son típicos de la actividad de policía”¹⁸⁹.

Donini ao circunscrever a existência de um direito penal do inimigo vigente dentro do que se situa, o debate acerca do direito penal contemporâneo, ainda que mais ou menos aceitável, ele se mostra ativo, inegável ante os fatos que se apresentam. Sustenta o autor que este deve ser manifestamente separado do comum, no entanto legítimo e regulado por leis excepcionais, fora de uma lógica de sistema, salvo no estado de exceção¹⁹⁰.

Para Cornacchia o direito penal do inimigo, expressão do estado de exceção deve se manifestar em términos análogos, significando que deve ser a *ultima ratio* adaptando-se como uma exceção. Uma exceção da *extrema ratio* do direito penal, algo que não pode ter permanência. Dessa forma o direito penal constitui, segundo o autor a *ultima ratio*, por seu carácter subsidiário na solução de conflitos. Já o direito penal do inimigo constitui a *extrema ratio*, a destruição da república em sua visão, encontrando-se muito além do extremo, uma zona onde não é possível proteção e muito menos salvação¹⁹¹.

¹⁸⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2002. p. 9.

¹⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 9ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009. p. 807.

¹⁹⁰ DONINI, Massimo. “El derecho penal del enemigo frente al ‘enemigo’”. In **Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión**. Buenos Aires: Editorial B de F. 2006. p. 605.

¹⁹¹ CORNACCHIA, Luigi. “La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción. In **Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión**. Buenos Aires: Editorial B de F. 2006. p. 433.

Para Brandariz García o antigo conceito de estado de exceção consistia numa projeção por um lapso temporal, com prazo prescricional pode se dizer assim, desaparecendo junto com o fenômeno gerador da situação de emergência. No entanto salienta que de algumas décadas para cá “*aquel fenómeno no comporte la propia caducidad de la normativa penal de excepción. La etapa vivida desde entonces evidencia una normalización de la excepcionalidad*”¹⁹². Atribui que essa perpetuação do *status* de normas de exceção se dá por um lado pela construção da ideia de guerra. Guerra esta não mais aquela de um Estado soberano contra outro, sim a guerra ao outro dentro das fronteiras do Estado, recorrente em nossa realidade como a guerra às drogas, no contexto europeu o autor cita a guerra contra o imigrante. Esse fator guerra impulsiona medidas de carácter emergencial¹⁹³. A resposta dos estados europeus na órbita processual foi de manter os presos incomunicáveis, restringir o direito de defesa e “*ampliar de modo desmesurado la posibilidad de imponer la prisión preventiva-convirtiendola en una verdadera ejecución de la pena previa a la condena.*”¹⁹⁴.

No que tange ao fenômeno da emergência, que não é outra coisa que a razão de estado sobre a razão jurídica como critério informador do direito. Em outras palavras, a prevalência de um estado de exceção e uma cultura emergencial, segundo Ferrajoli, consiste na transferência da legitimidade da intervenção punitiva do jurídico para o político. A construção de uma ideia de emergência permanente transfere o poder de punir ao setor político. Para o professor italiano a ideia de razão de estado é incompatível com as premissas básicas de um moderno estado de direito, afirmando que quando um direito penal de emergência se manifesta a condicionar o processo penal em

¹⁹² BRANDARIZ GARCÍA, J.A., **Política criminal de la exclusión, estudios de derecho penal y criminología**. Granada: Editorial Comares, 2007. p. 249.

¹⁹³ BRANDARIZ GARCÍA, J.A., **Política criminal de la exclusión, estudios de derecho penal y criminología**. Granada: Editorial Comares, 2007. p. 251. “Portando trata-se de uma ‘guerra’ perdida *ab initio*, cujo resultado central é apenas a identificação de um *inimigo* no outro. Os poucos eleitos (incluídos) pensam que o *inimigo* é o excluído, e vice versa. Não é admissível o transigir com os fundamentos do regime democrático esgotando as garantias e as liberdades fundamentais em nome de uma pretensa ‘segurança’ que não faz mais que ocultar o mais temível dos terrores: o terror de Estado. Há necessidade, poranto em primeiro lugar, de abolir a ideia de *combate ou guerra* a criminalidade”. (BUSATO, Paulo César. “Quem é o inimigo, quem é você? In *Revista brasileira de ciências criminais*. n. 66. São Paulo: Editora RT. 2007. p. 362).

¹⁹⁴ BRANDARIZ GARCÍA, J.A., **Política criminal de la exclusión, estudios de derecho penal y criminología**. Granada: Editorial Comares, 2007. p. 247.

concreto o que temos não é mais uma jurisdição e sim o descontrole policial e a repressão política¹⁹⁵.

Na realidade colombiana Aponte nos esclarece que, ainda que tenha vivido por um longo período conturbado de conflitos com traficantes e grupos beligerantes a democracia foi o modelo que prevaleceu, ainda que para isso, nenhum de seus governantes não tenha que se munir do uso do estado de exceção. Não houve um regime militar como em nosso caso, e em demais países Latino Americanos como Argentina, Uruguai, Chile entre outros, no entanto a concentração do poder executivo na suspensão de normas constitucionais que preservam as garantias individuais e que preservam a supremacia da separação dos poderes foi implantada sob a bandeira da emergência. Em suma, na observação do professor colombiano, um direito penal de emergência é fruto de decisões num regime de estado de exceção, que é a manifestação direta do poder político, o direito penal de emergência é a expressão manifesta de um direito penal do inimigo que é em essência um direito penal político.¹⁹⁶

Fauzi sustenta que a prevalência do sistema de emergência em relação ao sistema da normalidade se dá na medida em que o primeiro se funda na ideia de eficácia e resultados, ao passo que o segundo se orienta na proteção do imputado e no respeito das garantias constitucionais do mesmo¹⁹⁷. Dessa forma evidencia a facilidade de legitimar a emergência frente a sociedade. O primeiro discurso é sedutor e traz uma sensação de segurança, ao passo que o segundo não contempla o horizonte confortante e aparentemente reflete insegurança. Ferrajoli por sua vez, argumenta que a exceção tende a normalizar-se pois:

“Las nuevas medidas excepcionales se han enraizado en las prácticas y difundido incluso en los procesos normales, generando poderes y centros de poder no dispuestos a normalizarse y, sobre todo, una

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** 9ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009. p. 812.

¹⁹⁶ APONTE, Alejandro. “Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal del enemigo”. In **Revista brasileira de ciências criminais.** n. 64. São Paulo: Editora RT. 2007. pp. 18 e 19.

¹⁹⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2002. p. 58.

*incultura policial informada preferentemente por los valores pragmáticos de seguridad y la eficacia*¹⁹⁸.

Essa busca pela eficácia, pelos resultados é épica segundo Fauzi, remonta um ponto que já tratamos aqui que consiste no arcaico sistema inquisitório o qual ainda carregamos uma herança forte, que consistia na obtenção de um resultado já pré-determinado¹⁹⁹. Nesse sentido a construção do processo, cujos fins eram mais políticos do que propriamente jurídicos obedeciam a outras tendências que não a proteção dos sujeitos do processo e sim na eliminação dos inimigos políticos do Estado. Por fim, há que se salientar que, nesse contexto de emergência/exceção que visa o resultado *eficácia* a constrição da liberdade do imputado durante o processo torna-se regra ao invés de exceção. “A prisão, de figura excepcional antes da sentença condenatória transitada em julgado, passa a ser encarada como algo natural à relação processual”²⁰⁰.

Veremos a seguir como o discurso da sociedade de risco se aproxima a ideia de emergência/exceção, pois a construção de novos riscos que poderiam colocar em risco a própria existência humana aumentar o temor por segurança, considerando que estes novos riscos por constituírem algo totalmente distinto do que se tinha torna a situação uma exceção à regra geral, por força de combater a emergência ante os novos riscos é necessário agir de maneira eficaz e pontual para combater esse novo mal.

2. A ideia de risco: de uma sociedade de risco a uma política criminal de risco ante os novos medos da sociedade globalizada no século XXI

Este título remete a um tema amplo, que consiste em todo o debate acerca da sociedade de risco cujo progenitor foi Ulrich Beck em 1986. Já tivemos a oportunidade de trabalhar com essa temática sob o viés do terrorismo, descrito por Beck como uma das três lógicas de riscos globais que são: “a crise ecológica; os riscos financeiros

¹⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 9ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009. p. 831.

¹⁹⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2002. p. 60.

²⁰⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2002. p. 63.

globais; e as ameaças terroristas”²⁰¹. Sem embargo, antes de entrar na concepção de risco desde a perspectiva de construção de uma política criminal expansionista e excludente, cujos fins são o da persecução penal, eficácia e restrição de liberdades, onde o uso da prisão preventiva se mostra crucial, definimos como evolução cronológica da ideia de risco aludindo que:

“La noción de riesgo en el contexto histórico empieza en la sociedad liberal del siglo XIX, donde el riesgo era visto como un accidente, o sea, algo imprevisto, aislado y repentino. En una segunda etapa la concepción de riesgo asume el carácter de la emergencia de a noción de prevención. Prevenir enfermedades, crímenes y hasta mismo la inseguridad social. Por fin en la tercera etapa estamos ante el riesgo enorme, catastrófico e irreversible. Dentro del actual panorama histórico, podemos decir sin lugar a dudas que estamos viviendo la tercera etapa, claro, desde el punto de vista de algunos sociólogos como por ejemplo Beck, a cual ya nos referimos, por otro lado hay aquellos que no tienen esta concepción tan pesimista (Prittwitz) de que el mundo se va terminar gracias a las catástrofes naturales, o por la mano del hombre, o por ataques nucleares, o guerras biológicas. Sin embargo nos quedamos en este terreno incierto de cuales son exactamente los riesgos al cual estamos expuestos”²⁰².

Obviamente que o objetivo desta pesquisa não é a determinar os paradigmas de uma guerra biológica, nuclear ou o terrorismo internacional, e sim em determinar que a construção de uma ideia de que estamos sujeitos a riscos ou novos riscos abre margem a supressão de direitos em favor da eficácia, ou seja, da supressão desse novo temor social. Esse movimento deriva de uma anormalidade, os riscos de hoje não são os mesmos do século passado, é necessário repensar o nosso modo de vida, da mesma

²⁰¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida**. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 2008. p. 32.

²⁰² FERNANDES, Ignácio N. **Los estándares internacionales de represión al terrorismo internacional. Un paradigma político criminal para Argentina y Brasil**. Saarbrücken: Editorial Académica Española. 2016. p. 41.

forma que devemos repensar os meios de proteção da sociedade globalizada²⁰³. Dessa forma os discursos emergência e exceção. Ademais a velocidade do mundo não permite um modo de proteção das instituições e da sociedade como um todo aos moldes do modelo clássico do século XX. A proteção deve ser a nível global. Pois bem, para “alcançar”²⁰⁴ essa eficácia é necessário algum sacrifício²⁰⁵. Nesse sentido Beck é enfático ao afirmar que “*los seres humanos se ven ante la alternativa <libertad o seguridad>, la gran mayoría parece preferir la seguridad, aunque eso signifique restringir las libertades o incluso eliminarlas*”²⁰⁶.

O discurso da sociedade de risco consiste entre outros aspectos, ideia de fabricar riscos²⁰⁷. Pois a ideia de risco, tal qual da insegurança social é socialmente construída e nem sempre é exatamente proporcional aos riscos reais que ameaçam a uma população²⁰⁸. Entretanto, interessante a distinção que Luhmann traz entre *risco* e

²⁰³ Segundo Coutinho “há uma nora ordem mundial imposta e impondo-se. Responde ao frenético mundo cibernético mas, por incrível que pareça, não consegue fazer desaparecer a velha ordem, sobretudo pela própria deficiência interna, da qual a percepção não é tão simples. Vivemos, então, uma luta feroz e se para alguns é certo que o velho morreu, não parece menos certo que o novo, perfeito e acabado, não nasceu ainda, tão-só para lembrar a célebre afirmação de Gramsci. Por enquanto, pelo menos, o que tem sobrado de diferente, de tradicional, de moderno, e porque não de democrático, ainda não foi considerado obra de Cátaros, e portanto, não ousou sustentar, no melhor estilo do Para Inocência III, uma cruzada anti-herética; mas é preciso ter cuidado porque não estamos tão longe da barbárie. A geografia da nova ordem é a de um mundo globalizado (santos). Como sói acontecer rompem-se as fronteiras, em primeiro lugar, em nome das relações comerciais computadorizadas; e do princípio do prazer (freud), se se olhar por outro ângulo: o homem nunca está e nunca vai estar satisfeito, dado que a satisfação é sempre parcial e incapaz de obturar a sua falta, ou seja, o buraco (negro?) presente na matriz da sua estrutura”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje”. In **Empório do direito**. disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-pensamento-economicista-no-direito-criminal-de-hoje-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso 30/01/2017).

²⁰⁴ O termo “alcançar”, no sentido de obter uma eficácia que elimine os riscos traz o seu devido sarcasmo. Como bem pontua Navarro: “*la inseguridad sobre lo posible y lo debido traen consigo estas perplejidades, y no parece que puedan aportarse, ni tan siquiera sugerirse, paliativos a esta situación: la convivencia con el riesgo parece ser un rasgo inderogable de nuestras sociedades modernas, y un mayor conocimiento o un mayor control no siempre ayudan demasiado*”. (NAVARRO, Evaristo Pietro. “Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo In **La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto**. Barcelona. Editores Atelier. 2003. p. 35).

²⁰⁵ Segundo Silva: “Ademais, na passagem da sociedade de classes para a sociedade de riscos modifica-se a qualidade das opiniões- enquanto na sociedade de classes o ideal é a *igualdade*, na sociedade do risco o ideal é a *segurança*, na medida em que nesta a ‘visão do medo’ marca a época”. (SILVA, Pablo Rodrigo Aflen de. “Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco”. In **Revista brasileira de ciências criminais**. n. 46. São Paulo: Editora RT. 2004. p. 79).

²⁰⁶ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida**. Barcelona: Ediciones Paídos Ibérica, S.A. 2008. p. 95.

²⁰⁷ Nesse sentido: “*en síntesis, el riesgo fabricado es creado por la progresión del desarrollo humano, especialmente el científico y el tecnológico, y se refiere a un aspecto que los primeros teóricos de la sociedad industrial no supieron ver*”. (CAMPIONE, Roger. “El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la *Kollaterschädengesellschaft*”. In **La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto**. Barcelona. Editores Atelier. 2003. p. 15).

²⁰⁸ CASTEL, Robert. **La inseguridad social ¿Qué es estar protegido?** Buenos Aires: Editores Manantial. 2011. p. 13. Para Navarro “*el riesgo es innegablemente, una categoría psicológica y socialmente construída, y que de poco vale limitarse a situar en una escala la probabilidad de que un*

perigo, aludindo que o primeiro consiste numa decisão humana que pode levar a determinado risco, esta decisão que se manifesta no mundo exterior podemos caracterizar como risco²⁰⁹, enquanto o segundo significa qualquer conduta sem que haja qualquer tipo de decisão humana conectada. Luhmann exemplifica ainda falando do “*peligro del impacto de un meteorito con consecuencias catastróficas es un ejemplo cuya probabilidad se subestima sencillamente por la razón de que, no puede hacerse nada al respecto*”²¹⁰.

Frente a esse panorama social, podemos citar dois modelos de resposta a essa tendência que consiste no modelo de *seguridad ciudadana* desenvolvido por Ripollés e o modelo de *dereito penal do risco* elaborado por Prittwitz com ressalvas, pois segundo o autor:

*“Mi reconstrucción del derecho penal del riesgo no comparte el punto de partida normativo de los dogmáticos del riesgo, y tampoco se vincula con las previsiones catastróficas de Ulrich Beck, más políticas, en el mejor sentido de la palabra, que sociológico, sino se origina de modo paralelo al real descubrimiento sociológico del riesgo tal como fue sintetizado por Niklas Luhmann en 1991. El diagnóstico es el siguiente: la política criminal y teoría penal, pero sobre todo la dogmática jurídico-penal están influidas desde hace mucho por el desarrollo social en su conjunto de la, así concebida, sociedad de riesgo”*²¹¹.

A resposta do direito penal, frente a esses novos riscos denominada como direito penal do risco, definido por Prittwitz constitui uma tendência irreversível a qual nossas sociedades vivem, ou seja, imersos a essas novas tendências que segundo o autor

*daño acaezca, haciendo abstracción de la vivencia real que los individuos tienen de él. Así, aunque pueda determinarse que la posibilidad de que un accidente nuclear, y su magnitud son menores que el riesgo derivado del consumo de cigarrillos, la consideración que los individuos tienen del riesgo es mayor en el primer que en el segundo”. (NAVARRO, Evaristo Pietro. “Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo In **La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto**. Barcelona. Editores Atelier. 2003. p. 31).*

²⁰⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. 3ª Ed. Editora Universidad Iberoamericana, A.C.: Lomas de Santa Fe. 2006. p. 50.

²¹⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. 3ª Ed. Editora Universidad Iberoamericana, A.C.: Lomas de Santa Fe. 2006. p. 73.

²¹¹ PRITTWITZ, Cornélius. “Sociedad de riesgo y derecho penal”. In **El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología**. Coord. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 2004. p. 150.

correspondem essencialmente a globalização, processos de internacionalização, europeização²¹². Esse direito penal do risco segundo o autor se desenvolveu e continua a se desenvolver no sentido contrário, ou seja, no mesmo do direito penal do inimigo, o qual o mesmo autor sustenta que devemos repudiar veemente. Entretanto esse modelo admite novos candidatos no círculo dos direitos, assim desloca-se aquilo que se entende como barreiras da punibilidade, fazendo com que o direito penal do risco, tal qual o direito penal do inimigo, adentre na antecipação das barreiras da punibilidade. Ainda esse direito penal do risco consiste em reduzir os limites, o que significa mudar a concepção de lesão de bens jurídicos para mero perigo aos mesmos²¹³.

Essa ideia de delitos de perigo, focado na prevenção é uma característica do direito penal do inimigo que segundo Malan entre seus elementos constitutivos tem o adiantamento da punibilidade, o que na visão do autor passa a ter um enfoque prospectivo (pune-se o fato criminoso futuro) e não o retrospectivo, que consiste em punir o fato consumado²¹⁴.

Ainda que o professor Prittwitz tente desconectar o seu direito penal do risco do direito penal do inimigo, manifestando-se de forma contrária a legitimidade desta teoria desenhada por Jakobs, eles se aproximam no sentido de ampliar ainda mais o poder punitivo do Estado. Dessa forma admite que existe um direito penal do risco distinto daquele que foi idealizado por ele, afirmando que “enquanto durar esta evolução, enquanto o direito penal do risco apresentar a feia face do direito penal do inimigo, não pode haver dúvida de que o direito perde influência, e na mesma medida estão ameaçados os direitos e liberdades dos cidadãos”²¹⁵.

Outra vertente cuja aproximação ideológica a um direito penal voltado ao modelo de um direito penal do inimigo consiste na proposta do professor Ripollés que é o modelo de *seguridad ciudadana*. Para este autor:

²¹² PRITTWITZ, Cornelius. “O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo”. In **Revista brasileira de ciências criminais**. n. 47. São Paulo: Editora RT. 2004. p. 32.

²¹³ PRITTWITZ, Cornelius. “O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo”. In **Revista brasileira de ciências criminais**. n. 47. São Paulo: Editora RT. 2004. p. 39.

²¹⁴ MALAN, Diogo Rudge. “Processo penal do inimigo”. In **Revista brasileira de ciências criminais**. n. 59. São Paulo: Editora RT. 2006.

²¹⁵ PRITTWITZ, Cornelius. “O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo”. In **Revista brasileira de ciências criminais**. n. 47. São Paulo: Editora RT. 2004. p. 44.

“La actual política criminal española sólo es susceptible de una cabal comprensión si se asume la tesis de que hemos entrado en una dinámica que tiende a superar el hasta hace poco indiscutido modelo penal garantista y a sustituirlo por otro al que he denominado el modelo penal de la seguridad ciudadana”²¹⁶.

Este modelo segundo Ripollés tem origem nas profundas transformações, seja de forma espontânea ou induzida que nossa sociedade sofreu nos últimos anos, compreendendo o atual debate sobre a sociedade de risco. Estes novos riscos estariam sintetizados em três momentos: o primeiro na generalização da existência de novos riscos que podem afetar o corpo social; num segundo momento, na dificuldade em atribuir responsabilidade aos responsáveis por causar estes novos riscos e finalmente seria aquilo que já mencionamos neste ponto, a desproporcionalidade insegurança causada pelo temor destes novos riscos, fomentados em muito pelos meios de comunicação e que não guarda correspondência direta com a realidade²¹⁷.

Frente a esse temor, a política criminal orientada a conter esses temores poderia dar quatro respostas: num primeiro momento ampliar a intervenção penal, haja vista, o surgimento de novos riscos nada mais imediatista que a criação de novos tipos penais; ampliar a criminalização dos poderosos, pois segundo o autor, somente estes são capazes de consolidar tais riscos; a intervenção penal em outros setores, como por exemplo, direito civil e administrativo, pois o direito penal se considera mais eficaz que os outros setores em seu aspecto educador e preventivo; e por fim a necessidade de “acomodar” conteúdos de direito penal e processual penal para que seja mais fácil a criminalização e persecução destes novos tipos incriminadores, da mesma forma que suprimir os obstáculos que determinam os riscos permitidos²¹⁸.

O resultado desse direito penal, a visão do autor reside na criação de novos bens jurídicos, na ampliação dos crimes de perigo concreto para abstrato, no castigo de

²¹⁶ RIPOLLÉS, José Luis Díez. “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In **Revista electrónica de derecho penal y criminología** RECPC 07-01 (2005). Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso 07/01/2017.

²¹⁷ RIPOLLÉS, José Luis Díez. “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In **Revista electrónica de derecho penal y criminología** RECPC 07-01 (2005). Disponível

²¹⁸ RIPOLLÉS, José Luis Díez. “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In **Revista electrónica de derecho penal y criminología** RECPC 07-01 (2005). Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso 07/01/2017.

atos meramente preparatórios e por fim, significativas mudanças no sistema de garantias e de imputação penais e processuais penais, considerando razoável a flexibilização em aproximar as diferenças entre autoria e participação e tentativa e consumação²¹⁹.

Resulta óbvio, e o próprio autor sustenta em seu artigo que as bases para o seu modelo de *seguridad ciudadana* se pautam em um direito penal do inimigo sustentado em âmbito material e procedimental, arguindo que neste último é que este concentra suas forças com a facilidade de imposição da prisão preventiva, limitar o direito de defesa, restringir o direito de não produzir prova contra si, bem como a flexibilização de provas ilícitas²²⁰. Consequentemente ao direito penal do inimigo o modelo denominado por Silva Sánchez de terceira velocidade onde este, concorreria com o direito penal de primeira velocidade (direito penal da prisão) relativizando as garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais²²¹. Para Sánchez “*el tránsito del ‘ciudadano’ al ‘enemigo’ se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictivas estructuradas*”²²². E por fim, a reconstrução do direito de perigosidade²²³ que segundo Ripollés permearia entre outros setores do direito como, por exemplo, o direito penal, o direito penitenciário e o direito processual penal e com relação a este último o autor enfatiza o instituto da prisão preventiva como elemento chave para a manutenção dos “perigosos”²²⁴.

²¹⁹ RIPOLLÉS, José Luis Díez. “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In **Revista electrónica de derecho penal y criminología RECPC** 07-01 (2005). Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso 07/01/2017.

²²⁰ RIPOLLÉS, José Luis Díez. “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In **Revista electrónica de derecho penal y criminología RECPC** 07-01 (2005). Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso 07/01/2017.

²²¹ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª Ed. Madrid: Editora Civitas. 2001. p. 163.

²²² SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª Ed. Madrid: Editora Civitas. 2001. p. 165.

²²³ Aníbal Bruno dedica algumas páginas, desde a evolução, conceituação e extensão desta teoria, bem como sua aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico. Dessa forma conceitua a “perigosidade criminal” como “o acontecimento danoso que se julga provável é o crime. Esse juízo de probabilidade assenta, como vimos, no conhecimento de que o indivíduo reúne condições de desajustamento social, de tal natureza e tamanho grau, que fazem prever que ele venha a cometer um fato punível. O juízo consiste no diagnóstico de um estado atual do sujeito, que permite, o prognóstico da prática provável de um crime”. (BRUNO, Aníbal. **Direito penal parte geral, tomo II**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1967. p. 187).

²²⁴ RIPOLLÉS, José Luis Díez. “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In **Revista electrónica de derecho penal y criminología RECPC** 07-01 (2005). Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso 07/01/2017. Ainda Ripollés expõe sobre o estado de perigosidade que: “*De sus propuestas más significativas, cabe mencionar las siguientes: reintroducción de las medidas de seguridad predelictivas, a las que reivindica teóricamente y cuya existencia material, aunque no formal, recuerda: ésa sería la auténtica naturaleza, por ejemplo, de los supuestos de prisión*”

O direito penal não alcançará satisfazer a supressão de novos riscos que advém da sociedade complexa e globalizada do século XXI. Já manifestamos que muito da sensação de insegurança é fruto de uma criação, no entanto, um direito penal do inimigo, um direito penal de terceira velocidade, um modelo de seguridade cidadã ou um direito penal do risco seria uma realidade para combater uma sensação construída com um objetivo de inserir ainda mais o controle sobre os corpos.

Nesta seara, vemos que no porvir da construção de inúmeros riscos que surgem, principalmente no final do século XX, nenhum deles guarda relação direta com o objeto de nossa pesquisa, no entanto o ponto da antecipação da punibilidade está diretamente ligado ao tema das cautelares. A prisão preventiva opera hoje como um mecanismo de antecipação da pena. Pouco importa que as características de um direito penal do inimigo que antecipa a punibilidade seja na esfera penal ou procedimental.

O resultado nefasto é o mesmo, encarceramento massivo. Não manifestamos que a construção destes autores que trabalhamos aqui seja o motor desse descontrole punitivo das cautelares em nosso país, mas não podemos deixar de manifestar que uma intensificação acerca de novos riscos, que estamos sob ameaça constante reforça o mito popular de que apenas com um Estado forte podemos estar a salvos. Seja o terrorista, ameaça global ou até mesmo a criminalidade do dia a dia.

O que importa aqui é mostrar que por vezes se constrói um edifício teórico legitimador de medidas de controle frente a problemas tidos como irremediáveis e esse controle acaba recaindo sob esferas que nada tem que ver com o discurso inicial. Por exemplo, terrorismo/ameaça global/ terrorismo internacional, onde por vezes essas medidas excepcionais acabarão como já vimos em nosso contexto histórico recaindo a uma malha muito mais extensa do que aquela que se propunha inicialmente. Aponte nos mostra que na Colômbia, por trás da luta armada se julgou muitos civis que nada tinham que ver com o conflito, “*detrás del ‘gran enemigo’ - en los años 60 y 70- el guerrillero, fueron juzgados miembros de sindicatos, abogados, miembros de organizaciones de derechos humanos, estudiantes, todos actores que no estaban ligados a la confrontación armada*”²²⁵.

preventiva para delincuentes habituales o maltratadores, de las medidas cautelares civiles y penales para estos últimos”.

²²⁵ APONTE, Alejandro. “Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal del enemigo”. In **Revista brasileira de ciências criminais**. n. 64. São Paulo: Editora RT. 2007. p. 19.

Ainda que Ripollés e Silva Sánchez manifestem claramente que ambos sistemas não podem se contaminar com o direito penal comum, que ambos modelos devem estar pautados em aspectos bem definidos e limitados, para que essa força do poder punitivo recaia apenas para aqueles que, segundo Jakobs abandonam o pacto civilizatório. Ambos autores formulam de forma honesta e bem detalhada seus argumentos, mas não esqueçamos que modelos semelhantes, frente a perigos semelhantes foram colocados em funcionamento, e os resultados não faz-se necessário trazer aqui.

Por fim, não esqueçamos que o objetivo desta pesquisa é desconstruir e fazer frente ao dique da irracionalidade do poder punitivo, ao passo que estes modelos obedecem ao rompimento do dique, ao afogamento das garantias, da supressão das regras do jogo no processo democrático. Advogamos pela liberdade, acreditamos que a racionalidade de um sistema político e de Estado se dá ao menor uso do sistema penal, dessa forma desenvolver modelos de repressão, opera a *contrario sensu* do que acreditamos. Nossas convicções operam no sentido de conter esse poder de punir, não de aumentar suas forças.

3. O papel dos meios de comunicação na propagação do ódio, pânico e segregação de camadas marginais

O tema sobre a influência dos meios de comunicação no processo penal tem substrato para uma tese de doutorado²²⁶, imagine o que não se discute sobre a influência dos meios de comunicação operando como denominam alguns o quarto poder²²⁷, ou como o poder soberano dos novos tempos²²⁸. Desta forma, recortamos o poder alienante da mídia que consiste no que Zaffaroni tem chamado de criminologia midiática, ramo este que autoriza qualquer cidadão a dar o seu parecer ou solução ao problema da criminalidade, pois essa criminologia que não é a acadêmica, cria uma “realidade

²²⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales.** Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2003.

²²⁷ BAYER, Diego Augusto. “Bandido bom é bandido morto?”: A criação de estereótipos criminosos pelos meios de comunicação”. In **Sistema penal e poder punitivo. Estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.** Coord. Salah H. Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito. 2015. p. 128.

²²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal.** Rio de Janeiro: Editora Revan. 2013. p. 194.

²²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos. Conferencias de criminologia cautelara.** São Paulo: Editora Saraiva. p. 304.

através da informação, subinformação e desinformação em convergência com preconceitos e crenças baseada numa etiologia criminal simplista²²⁹, assentada na causalidade mágica²³⁰. Como nos ensina Anitua através de Habermas ao dizer que os meios ao invés de lograr transparência das ideias, aumentam a irracionalidade²³¹.

A criminologia midiática se apropria do sofrimento, são os administradores do ressentimento como diria Tiburi²³². Usam o peso da emotividade²³³, em ação constante, mostrando ao telespectador que ele pode ser a próxima vítima²³⁴, jogam com os ressentimentos, com os temores, impulsionando um ódio sem precedentes, reproduzido pelas massas de forma totalmente irracional. Pois não é de se estranhar que um pai tenha o temor de que sua filha seja, por exemplo, estuprada ao voltar da escola ou do trabalho. Ao noticiar o estupro o administrador do ressentimento aponta diretamente o dedo para o pai de família sentado na poltrona, fala exatamente o seu cotidiano, a rua realidade, parece que fala diretamente para ele, o faz, dessa forma quando ameaça que o estuprador amanhã fará o mesmo com a sua filha o resultado será apenas: pânico e ódio! O que Garland atribui como a reconstrução da dramatização do crime, surgindo “o novo

²²⁹ Nesse sentido Coutinho nos ensina que com relação ao fato da crença da política na utilidade da prisão: “Ora, no Brasil, não é que a política confia ou não muito mais na utilidade da prisão; em verdade, os políticos (parece ser deles que ele está falando), com raríssimas exceções, sequer saber do que se trata; sequer imaginam que a prisão possa ou deva ter alguma utilidade. Neste nível, como é elementar, toca-se o medievo; pratica-se o puro e simples *puniur quia peccatum est*. Não admira, por isso, ser simples e desavergonhada a adoção da campanhas políticas fundadas no discurso da repressão desmesurada porque, em certa medida (aquelas fixada pelo despudor e ignorância constitucional dos adeptos dos meios de comunicação), é o que se quer ouvir. Eis porque, dentro outras estratégias, precisa-se de cláusulas pétreas na CR pois, não fossem elas, já se teria a pena de morte, e quem sabe (só para ironizar), já não mais se pagariam tributos”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Punitivismo desmedido e ideológico (posição de Jörg Stippel). *In Empório do Direito*. disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/punitivismo-desmedido-e-ideologico-a-posicao-de-jorg-stippel-por-jacinto-coutinho/>. Acesso 30/01/2017).

²³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2013. p. 194.

²³¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales**. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2003. p. 122.

²³² TIBURI, Márcia. **Como conversar com um fascista**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Record. 2016. p. 94.

²³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos. Conferencias de criminologia cautelar**. São Paulo: Editora Saraiva. p. 308.

²³⁴ Essa potencialidade acerca da vítima é o que Garland chama de “retorno da vítima” que consiste justamente em explorar os seus clamores, ressentimentos, sua raiva, a vítima deve ser ouvida, deve ser honrada. “A vítima é agora, de certo modo, um personagem muito representativo, cuja experiência é projetada para o comum coletivo, em lugar de ser considerada individual e atípica”. (GARLAND, David. **A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2008. p. 55).

discurso da política criminal que insistentemente invoca a revolta do público, cansado de viver com medo, que exige medidas fortes de punição e de proteção”²³⁵.

Ante esse temor por parte daqueles que não sofreram na pele a violência somado àqueles que sofreram, a criminologia midiática impulsiona a irracionalidade da resposta imediata, que em outras palavras se reflete numa resposta aos moldes da lei do Talião, ou seja, o comunicador da criminologia midiática fará o que melhor sabe: incentivar a vingança²³⁶, vender o ódio e incentivar a produção irresponsável de leis autoritárias, frutos de um populismo punitivo, de neopunitivismo importado dos EUA como diria Zaffaroni²³⁷. Esse fenômeno é facilmente comprovado em nosso cenário jurídico, basta trazer o contexto histórico em que surgiu a lei dos crimes hediondos²³⁸. Garland alude que a Grã Bretanha, evitou os excessos dos EUA acerca desse neopunitivismo, mas deixou claro suas intenções pelas palavras de seu Ministro de Estado, segundo o qual “deveríamos condenar mais e compreender menos”, da mesma forma que entende que as “condições carcerárias devem ser rigorosamente austeras”²³⁹.

Voltando ao tema do “estuprador”, é interessante salientar que as pretensões da criminologia midiática são bem mais ambiciosas que prender estupradores, pois segundo Zaffaroni, esses crimes cujo grau de reprovabilidade é altíssimo em qualquer lugar, tendo por lógica que estes sujeitos não serão libertados. Dessa forma a ideia é a de construir um inimigo a ser perseguido, a construção dessa criminologia consiste em dividir a sociedade em *nós*, homens de bem, trabalhadores, moradores dos bairros mais nobres, ou de pequenas cidades dentro das cidades como diria Bauman²⁴⁰ ao se referir

²³⁵ GARLAND, David. **A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2008. p. 54.

²³⁶ Segundo Garland “na maior parte do século XX, a manifestação aberta de sentimento de vingança era virtualmente tabu, ao menos da parte de autoridades públicas. Nos anos recentes, tentativas explícitas de expressar a raiva e o ressentimento públicos se tornaram recorrentes para a retórica que acompanha a legislação penal e a tomada de decisões”. (GARLAND, David. **A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2008. p. 52).

²³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2013. p. 194.

²³⁸ Um crime que gerou uma comoção nacional foi o homicídio qualificado. O estopim foi o assassinato de uma atriz da Rede Globo de Televisão, filha de uma escritora de novelas da mesma emissora, muito conhecida no Brasil. A morte dessa jovem por um colega de trabalho gerou uma comoção nacional. Após a sua morte, sua mãe inconformada com o fato promoveu uma grande campanha, amplamente apoiada pela TV Globo para que houvesse uma reforma no código penal, no tocante é claro, ao homicídio qualificado. Obviamente que devido ao grande clamor popular amplamente influenciado pelo maior meio comunicador do país, o homicídio qualificado foi incorporado ao rol dos crimes hediondos (Lei 8072/90).

²³⁹ GARLAND, David. **A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2008. p. 52

²⁴⁰ “Hoje é uma cidade feita de muros. Barreiras físicas são construídas por todo lado: ao redor das casas, dos condomínios, dos parques, das praças, das escolas, dos escritórios... a nova estética da segurança decide a forma de cada tipo de construção, impondo uma lógica fundada na vigilância e na distância”.

aos bairros fechados, contra *eles*, os *outsiders*²⁴¹, aqueles que vivem à margem das cidades, nos guetos, os feios, os pobres, aqueles cuja construção de seu estereótipo será definida detalhadamente pela criminologia midiática. Essa construção permite um controle maior, a ideia é a busca em ampliar o rol de condutas restritivas, pois como falamos anteriormente, os criminosos graves não importam tanto para a criminologia midiática, pois eles já estão abarcados no sistema de controle, estes apenas podem fomentar a raiva e o ressentimento que recairá, normalmente sobre estes “delitos” construídos por essa criminologia, pois segundo esta, não há distinção de crimes propriamente ditos, o que há é uma distinção entre *nós* e *eles*, dessa forma uma pequena contravenção ou um crime hediondo não faz diferença, haja vista que já foi transposta a fronteira para o outro lado.

Sem embargo em nossa realidade social a criminologia midiática tem um nefasto poder em fomentar o ódio, incitar a violência durante os seus programas policiais. Existem vários personagens em nível estadual que compõe essa rede de apresentadores que tem um perfil comum: reproduzir aquelas expressões clássicas, “vagabundo”, “bandido”, “direitos humanos para humanos direito”, enfim, um discurso vazio, reducionista mas extremamente eficaz no que se propõe, ou seja, construir o ódio ao outro. Os programas regionais²⁴² tem sua audiência nos limites de seus estados e acabam não tendo a mesma propagação como os grandes fomentadores dessa tendência, como por exemplo, os conhecidos Marcelo Rezende que apresenta o *Cidade alerta* e José Luiz Datena que apresenta o programa *Brasil urgente*, bem como Rachel Sheherazade, apresentadora do *SBT Brasil*.

Devemos fazer a ressalva, para que não haja equívocos que não são todos os meios de comunicação que agem de forma irresponsável e objetivando apenas o lucro. Entretanto, nos focaremos nesses meios que fomentam o seu poder de alienar uma

“Como bem sabemos, as cercas têm dois lados, dividem um espaço antes uniforme em ‘dentro’ e ‘fora’, mas o que é ‘dentro’ para quem está de um lado da cerca é ‘fora’ para quem está do outro”. (BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Editora Zahar. 2009. p. 38).

²⁴¹ BECKER, Howard. **Outsiders. Hacia una sociología de la desviación**. Buenos Aires: Editora Siglo XXI. 2012.

²⁴² Segundo Bayer, “a divulgação de grande parte dos crimes hediondos é feito por jornais de periferia, onde é normal as notícias de decapitação e corpos encontrados nos esgotos, notícias estas, não expostas em grandes veículos, eis que ocorrem na maioria das vezes com classes desfavorecidas. Salienta que ‘seria muito mais proveitoso se a mídia utilizasse de sua força que nos emociona para promover uma mudança de valores em nossa sociedade’”. (BAYER, Diego Augusto. “Bandido bom é bandido morto?": A criação de estereótipos criminosos pelos meios de comunicação”. In **Sistema penal e poder punitivo. Estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.** Coord. Salah H. Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito. 2015. p. 132).

camada significativa da sociedade com o intuito de criar o que Zaffaroni chama de mundo paranoide, constituindo uma série de bodes expiatórios.

Antes de entrarmos no cerne da discussão, para que fique claro o tamanho do problema com o qual lidamos, o MPF ajuizou uma Ação Civil Pública²⁴³ contra a Rede Record, para que a emissora transmita no mesmo horário do programa uma retratação sobre as alegações feitas pelo apresentador Marcelo Rezende na transmissão ao vivo de uma perseguição policial, onde após caírem da motocicleta os suspeitos, um policial militar que vinha os perseguindo, saca a sua arma e dispara contra os mesmos, caídos no chão. “Atira, meu filho; é bandido”!²⁴⁴ Essa foi uma das frases proferidas pelo apresentador Marcelo Rezende durante a transmissão ao vivo.

Devido aos fatos foi feita uma representação junto ao MPF pelo Intervenções Coletivo de Comunicação e pela ANDI- Comunicação e Direitos. Segundo estas organizações houve desrespeito à presunção de inocência e incitação à desobediência às leis ou decisões judiciais. A Constituição Federal veda a veiculação de conteúdos que violem direitos humanos e façam apologia à violência²⁴⁵, ou seja, tal violação não foi uma exceção a esse fato, é o dia a dia desses programas policiaiscos. Recorda ainda que o Código Brasileiro de Telecomunicações determina que “os serviços de informação, divertimento, propaganda e publicidade das empresas de radiodifusão estão subordinados às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão”.

No que tange aos programas estaduais, principalmente em regiões mais pobres do país, o acesso amplo se dá pela internet, onde personagens assumem uma postura extrema em atacar suspeitos que são presos, enfim acabam ganhando um carisma ao revés, pois falam o que a maioria da população deseja ouvir. É o caso, por exemplo, do apresentador do programa “Plantão Alagoas”, conhecido através das redes sociais e Youtube, que fala diretamente aos usuários de maconha e crack dizendo que eles irão morrer antes do natal²⁴⁶. Esses programas regionais, por meio das redes sociais tornaram-se conhecidos pelo tom vexatório e humilhante com que tratam as pessoas que

²⁴³ Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/blogs/midiatico/mpf-quer-retratacao-da-record-por-incipitacao-a-violencia>. Acesso 08/01/2017.

²⁴⁴ Disponível em: <http://outraspalavras.net/outrasmidias/destaque-outras-midias/o-comeco-do-fim-para-datena-e-companhia/>. Acesso 08/01/2017.

²⁴⁵ Disponível em: <http://outraspalavras.net/outrasmidias/destaque-outras-midias/o-comeco-do-fim-para-datena-e-companhia/>. Acesso 08/01/2017.

²⁴⁶ Disponível em: <http://f5.folha.uol.com.br/televisao/2017/01/apos-dizer-que-quem-fuma-maconha-iria-morrer-antes-do-natal-apresentador-e-internado.shtml>. Acesso 08/01/2017.

são detidas e encontram-se nas delegacias. É notório, por exemplo, repórteres entrevistando pessoas com distúrbios mentais, pessoas surdas, embriagadas, os tratando como condenados. De acordo com Bayer “a mídia expõe de forma indevida a imagem dos acusados, criando um grande espetáculo em torno do fato ocorrido, gerando assim uma reprovação social”²⁴⁷. Em resumo, um total descaso com a pessoa que ali se encontra detida. Sendo que na maioria dos casos o repórter ou o apresentador do programa dão a sentença no ato: culpado, o quarto vício que possuem os meios de comunicação segundo Bayer, sendo este último o mais perverso que consiste no julgamento à priori, o querer mostrar mais, leva a simulações sem bases que o suportem. Sendo a informação mais rápido que a Justiça, o telespectador é induzido a efetuar o seu próprio juízo, fazendo com que o próprio julgamento desde logo fique condicionado²⁴⁸.

De certo nos posicionamos apenas para um horizonte negativo que concerne a mídia, ou seja, a estigmatização, e o etiquetamento dos mais pobres, aqueles que são um produto consumível dentro da sociedade do espetáculo, pois como nos referimos, em muitos casos que parecem engraçado para muitos, o que vemos na realidade é a humilhação e a violação de direitos da pessoa detida²⁴⁹. Sem embargo a mídia não se limita a identificar como inimigos apenas os pobres, atualmente há um grande empenho da mídia em construir e demonizar boa parte da classe política. Nos referimos inicialmente ao caso do mensalão²⁵⁰ e atualmente da lava- jato. É óbvio que são

²⁴⁷ (BAYER, Diego Augusto. “Bandido bom é bandido morto?": A criação de estereótipos criminosos pelos meios de comunicação”. In **Sistema penal e poder punitivo. Estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.** Coord. Salah H. Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito. 2015. p. 135).

²⁴⁸ (BAYER, Diego Augusto. “Bandido bom é bandido morto?": A criação de estereótipos criminosos pelos meios de comunicação”. In **Sistema penal e poder punitivo. Estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.** Coord. Salah H. Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito. 2015. p. 134).

²⁴⁹ Devemos salientar que essa construção da ideia do *nós e eles* faz com que os outros não sejam vistos como seres humanos, dessa forma não nos comovemos ao ver a humilhação de pessoas detidas, se elas preenchem o estereótipo do *eles* basta: podemos fazer o que bem entendermos pois nosso pré-juízo de valor esta fixado à priori, ou seja, ele deve ser punido. Não necessariamente pelo crime que supostamente cometeu, devemos sempre trazer à baila essa questão, pois esses programas fomentam a violência, mas atuam normalmente na esfera policial, numa fase em que nada é certo, apenas há uma presunção de que o suspeito possa ter cometido algum fato definido como crime. Mas isso não importa, o fato mais relevante é que *eles* preenchem os requisitos para estarem detidos, dessa forma achamos normal e até mesmo engraçado, nada que se faça contra *eles* nos choca, pois a criminologia midiática elaborou de forma sublime essa demonização, dessa forma perdemos nosso senso de humanidade para com o próximo, mesmo que este não seja o nosso próximo propriamente dito. Não nos esqueçamos do princípio da igualdade, entretanto não podemos deixar passar a célebre frase de Tobias Barreto em que: “o axioma democrático da igualdade perante a lei só tem sentido no pórtico dos cemitérios”.

²⁵⁰ “A publicidade do processo- nos casos midiáticos e políticos- segue sendo um elemento muito delicado da equação que, por hipótese, não deveria escapar ao ideal de dispositivo de garantia em virtude da independência judicial. A literatura dos juízos políticos desmente a hipótese e desafia a doutrina a encontrar uma solução superior às que existem, visando diminuir ou neutralizar o impacto da ‘opinião pública’ na formação da decisão judicial em processo penal condenatório”. (PRADO, Geraldo. “O caso

processos emblemáticos e devem ser noticiados, é dever da mídia informar a sociedade sobre os fatos que ocorrem no cenário político do país, entretanto estes fatos devem ser trazidos com imparcialidade, os julgamentos recaem ao judiciário²⁵¹. Nesse sentido é interessante lembrar, segundo Anitua:

“El acto de la publicidad de las noticias, de las ideas, de los hechos políticos y de gobierno, y el de los juicios penales, está enmarcado por una doble finalidad del medio de comunicación. Es la vez que un acto comunicacional complejo en su sentido político, un factor económico de indudable importancia. Es un producto. Las ‘buenas noticias’ que transmiten los gobiernos totalitarios con el fin de transmitir optimismo, o las noticias censuradas, no son ‘compradas’ por los públicos. Que el sistema esté permanentemente en crisis ‘vende’ más que si el todo funciona perfectamente. Esto constituye una paradoja para quienes sostienen que los medios manipulan al público hacia la conformidad”.

A mídia tem o poder de domesticar, enfurecer, vender, eleger o que bem entender para o seu público²⁵². Diante do que foi exposto fica evidente que a tendência

‘Mensalão’ (Ap N°. 470): a inviável equivalência funcional entre os instrumentos da jurisdição constitucional e penal em processo de competência originária do Supremo Tribunal Federal”. **In Sistema penal e poder punitivo. Estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.** Coord. Salah H. Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito. 2015. p. 270).

²⁵¹ Prado reconhece “a tensão entre a liberdade individual concreta, em jogo no processo criminal e em risco potencializado quando se trata de processo midiático, e a interpretação/ aplicação constitucional de preceitos dispositivos pelo STF, versando sobre o significado e o âmbito normativo da liberdade em questão revela-se insuperável quando i) a opinião pública deve ser informada do processo penal, mas não deve ter o poder de ‘persuadir’ os juízes, que devem condenar com base em um juízo estritamente apoiado em provas ii) e interlocutores externos devem ser ouvidos pelo STF, no contexto do controle de constitucionalidade, como colegiado aberto a ser persuadido por seus argumentos no momento posterior, no qual, desafiado o tribunal publicamente quanto às razões da causa, houver de deliberar em busca da ‘melhor resposta’ acerca do sentido e âmbito normativo da norma constitucional”. (PRADO, Geraldo. “O caso ‘Mensalão’ (Ap N°. 470): a inviável equivalência funcional entre os instrumentos da jurisdição constitucional e penal em processo de competência originária do Supremo Tribunal Federal”. **In Sistema penal e poder punitivo. Estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.** Coord. Salah H. Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito. 2015. p. 271).

²⁵² Como bem identifica Casara: “os direitos fundamentais, antes entendidos como trunfos civilizatórios contra maiorias de ocasião e limites intransponíveis às perversões inquisitoriais, passaram a ser percebidos pela população em geral, e pelos atores jurídicos em particular, como obstáculos à eficiência repressiva do Estado”. (CASARA, Rubens. “A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias”. **In Empório do direito.** disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/a-ampliacao-das-hipoteses-de-prisao-preventiva/> . Acesso 30/01/2017).

por estabelecer alienação, irracionalidade, ódio e vingança, predomina sobre o discernimento, a capacidade de fazer com que o sujeito pense de forma individual, que não seja um ser meramente condicionado, na expressão usada por Zaffaroni meras ovelhas. O resultado desta construção de um mundo paranoide idealizado por esta criminologia midiática que lucra milhões parece por vezes ficção científica, mas um dos resultados que temos sobre essa tendência da irracionalidade sobre a racionalidade é prisões preventivas prolongadas, o que constitui na América Latina a 70% da população carcerária²⁵³. Esse número é assustador, pois não prendemos por meio de um processo penal, prendemos diretamente por força de uma criminologia midiática que vomita diariamente um discurso de ódio que alcança milhares, reforçando a sua hegemonia de poder sobre os corpos, fazendo com que estes legitimem a sua própria condenação, pois a grande maioria dos infelizes que apoiam o endurecimento penal hoje serão os selecionados²⁵⁴ de amanhã. Eis o grande paradoxo de um sistema que consegue vender a desgraça aos desgraçados.

4. O processo penal em tempo razoável: a complexidade o processo penal vs eficientismo. A simplificação de apurar e julgar em tempo adequado e o excesso de prisão preventiva

Já advertia Beccaria: “*el proceso mismo debe terminarse en el más breve tiempo posible*”²⁵⁵. Este ponto versa sobre a dicotomia existente entre a eficácia²⁵⁶ do processo penal em apurar o fato delituoso em tempo hábil e a demora de determinados

²⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos. Conferencias de criminologia cautelar**. São Paulo: Editora Saraiva. p. 316.

²⁵⁴ Nesse sentido Zaffaroni nos ensina que: “*el sistema penal formal selecciona personas a las que somete a prisión preventiva mediante un procedimiento inquisitorio generoso en este tipo de privaciones de libertad provisionales que, por efecto de una distorsión cronológica del sistema penal, se extiende en el tiempo hasta convertirse en las verdaderas penas del sistema (el 65% de los presos latinoamericanos no son procesados, es decir, ‘presos sin condena’*”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Derechos humanos y sistemas penales en América Latina”. In **Criminología crítica y control social. 1. “El poder punitivo del Estado”**. Rosario. Editorial Juris. 1993. p. 67).

²⁵⁵ BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Ediciones Libertador. 2005. p. 75

²⁵⁶ Nesse diapasão é interessante o magistério de Coutinho para quem “é inadmissível sinonimizar efetividade com eficiência principalmente pode desconhecimento. Afinal, aquela reclama uma análise dos fins; esta, a eficiência desde a base neoliberal, responder aos meios”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais”. In **Empório do direito**. disponível em : <http://emporiiodireito.com.br/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso: 30/01/2017).

processos que são protelados por décadas causando um sofrimento tão degradante quanto a pena, pois para Lopes Jr. “o carácter punitivo está calcado no tempo de submissão ao constrangimento estatal, e não apenas na questão espacial de estar intramuros”²⁵⁷. É interessante ressaltar, como expõe alguns autores que a demora implica num sofrimento para ambas as partes envolvidas, vítima, acusado e sua família²⁵⁸ também sofrem as mazelas de um processo que em si mesmo é uma pena, *la pena del banquillo*.²⁵⁹

Entretanto há que se ter em claro que nem um processo penal do atropelo e muito menos um processo penal extremamente demorado são saudáveis. Segundo Badaró e Lopes Jr. “não se pode imaginar um processo no qual o provimento fosse imediato”²⁶⁰. Não há como fugir do fato que “o tempo é elemento constitutivo inafastável do nascimento, desenvolvimento e conclusão do processo”²⁶¹.

O ponto nevrálgico sobre a delicada busca do equilíbrio do tempo razoável do processo encontra-se nos casos em que o acusado está preso preventivamente. Como afirma Barletta, “se o processo penal, por si só, é capaz de afetar gravemente os direitos dos processados, este efeito se agiganta quando o imputado deve enfrenta-lo privado de liberdade, especialmente quando se estende de forma prolongada no tempo”²⁶². De certo que não é pelo fato de o acusado estar em liberdade que o processo possa agir de forma totalmente livre, com dilações desnecessárias. O processo requer tempo, passa por fases e há formalidades que não podem ser suprimidas por violar normas fundamentais, no entanto, a sua demora excessiva não é saudável a nenhuma das partes²⁶³. Dessa forma, voltando ao fato mais delicado, ou seja, um processo penal em que pese a

²⁵⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. Editora Saraiva: São Paulo. 2013. p. 190.

²⁵⁸ NAVARRO, Guillermo Rafael. “La duración del proceso penal como factor criminógeno” *In Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI*. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 2001. p. 529.

²⁵⁹ LOPES JR. Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **O direito ao processo penal no prazo razoável**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. p. 6 e 7.

²⁶⁰ LOPES JR. Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **O direito ao processo penal no prazo razoável**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. p. 5.

²⁶¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. Editora Saraiva: São Paulo. 2013. p. 188.

²⁶² BARLETTA, Junya Rodrigues. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos**. Tese de doutorado. Orientadora Bethânia de Albuquerque Assy. Rio de Janeiro PUC. Departamento de direito. 2014. p. 294.

²⁶³ De acordo Fauzi “o devido processo legal aplicado em sua integralidade passou a ser considerado como um formalismo incômodo para o direito brasileiro, esquecendo-se a lição de Hassemer, ao afirmar que as formalidades do procedimento penal não são meras formalidades”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2002. p. 139).

“excepcionalidade”²⁶⁴ de manter o acusado preso cautelarmente, devemos atentar ao aspecto do tempo subjetivo²⁶⁵. A noção de tempo é de fato relativa em relação aos de dentro e os de fora do sistema carcerário.

Um processo penal deve ser julgado no prazo razoável, pois como sustentam Lopes Jr e Badaró, há uma inversão entre a presunção da inocência e o estigma que carrega o acusado de um processo penal. Ao passo que, quanto mais se arrasta o processo a presunção de inocência que deveria prevalecer sobre o estigma negativo do processo tende a se enfraquecer, dando lugar ao pré-julgamento social de condenação²⁶⁶. Essa inversão de valores se dá na maioria das vezes por força direta dos meios de comunicação. Vimos no ponto anterior a capacidade que os meios possuem de informar, desinformar e alienar. Sendo assim, Navarro explica que:

*“Por otro lado, la información suministrada por el medio de comunicación, que no siempre será coincidente con la verdadera situación procesal del sujeto, resulta idónea para generar expectativa y luego frustraciones en los receptores, y, cuando fuere capaz de crear opinión pública sobre la conducta del individuo, volverá a incidir en su estigmatización”.*²⁶⁷

Lopes Jr. e Badaró também argumentam que segundo o Tribunal Supremo da Espanha quando se processa alguém para além do prazo razoável do processo, se julga outra pessoa que aquela que cometeu o suposto fato delituoso. Dessa forma entende que a medida da pena não cumpre seu papel de prevenção e retribuição²⁶⁸, pois entendemos

²⁶⁴ O termo entre aspas carrega a devida ironia do que está previsto em lei e o que realmente opera, ou seja, a banalidade do uso das cautelares como meio de controle.

²⁶⁵ Para Lopes Jr. “o direito só reconhece o tempo do calendário e do relógio, juridicamente objetivado e definitivo. E mais, para o direito, é possível acelerar e retroceder a flecha do tempo, a partir de suas alquimias do estilo ‘antecipação de tutela’ e ‘reversão dos efeitos’, em manifesta oposição às mais elementares leis da física”. (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. Editora Saraiva: São Paulo. 2013. p. 188.)

²⁶⁶ LOPES JR. Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **O direito ao processo penal no prazo razoável**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. p. 8.

²⁶⁷ NAVARRO, Guillermo Rafael. “La duración del proceso penal como factor criminógeno” *In Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI*. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 2001. p. 528.

²⁶⁸ LOPES JR. Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **O direito ao processo penal no prazo razoável**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. p. 14.

que a lógica consiste em que o remédio (pena) chegou tarde demais. Nesse diapasão Beccaria já defendia que “*cuanto más pronta y más cercana al delito cometido sea la pena, será más justa y más útil*”²⁶⁹.

Não será feita aqui uma descrição crítica de um processo penal em prazo razoável. Não é nossa ambição, nesse sentido apenas nos detemos a fazer uma crítica ao que se denota ao fato de usar a prisão preventiva como medida pré-penal. Dessa forma, na grande maioria dos casos o que temos é um processo que se arrasta durante o tempo, mas que já tem a sua medida de eficácia garantida através da prisão preventiva. Essa imposição na maioria das vezes se dá por pressão dos meios de comunicação e da sociedade como um todo, que como vimos clama por mais segurança, a construção do ódio ao outro legitima a barbárie contra o *eles*, mesmo que este esteja sendo processado. A demonização do inimigo é legítima até mesmo antes da sentença. Como dizia Foucault, o suspeito como tal já merecia de antemão um castigo²⁷⁰.

Dessa forma sustentamos a hipótese de que o processo penal carrega uma carga complexa cuja resolução será sempre mais ou menos tardia, em outras palavras, uma sentença sempre tardará alguns anos para ser prolatada. Dessa forma, ainda que em algumas situações não se trate o caso com a devida complexidade e rigor técnico, o processo realmente demora. Sem embargo, o número de processos é excessivamente alto, a máquina do judiciário não alcança processar, julgar e condenar à todos na medida que se exige, ou seja, no grau que os fomentadores do ódio, os administradores do ressentimento vendem diariamente. O Estado, pressionado em dar uma resposta efetiva ao clamor público por mais prisão/controlar faz uso da prisão preventiva, que está despida de qualquer aspecto de complexidade para a sua aplicação²⁷¹. Por essa via, que

²⁶⁹ BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Ediciones Libertador. 2005. p. 73.

²⁷⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión**. 2ª Ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2009. p. 52.

²⁷¹ Segundo Taporosky Filho: “no momento em que o julgador fundamenta uma prisão preventiva com base na gravidade do crime, está atestando em definitivo a autoria do delito. A autoria é tida como certa, e assim atestada sem que muitas vezes se dê conta, no momento em que uma decisão determinada a prisão de alguém pelo fato de que esse alguém demonstrou notória periculosidade quando da prática do crime. Percebe-se? A autoria já resta decidida na mesma frase que invoca o fundamento para a segregação cautelar”. (TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. “Antecipando a decisão sobre a autoria: a gravidade do crime como fundamento da prisão preventiva”. In **Empório do direito**. disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/antecipando-a-decisao-sobre-a-autoria-a-gravidade-do-crime-como-fundamento-da-prisao-preventiva-por-paulo-silas-taporosky-filho/> . Acesso 30/01/2017).

Nos tempos atuais, a prisão preventiva se despe do caráter de exceção e veste a toga do insaciável desejo de “segurança” clamado pela mídia e pela população. Os magistrados sofrem pressão para decretar a prisão preventiva não como medida de cautela diante de uma efetiva situação de perigo, mas sim como

a nosso entender essa modalidade se mostra mais violenta que qualquer outra, pois ao passo que a nossa pena máxima está prevista em 30 anos, a preventiva não tem prazo, resultando em absurdos em que pessoas ficaram presas preventivamente por 10 anos,²⁷² bem como o caso de Marcos Mariano da Silva, o inocente que ficou preso 13 anos sem sentença. As comprovações sobre os argumentos aqui expostos estão nos números: 40% de presos provisórios²⁷³ é o reflexo massivo da crise de nosso sistema penitenciário. Assim estamos diante de um colapso em que verdadeiras carnificinas são noticiadas em tempo real. Uma forma de atenuar o problema é reduzir o número de presos provisórios²⁷⁴, infelizmente foi necessário alguns massacres dentro das penitenciárias para que se atentasse a esse fator. Mas o motivo dessa carnificina é o resultado mecânico do uso irregular e desmedido da prisão preventiva, somado a morosidade dos processos penais, fazendo com que o sistema seja sobrecarregado, levado ao seu limite, cujo resultado foi noticiado recentemente.

Não precisamos fundamentar essas conclusões que estão escancaradas aos olhos daqueles que querem ver o problema. São inúmeros os especialistas que lutam contra a barbárie, argumentam de forma racional e dão diretrizes para reduzir o número de presos, no entanto as agências fecham os olhos à soluções racionais²⁷⁵ e preferem voltar suas atenções aos anseios promovidos pela criminologia midiática, sobrecarregando um sistema que não comporta toda a demanda exigida.

Já denunciemos que o sistema é lento em encarcerar a todos que a criminologia midiática impõe, dessa forma temos um colapso do nosso sistema carcerário, a pena não alcança solucionar os anseios da sociedade: o que fazer? Eis o

forma de punição antecipada, a fim de provar para a sociedade que as instituições estão “combatendo a criminalidade” e fazendo jus aos altos impostos pagos pelos “cidadãos de bem”. (PIRES, Ana Luíza Teixeira. “A necessidade da prisão preventiva diante da ameaça à ordem pública: não temos provas, mas temos convicção”. In **Empório do direito**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-necessidade-da-prisao-preventiva-diante-da-ameaca-a-ordem-publica-nao-temos-provas-mas-temos-conviccao-por-ana-luiza-teixeira-nazario-e-erica-correa-simoes-pires/>. Acesso 30/01/2017).

²⁷² <http://direito.folha.uol.com.br/blog/priso-preventiva-de-10-anos>. Acesso 15/01/2017.

²⁷³ Segundo o Informe do CIDH de 2012 o ranking de presos provisórios em nosso continente era: Chile 25%; Colômbia 30%; México 41%; **Brasil 42%**; Argentina 52%; Peru 58% e Bolívia 84%. (**Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas**. Informe presentado en el 146º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, DC, 1 de noviembre de 2012. p. 5).

²⁷⁴ <http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2017/01/mutirao-pretende-reduzir-numero-de-presos-provisorios-na-paraiba.html>. Acesso 15/01/2017.

²⁷⁵ Uma das medidas mais destacadas é com relação à Lei de drogas que prende em sua ampla maioria consumidores que vendem uma pequena quantidade para sustentar o seu vício, o que corresponde hoje a mais de um terço dos homens e mais de 63% das mulheres presas. Esse é o custo da guerra contra as drogas. <http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/41562-onu-demanda-reducao-do-numero-de-presos-no-brasil>, acesso 15/01/2017.

momento em que esse modelo nefasto se retroalimenta. A prisão tem essa capacidade peculiar de reforçar suas bases legitimadoras ante uma crise própria: ante a crise do sistema carcerário, a solução reside normalmente em reforçar a prisão. É totalmente irracional, mas é assim que funciona, como ensina Pavarini “*pero, a pesar de todo, la cárcel continúa sobreviviendo*”²⁷⁶

A morosidade processual conectada a prisão preventiva deve ser superada. Não exigimos um modelo processual penal aos moldes de um processo penal abreviado²⁷⁷, onde predomina a cominação de penas mais curtas e confissão do acusado. O nosso modelo de transação penal não é o caminho. Mas o que não podemos é admitir um modelo cautelar viciado e descontrolado que funciona como válvula de escape ante a demora em processar e julgar. O que se tem é uma ferramenta processual totalmente desorientada ao seu fim, por isso advogamos veemente por uma visão agnóstica da mesma, haja vista que esta consiste como uma escusa para aumentar o controle e promover massacres.

5. A dicotomia entre a presunção da inocência e a antecipação da pena: desafios ao direito penal

Apenas algumas linhas merecem ser destacadas ao objeto de nossa pesquisa, que concentra-se na prevalência irretocável da presunção da inocência como conquista humana. Tal princípio encontra-se literalmente previsto em nossa Carta Magna e não

²⁷⁶ “*Efectivamente, en cuanto ya no es instrumento principal de control social, la cárcel ve cada vez más reducida la población directamente sujeta a su poder, pero al mismo tiempo, como instrumento terrorista, tiende a sobrevivir como única respuesta para las formas de desviación que socialmente son cada vez más interpretadas como políticas y/o para aquellos sujetos respecto de los cuales se ha experimentado el completo fracaso de un control social de tipo no institucional. Asistimos así a una nieva reafirmación en la esencialidad de la penitenciaría en la práctica contemporánea del control social, al mismo tiempo que tomamos definitiva conciencia del final de toda utopía reeducativa o resocializante de la pena privativa de libertad*”. (PAVARINI, Massimo. **Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Buenos Aires: Editores Siglo XXI. 2002).

²⁷⁷ Já denunciara Coutinho que “a garantia do julgamento em tempo razoável, então, não pode servir de fundamento para construção de uma ideia de celeridade imediatista apta a eclipsar os direitos e garantias individuais do acusado na busca de uma ‘justiça’ a qualquer preço e a qualquer tempo, temperada por uma lógica maniqueísta de tudo ou nada”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “A duração razoável do processo: em busca da superação da doutrina do ‘não prazo’”. In **Empório do direito**. disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/a-duracao-razoavel-do-processo-em-busca-da-superacao-da-doutrina-do-nao-prazo-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho-e-daniel-r-surdi-de-avelar/>. Acesso: 30/01/2017).

pode ser restringido nem por nossa Corte Constitucional, nem por Organismos Internacionais. Em resumo, nos albores do século XXI admitir a simples abolição de uma garantia constitucional, de um princípio basilar da democracia em benefício da eficácia penal é um absurdo sem precedentes. No entanto, ainda que haja todos os argumentos, e respeitamos todos, mas não conseguimos vislumbrar outro horizonte que não seja o da violação da expressão clara *trânsito em julgado*. Seja o que for, em sede de recurso ordinário ou extraordinário²⁷⁸, não temos o trânsito em julgado, portanto prevalece a liberdade como fundamento constitucional, pois “a regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional é a liberdade²⁷⁹. A prisão faz exceção a essa regra²⁸⁰. Dessa forma estamos obedecendo a Constituição, qualquer interpretação fora dessa órbita viola um princípio dos direitos humanos, de ordem Constitucional, restringindo direitos em nome da morosidade dos processos em que os mesmos se arrastam por anos, levando muitos ao fenômeno da prescrição²⁸¹. Ora, justificar uma falha operacional das agências para suprimir garantias do cidadão é atribuir responsabilidade a quem não compete.

Ferrajoli dirá que “*la presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social*²⁸²”. Sustenta ainda que para Montesquieu a presunção de inocência compreende

²⁷⁸ Há que se ter claro que houve um entendimento de que a execução provisória da pena era legal, pois segundo o art. 637 do CPP, c/c art. 995 e 1029, §5º, ambos do novo CPC os recursos especial e extraordinário não tem efeito suspensivo, desta feita, como nos ensina Renato Brasileiro de Lima “questionava-se acerca da possibilidade de o réu permanecer solto, enquanto aguarda o julgamento dos recursos extraordinários interpostos, e o conseqüente transito em julgado da sentença condenatória”. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Processo penal**. Editora Juspodim: Salvador. 2016. p. 5).

²⁷⁹ Este era o entendimento do STF em 2009 o STF julgou o *Habeas Corpus* n. 84.078 que decidiu por maioria de votos (7 a 4) que a pena só poderia ser cumprida após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, que o entendimento jurisprudencial dominante e a súmula do STJ 267 ofendiam um direito fundamental. E desta forma a única hipótese de se prender alguém antes da sentença condenatória transitada em julgado era ante uma hipótese de prisão cautelar. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Processo penal**. Editora Juspodim: Salvador. 2016. p. 6).

²⁸⁰ **A Constituição e o Supremo**. 3ª Ed. Brasília: Secretaria de documentação. 2010. p. 284.

²⁸¹ Sem embargo decisão do dia 17 de fevereiro de 2016 sobre o *Habeas Corpus* n. 126.292 que trata de um caso julgado no TJ/SP, cujo réu foi condenado a começar o cumprimento de pena logo depois de ter seu recurso exclusivo negado, nas palavras de Khaled Jr. “fez mais do que apunhalar um direito fundamental: tristemente recepcionou um legado autoritário de processo penal, inadvertidamente ou não”. Na visão de Khaled Jr. os Ministros do STF se deixaram levar pela opinião pública, pouco importando se era necessário sacrificar direitos fundamentais tão caros e necessários ao bem estar de um Estado democrático de direito. (<http://justificando.com/2016/02/17/supremo-elimina-presuncao-de-inocencia-e-permite-prisao-a-partir-de-decisao-de-segundo-grau/>. Acesso dia 06/07/2016; KHALED JR, Salah H. “Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF”. In **Boletim IBCCRIM**. 281-abril/2016).

²⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 9ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009. p. 549.

um nexa entre liberdade e segurança entre os cidadãos²⁸³. Em Hobbes há a manifestação de inconformismo e perplexidade em pensar num delito sem sentença, da mesma forma que não há como impor uma pena sem uma sentença prévia²⁸⁴.

Se aqueles que manipulam de perto essas questões não tem a sensibilidade de entender que como sustenta Khaled Jr²⁸⁵, o juiz deve entrar no processo disposto a absolver, essa é a regra, se porventura ficar em dúvida, também deve absolver, a condenação (exceção à regra) deve ser considerada quando os elementos trazidos pela acusação fundamentem uma sentença condenatória. A nossa constituição desde sua elaboração funda-se na proteção do cidadão, na presunção de inocência, desta forma o juiz deve pensar *pro-reo*, a partir do momento que busca elementos que apenas confirmem a hipótese formada no princípio do processo, ou seja, acusação, estaremos submersos num processo penal de matriz inquisitória, um processo penal de caça ao inimigo²⁸⁶. Alexandre Morais da Rosa²⁸⁷ alude que é uma tarefa hercúlea quase impossível assignar a presunção de inocência no Código de Processo Penal justamente por ainda estarmos muito mais submersos numa mentalidade inquisitória e vingativa, que busca a eliminação do outro. Ainda Lopes Jr. nos traz sob a luz dos ensinamentos de Goldschmidt que “se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles”²⁸⁸.

Pois bem, a partir de Goldschmidt, considerando que o processo penal é o termômetro de elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição. Estamos para além do abismo, considerando que nosso Código de Processo Penal é herdeiro do Código de Rocco, ainda carregado de elementos de cunho persecutório como demonstraremos²⁸⁹, em outras palavras se há um termômetro em nosso Código de Processo Penal, ele arde em febre! Temos uma Constituição que surge num contexto

²⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** 9ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009. p. 549.

²⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** 9ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009. p. 550.

²⁸⁵ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Editora Atlas. 2013. p. 536.

²⁸⁶ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Editora Atlas. 2013. p. 536.

²⁸⁷ ROSA Alexandre Morais de. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2014. p. 98.

²⁸⁸ LOPES JR. Aury. **Direito processual penal.** 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 785.

²⁸⁹ A análise crítica a este modelo processual de matriz autoritária será objeto em capítulo posterior.

democrático, bem mais recente, elaborada como uma Carta de proteção ao cidadão, tanto que como mencionamos acima ao trazer a primeira frase do capítulo da obra de Lopes Jr.: a Constituição expressamente garante a presunção de inocência! Quando foi elaborada, foi pensada em proteger determinadas garantias que são caras ao corpo social, fruto de conquistas históricas.

No entanto o que acabamos de presenciar foi não uma nova interpretação, o STF reescreveu a Constituição, pois não há como interpretar essa decisão de outra forma. A brincadeira sarcástica de inúmeros professores na internet em riscar suas Constituições e escrever: “...Até decisão de 2ª grau” no lugar de sentença penal condenatória transitada em julgado é um exemplo em que não se interpretou de outra forma, foi rasgado, arrancado o trecho de garantia em lugar de outro que simboliza a eficiência. Inúmeros argumentos sustentados pelos Ministros como protelação por meio de inúmeros recursos fazem com que haja uma sensação de impunidade não pode ser um argumento plausível para que haja uma supressão de garantias constitucionais do imputado. Em resumo, não há argumento racional que explique tal decisão. Manifestações que entendem que a execução provisória da pena não viola a presunção de inocência ao nosso entender beiram a insanidade, pois são falas antagônicas: (presunção de inocência X execução provisória da pena), termos que jamais podem ser conciliados, esse exercício de “adequação” constitucional que obedece a uma tendência eficientista.

CAPÍTULO III

PROCESSO DE DESCONSTRUÇÃO: POR UMA TEORIA AGNÓSTICA DA PRISÃO PREVENTIVA

1. A prisão preventiva e a sua natureza cautelar: *Fumus Commissi Delicti e Periculum Libertatis*

Ao final do capítulo anterior, trabalhamos com a difícil coexistência entre a presunção de inocência e as cautelares, em nosso caso específico a prisão preventiva, vislumbrando uma perda do primeiro em favor do segundo. No entanto, ainda que manifestemos de forma aberta a impossibilidade de presumir a culpabilidade antes do trânsito em julgado da sentença, trabalharemos neste ponto de maneira específica com os pressupostos que autorizam a decretação de uma preventiva²⁹⁰ em nosso cenário processual brasileiro.

Portanto começamos com os requisitos adequados ao problema em tese, que são, ao nosso entender, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. A doutrina mais arcaica, e ainda persistente como veremos²⁹¹, trazia os institutos do processo civil como denuncia Lopes Jr.²⁹² plasmados ao processo penal, causando uma inadequação dos termos.

Superadas as concepções do senso comum, salientamos que um dos requisitos ou fundamentos para a aplicação de uma medida cautelar consiste no *fumus commissi*

²⁹⁰ Nesta seara Roxin nos ensina à luz do direito penal alemão que:

“*La prisión preventiva en el proceso penal es la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena.*

Ella sirve a tres objetivos:

Prende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal (§112, II, n.º. 1 y 2);

Prende garantizar una investigación de los hechos, en debida forma, por los órganos de la persecución penal (§112, II, n.º. 3);

Prende asegurar la ejecución penal (§457)”.

(ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 2ª reimp. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2003. p. 257).

²⁹¹ “Preocupa-se a lei, assim, com o periculum in mora, fundamento de toda a medida cautelar”. (MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Atlas. 1998. p. 385).

²⁹² “O grave problema existe no paralelismo entre o processo civil e o processo penal, principalmente quando são buscadas categorias e definições do processo civil e pretende-se sua aplicação automática no processo penal”. (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 786).

delicti, que é a “aparência do delito”²⁹³, “a probabilidade da ocorrência de um delito”, ou, na linguagem do Código de Processo Penal, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.²⁹⁴

Para Minagé o *fumus comissi delicti* requer a existência de um fato típico aparente, mas também um mínimo de informação que fundamente a suspeita sobre a existência do fato e a participação do acusado ou suspeito no mesmo²⁹⁵.

No que tange ao *periculum libertatis*, Lopes Jr. sustenta que não se trata de um requisito, e sim de seu fundamento²⁹⁶. Sem embargo, Minagé aduz a ideia de requisitos, diferenciando-os da seguinte maneira: “requisitos essenciais”, que recaem a toda e qualquer prisão cautelar, bem como os requisitos processuais específicos²⁹⁷, que se identificam na medida da prisão cautelar específica. Nessa seara, Minagé sustenta que o *periculum libertatis* constitui verdadeiro requisito essencial para qualquer prisão cautelar²⁹⁸.

Para Pacelli e Costa, *periculum in mora* equivale ao *periculum libertatis* que consiste no “risco concreto ou iminente que o investigado ou processado, estando em liberdade, representa à ordem pública ou econômica, ao regular curso da persecução penal ou à efetiva aplicação da lei penal, revelando-se urgente, portanto, a sua segregação”²⁹⁹. Respeitamos o posicionamento de ambos os autores, no entanto advogamos pela renúncia aos termos ordem econômica e ordem pública, entendendo que ambos são materialmente inconstitucionais³⁰⁰.

²⁹³ PACELLI, Eugênio; COSTA Domingos Barroso da.. **Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei nº. 12.403/11.** São Paulo. Editora Atlas. 2013. p. 91.

²⁹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 787.

²⁹⁵ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2015. p. 73.

²⁹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 788.

²⁹⁷ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2015. p. 72.

²⁹⁸ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2015. p. 72.

²⁹⁹ PACELLI, Eugênio; COSTA Domingos Barroso da.. **Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei nº. 12.403/11.** São Paulo. Editora Atlas. 2013. p. 93.

³⁰⁰ Inconstitucionalidade da ordem pública e econômica. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 847.

Nesse sentido, filiamo-nos ao entendimento de Lopes Jr.³⁰¹, considerando que *periculum libertatis* decorre do estado de liberdade do imputado, podendo este fugir, destruir provas ou coagir testemunhas em virtude de seu estado de liberdade.

Este estado de liberdade, na visão de Binder³⁰², pode ser um motivo justificador da prisão preventiva em caso de risco de fuga, como meio de obstrução de uma pena. De acordo com o autor, o Estado tem uma limitação na impossibilidade de julgamento sem a presença do acusado, assim entende que se justifica a prisão preventiva daquele que efetivamente oferece risco de fuga, incorrendo, então, em perigo concreto ao exercício do processo e na possibilidade de aplicação de uma pena.

1.1.Uma breve alusão à questão principiológica

Pois bem, entendemos ser necessário tratar os princípios de maneira breve e descritiva, fazendo a devida crítica aos que são mais distorcidos de sua realidade, ou seja, são idealizados dentro do plano teórico mas são flexibilizados no campo prático.

No que tange ao **princípio da motivação**, Lopes Jr. ensina que toda a decisão judicial deve ser fundamentada³⁰³. Assim, perlustra que este princípio da motivação está intimamente ligado ao que preconiza o art. 5, LIV da CF – que ninguém será preso sem o devido processo legal³⁰⁴.

Esse agir motivado encontra respaldo no art. 315 do CPP:

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

³⁰¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 788.

³⁰² BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2003. p. 151.

³⁰³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 791.

³⁰⁴ Minagé extrai de Leonardo Costa de Paula que “(...) de acordo com a Constituição, para que se limite o direito de alguém, é necessário o devido processo legal, o que comporta a proteção máxima do cidadão, que deverá saber exatamente como será processado... esse paradigma orienta-se para diminuir o arbítrio e maximizar a liberdade, na finalidade do próprio processo penal. essa vertente remete ao princípio do devido processo legal, segundo o qual não mais se admite que autoridades pratiquem arbítrios, abusos e restrições às liberdades que não, prescritas em lei (...)”. (MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2015. p. 49).

Cabe mencionar que, segundo Lopes Jr., os princípios da motivação/jurisdicionalidade conjugado com a presunção de inocência seriam impraticáveis à aplicação da prisão cautelar. Mas lembra que o pensamento liberal foi responsável por fazer a justificativa que, em determinados casos, deveríamos sacrificar essas garantias em nome de um bem maior³⁰⁵.

O direito ao **contraditório** é constitucionalmente assegurado constituindo cláusula pétrea que em regra não pode ser violado. No entanto, infelizmente não podemos afirmar com a mesma convicção de outrora, pois haja a flexibilização da presunção de inocência, oxalá outros direitos não sejam ceifados. De todo modo, a Constituição preconiza que:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório** e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

De acordo com Minagé, o contraditório e a ampla defesa constituem a base fundamental do processo penal. No entanto, Lopes Jr. recorda o quão difícil era usar essa expressão contraditório em sede de medida cautelar. O que, consoante o autor, é plenamente possível, pois se trata do direito à audiência que recentemente tomou forma como a audiência de custódia³⁰⁶, iniciado, segundo o CNJ, em 2015 em parceria com o TJSP³⁰⁷. Lopes Jr. recorda que essa previsão, surgida no Brasil em 2015, já foi positivada em sede da Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 8.1., o qual que toda a pessoa tem direito a ser ouvida em prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente. Para Prudente, essa medida amplamente aplicada em nosso país

³⁰⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 792.

³⁰⁶ LOPES JR. Aury; PAIVA, Caio. “Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal”. In **Revista Liberdades**- nº. 17. Setembro/dezembro de 2014. Publicação IBCCRIM. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/upload/pdf/22/artigo01.pdf> . Acesso 17/09/2017.

³⁰⁷ <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso 19/01/2017.

contribuiria na redução de abusos, evitando muitas prisões desnecessárias, porque, após a prisão, o preso tem um prazo de 24 horas para ser ouvido perante um juiz. Essa pode ser uma ferramenta de excelência para uma política de redução de danos³⁰⁸.

Dessa forma, ainda que nosso Código de Processo Penal persista num modelo anacrônico, os juízes e promotores podem abrir seus horizontes aos dispositivos internacionais e aplicar o princípio da convencionalidade³⁰⁹, como, por exemplo, alguns magistrados têm invocado em casos de crime de desacato³¹⁰, hoje até pelo STJ reconhecido como atípico³¹¹.

Outro princípio que rege as prisões processuais é **provisionalidade**, pois há de se ter em claro que a justificativa da prisão e sua manutenção é o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Quando um desses deixa de existir, a prisão deve ser imediatamente revogada³¹².

Talvez o pior deles, o mais banalizado dos princípios que no Brasil infelizmente encontra-se em total descontrole, é a **provisoriedade**, ou seja, uma falta de limite temporal para a prisão preventiva, autorizando como já citamos prisões de 10 a 13 anos sem uma sentença.

Na Argentina, a prisão preventiva deve obedecer ao que a doutrina chama de *plazo razonable*, não podendo superar, em regra, 2 anos. Porém, com a reforma do Código de Processo Penal Argentino, algumas inovações foram trazidas além do *plazo razonable*, que se encontram previstas no art. 191 de seu respectivo dispositivo legal:

*“El artículo 191 establece que la prisión preventiva cesará:
“a. si el imputado hubiere cumplido en prisión preventiva la pena solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal;*

³⁰⁸ PRUDENTE, Neemias Moretti. “Lições (e reflexões) acerca do uso excessivo da prisão preventiva e do fracasso das novas medidas cautelares pessoais”. In **Sistema penal e poder punitivo. Estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.** Coord. Salah H. Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito. 2015. p. 388.

³⁰⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** São Paulo: Editora RT. 2009.

³¹⁰ <http://emporiiodireito.com.br/juiz-de-santa-catarina-reconhece-a-incompatibilidade-do-crime-de-desacato-com-a-convencao-americana-de-direitos-humanos-e-absolve-acusado/>;
<http://emporiiodireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/>.

Acesso dia 19/01/2017.

³¹¹ <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/12/15/stj-decide-que-desacato-a-autoridade-nao-e-mais-crime.htm>. Acesso dia 19/01/2017.

³¹² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 794.

- b. si el imputado hubiere agotado en prisión preventiva un tiempo igual al de la pena impuesta por la sentencia no firme;
- c. si el imputado hubiere permanecido en prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido solicitar la libertad condicional o la libertad asistida”³¹³.

A previsão de 2 anos encontra-se positivada na Lei 25.430 que estabelece em seu art. 1 e 2 que:

“Art. 1. La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado, éste podrá prorrogarse por un año más, por resolución fundada, que deberá comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor.

Art. 2º Los plazos previstos en el artículo precedente no se computarán a los efectos de esta ley, cuando los mismos se cumplieren después de haberse dictado sentencia condenatoria, aunque la misma no se encontrare firme”³¹⁴.

Ressaltamos que, em sede recursal, não se computa este tempo, seguindo o que dispõe o art. 2 da lei supracitada.

Na Alemanha, Roxin ensina que, passados três meses de prisão preventiva, o imputado pode requerer através de seu defensor uma medida contra a decisão judicial do juiz que ditou a prisão. Sem embargo, o prazo máximo em regra é de seis meses³¹⁵.

Infelizmente, ainda que da tentativa do PL 4208/01 para que a prisão preventiva no Brasil respeite-se, há um prazo máximo de 180 dias em cada grau de jurisdição, da mesma forma que a tentativa jurisprudencial de fixar um prazo de 81

³¹³ <http://www.aduananews.com/index.php/juridica/doctrinas/item/3190-la-prision-preventiva-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal-argentino>. Acesso 10/01/2017.

³¹⁴ <http://www.aduananews.com/index.php/juridica/doctrinas/item/3190-la-prision-preventiva-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal-argentino>. Acesso 10/01/2017.

³¹⁵ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 2ª reimp. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2003. p. 277.

dias³¹⁶. Enfim, de todas as tentativas possíveis, a realidade é que temos uma prisão processual sem limites, exemplos de limitação não nos faltam, talvez o que falte é vontade de impor limites à prisão preventiva.

Fazendo alusão ao princípio da **excepcionalidade**, cumpre apenas salientar, como já o fizemos nesta pesquisa, que temos a cifra de 40% de presos provisórios no Brasil. Quase a metade da massa carcerária em nosso país está presa sem uma sentença. Logo, falar que a prisão preventiva deve ser excepcional na prática constitui uma falácia.

Por fim, o princípio da **proporcionalidade** de suma importância, mas constantemente violado. A proporcionalidade deve atentar ao fato concreto e aplicar uma medida cautelar que seja proporcional à gravidade do crime imputado, bem como deve-se atentar a situação pessoal do mesmo, uma vez que o grande risco em não se avaliar devidamente este princípio decorre de inúmeros casos nos quais a prisão preventiva é desproporcional a pena fixada ao crime imputado³¹⁷.

³¹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 796.

³¹⁷ **TJ-PI - Habeas Corpus HC 20100010004734 PI (TJ-PI)**

Ementa: HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. PACIENTE PRESO CAUTELARMENTE HÁ QUASE 06 (SEIS) MESES. CONSTATAÇÃO. CUSTÓDIA CAUTELAR MAIS GRAVE QUE POSSÍVEL PENA DEFINITIVA. PROCESSO SEM COMPLEXIDADE. DEMORA NÃO ATRIBUÍVEL À DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A prisão cautelar não pode ser mais gravosa do que a provável pena definitiva aplicável à conduta apurada, a qual, em face da primariedade técnica do paciente e de condições pessoais favoráveis, em tese, poderia ser cumprida por menor lapso temporal e no regime inicial aberto. 2. Conforme jurisprudência desta Corte, é inaplicável o princípio da razoabilidade para albergar injustificado excesso de prazo na instrução criminal de feito desprovido de complexidade e cujo atraso não pode ser atribuível à defesa. 3. Ordem concedida.

[TJ-RN - Habeas Corpus com Liminar HC 108025 RN 2008.010802-5 \(TJ-RN\)](#)

Ementa: HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. CONSTATAÇÃO. CUSTÓDIA CAUTELAR MAIS GRAVE QUE POSSÍVEL PENA DEFINITIVA. PROCESSO SEM COMPLEXIDADE. DEMORA NÃO ATRIBUÍVEL À DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

[TJ-PR - Habeas Corpus HC 15019384 PR 1501938-4 \(Acórdão\) \(TJ-PR\)](#)

Ementa: DECISÃO: ACORDAM os Magistrados integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em CONHECER da impetração e CONCEDER a ordem, com expedição de Alvará de Soltura em favor do Paciente, se por outro motivo não estiver preso, com a devida comunicação à vítima, nos termos do artigo 201, § 2º, do Código de Processo Penal. EMENTA: HABEAS CORPUS - AMEAÇA EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA - PACIENTE PRESO CAUTELARMENTE POR PRAZO SUPERIOR À PENA MÁXIMA DO CRIME IMPUTADO - CUSTÓDIA CAUTELAR MAIS GRAVE QUE POSSÍVEL PENA DEFINITIVA - PROCESSO SEM COMPLEXIDADE - DEMORA NÃO ATRIBUÍVEL À DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO - WRIT CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA. (TJPR - 1ª C. Criminal - HCC - 1501938-4 - Pontal do Paraná - Rel.: Clayton Camargo - Unânime - - J. 30.06.2016).

2. O (des)controle punitivo através dos conceitos de “Ordem pública” e “Ordem Econômica”

Este ponto foi o estopim desta pesquisa, investigar o nível de (des)controle punitivo da prisão preventiva. No entanto, tomamos outro rumo do inicialmente pensado. Nesse sentido, de maneira pontual, ficamos no nível deste descontrole travestido de controle sem limites. Mas o que significam essa expressão (des)controle ou esse descontrole travestido de um controle sem limites?

Existem inúmeros pensadores que idealizam um direito penal como protetor da ordem, como garantidor do meio de vida civilizado o qual vivemos³¹⁸. Assim, este direito penal seria um protetor daqueles que aderiram ao pacto civilizatório por meio de um “contrato” fictício que consiste na entrega de uma parcela de liberdade em troca de garantias de proteção por parte do Estado. Aqueles que pensam um direito penal que tutela os bens jurídicos mais relevantes, que acredita nessa construção justificadora do direito penal, conseqüentemente sustentará que este modelo efetivar-se-á através de um processo penal que esteja orientado a este direito penal.

Esta construção, desde a perspectiva do contrato, e desde uma ideologia protetora do direito penal, foi superada. Para aqueles que militam um caminho mais isolado, sendo mal visto por ir em direção contrária a esta corrente dominante da proteção do cidadão por meio do direito penal, pensa que esse tipo de direito funciona como um meio de coação, cujo monopólio recai sobre o Estado, que consiste no poder punitivo. Este poder punitivo deve ser fortemente contido³¹⁹, pois ele cresce diariamente através de vários discursos reducionistas, mas, ao mesmo tempo, fortemente sedutores para ampla camada da sociedade.

³¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral 1**. 17 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 32. TOLEDO, Francisco de Assis. **Principios básicos de direito penal**. 5^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 1994. p. 3. JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 1997. JAKOBS, Günther. **La imputación penal de la acción y de la omisión**. Cuadernos de conferencias y artículos n.º. 12. Universidad externado de Colombia. 1996. JAKOBS, Günther. **Sobre la teoría de la pena**. Cuadernos de conferencias y artículos n.º. 16. Universidad externado de Colombia. 1998. BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal y el estado de derecho**. Santiago: Editorial jurídica de Chile. 2005. p. 11.

³¹⁹ “La contención y reducción del poder punitivo, planificada para uso judicial por el derecho penal, impulsa el progreso del estado de derecho. No hay ningún estado de derecho puro, sino que éste es la camisa que contiene al estado de policía, que invariablemente sobreviven en su interior”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Tratado de derecho penal. Parte general**. 2^a Ed. Buenos Aires: Editora Ediar. 2002. p. 5).

Desta feita, ainda que em número reduzido e não amparados num discurso sedutor, como, por exemplo, o da criminologia midiática, combatemos esse dique da irracionalidade que consiste em limitar de todas as formas esse poder punitivo crescente. Uma das formas dessa expansão em sede processual consiste nos institutos “ordem pública” e “ordem econômica”.

O entendimento de ordem pública³²⁰ poderia render diversas páginas dessa pesquisa, já que tal definição é de uma amplitude sem igual. Na visão de Lopes Jr., é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo dizer o que é a tal ordem pública³²¹. Esse conceito é usado, por exemplo, na Argentina no Código Penal, onde tutela os crimes de associação ilícita. Para Juan Francisco Linares, ordem pública é:

³²⁰ Na prática, ela permite as mais variadas deformações, como, por exemplo: “o entendimento firmado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar e negar provimento a Recurso Ordinário em HC nº 47.671, interposto por um homem preso em flagrante pela prática dos crimes de lesão corporal culposa na condução de veículo, porte ilegal de arma de fogo, e resistência à execução de ato de funcionário público, e que teve a prisão convertida em preventiva sob a justificativa de garantia da ordem pública. Tal fundamento foi aplicado em razão do acusado possuir condenação por ato infracional análogo a homicídio e tentativa de homicídio. O acusado impetrou Habeas Corpus contra a referida decisão, mas a medida foi negada em primeira e segunda instância. No STJ, o ministro relator, Gurgel de Faria, reconheceu a presença, no caso, os elementos que justificam a prisão preventiva, dentre os quais está o fato de evitar ‘reiteração delitiva, pois o recorrente possui registros anteriores pela prática de atos infracionais’. Há precedentes do próprio STJ no sentido de que *registros de atos infracionais não podem ser utilizados para caracterizar Maus Antecedentes, mas indicam periculosidade*, o que estabelece o risco da prática de novos delitos. Logo, de acordo com o ministro relator, ‘embora a prática de delitos não possa ser considerada para fins de reincidência ou Maus Antecedentes, ela serve para justificar a manutenção da prisão preventiva para a garantia da ordem pública’”. (SILVA, Jardiel Oliveira. “Registro de atos infracionais justifica prisão preventiva, decide o STJ”. In **Empório do direito**. disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/registro-de-atos-infracionais-justifica-prisao-preventiva-decide-stj-por-jardiel-oliveira-da-silva/>. Acesso 30/01/2017).

Ainda, no que tange a ordem pública, ressalte-se: “O Superior Tribunal de Justiça deferiu liminar em sede do Habeas Corpus n. 333.988/RJ, impetrado por defensor de acusado preso em flagrante por supostamente ter cometido violação sexual mediante fraude. Os fatos se deram no interior de um ônibus que faz o trajeto Méier-Leblon, no Rio de Janeiro. Segundo as palavras da vítima e de testemunhas, o acusado estaria em pé, no corredor, ao lado da passageira, pressionando o corpo contra esta em virtude do coletivo encontrar-se lotado. Após perceber o aumento da pressão em seu ombro, a passageira identificou tratar-se do órgão genital do acusado quando levantou bruscamente a blusa deste e pôde visualizar o pênis à mostra e ereto. O STJ deferiu a liminar para que o acusado aguarde o julgamento definitivo do *habeas corpus* em liberdade e para que a prisão preventiva seja substituída por medidas cautelares diversas, uma vez que a prisão só deve ser mantida em casos excepcionais”.

Merece ainda a narrativa de alguns trechos da decisão de primeiro grau: “Como se vê os fatos narrados são gravíssimos, praticados no interior de coletivo em plena luz do dia. A liberdade do acusado coloca em evidente risco a manutenção da ordem pública. Ademais, a vítima é a principal testemunha e com o acusado em liberdade, certamente se sentirá intimidada a comparecer em juízo para colaborar com a apuração dos fatos. A conversão da prisão em flagrante em preventiva se faz necessária como forma de manutenção da ordem pública e da garantia da instrução criminal”. (“Acusado que encostou o órgão genital ereto no ombro de passageira tem prisão preventiva substituída por medidas cautelares diversas”. In **Empório do direito**. disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/acusado-que-encostou-o-orgao-genital-ereto-no-ombro-de-passageira-tem-prisao-preventiva-substituida-por-medidas-cautelares-diversas/>. Acesso 30/01/2017).

³²¹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 836.

“Un conjunto de valoraciones políticas, económicas, técnicas, morales y religiosas que se consideran justas por una comunidad estatal, y estrechamente ligadas a la existencia y subsistencia de esa comunidad tal cual lo reclama la cosmovisión en ella vigente”³²².

Para Bechara, “preservar a ordem pública significa manter o estado de normalidade, livre das perturbações geradas pelo cometimento de infrações penais, que acabam por desestabilizar o ordenamento”³²³. Ressalta-se que, na citação de Bechara, ele defende a preservação da ordem pública, mas não a define³²⁴. Não podemos aceitar expressões amplas que legitimem prisões. A determinação de ordem pública nos remete aos crimes de segurança nacional³²⁵.

De acordo com Gemaque:

“Ordem pública é a paz, a tranquilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou acusado estiver demonstrando que praticará novas infrações penais, se estiver procedendo à apologia do crime, reunindo-se em quadrilha ou bando, ou organização criminosa, haverá evidentemente perturbação da ordem pública”³²⁶.

³²² LINARES Juan Francisco *apud*. CORNEJO, Abel. **Asociación ilícita y delitos contra el orden público**. 2ª Ed. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores. 2010. p. 16.

³²³ BECHARA Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros Editores. 2005. p. 106

³²⁴ O autor dedica inúmeras páginas na tentativa de conceituar a ordem pública, reconhecendo inicialmente que estamos diante de um conceito indeterminado. Sem embargo entende que: “o fato de estar diante de um conceito indeterminado não significa que o conteúdo da expressão ‘ordem pública’ seja inatingível”. Reconhece o perigo deste conceito amplo aludindo que: “a necessidade do controle põe-se como condição essencial para a eficácia do conceito, sob pena da indeterminação confundir-se com arbitrariedade ou mesmo pura conveniência”. Mas ainda assim tenta definir e limitar: “a ordem pública representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano”. Ainda entende que: “a ordem pública associa-se a ideia de bem social, já que este representa o desejo da autoridade, que resulta da ação sobre governados, e cuja limitação pode significar muitas das vezes ao indivíduo como um mal social. É ainda a ordem pública, expressão da situação de tranquilidade e normalidade que o Estado assegura- ou deve assegurar- às instituições e a todos os membros da sociedade, consoante as normas jurídicas legalmente estabelecidas”. (BECHARA Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros Editores. 2005. pp. 96 a100).

³²⁵ Lei 7.170 de 14/12/ 83. Art. 23 incitar: I- à subversão da ordem política ou social.

³²⁶ GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar**. São Paulo: RCS Editora. 2006. p. 143.

Entretanto, Gemaque reconhece que o conceito de ordem pública é indeterminado, ficando a cargo do juiz adequá-lo aos direitos fundamentais do acusado, dentre eles a presunção de inocência, proporcionalidade, dignidade humana entre outros. Pois bem, se o juiz levar em conta a dignidade da pessoa humana, jamais prenderia alguém sem sentença, pois a realidade de nosso sistema carcerário é a de uma verdadeira carnificina, basta observar as guerras entre facções e os esquadamentos nos presídios, o início de 2017 nos mostrou claramente essa realidade. A presunção de inocência, como vimos, foi colocada em segundo plano em relação à eficácia, depois da decisão do STF. A proporcionalidade também resulta frágil, como descrevemos em apenas dois casos, em que uma pessoa ficou presa por 13 anos e outra por 10 anos sem sentença, desmontando qualquer argumento de proporcionalidade. Por esses motivos, tais fundamentos deixados a cargo da discricionariedade e imparcialidade³²⁷ do juiz tornam a situação muito delicada.

Rosa³²⁸ defende que a flexibilidade dos termos do art. 312 do CPP, como: ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal impulsionam os juízes à sedução de julgar o acusado antecipadamente, pois, segundo o autor, a anemia semântica do art. 312 permite isso.

A prisão para a garantia da ordem pública, para Paceli e Costa, constitui o “calcanhar de Aquiles do processo penal brasileiro, modalidade de cautela absolutamente desconectada com a instrumentalidade inerente ao processo de natureza cautelar”³²⁹. Para ambos, a prisão com fundamento na ordem pública deriva da reiteração criminal e não à proteção da investigação ou do processo³³⁰.

Para Guimarães, a ordem pública tem sido usada reiteradamente como fundamento de prisão preventiva pelos magistrados enquanto remédio paliativo ao sentimento de justiça da sociedade, defesa social, prevenção especial com relação a

³²⁷ AGUIAR, Michelle. “A quebra da imparcialidade e o discurso do ódio na prisão preventiva” *In Empório do direito*. disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/a-quebra-da-imparcialidade-e-o-discurso-do-odio-na-prisao-preventiva-por-michelle-aguiar>. Acesso 30/01/2017.

³²⁸ ROSA Alexandre Morais de. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2014. p. 159.

³²⁹ PACELLI, Eugênio; COSTA Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei nº. 12.403/11**. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p. 92.

³³⁰ PACELLI, Eugênio; COSTA Domingos Barroso da. **Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei nº. 12.403/11**. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p. 92.

determinados crimes³³¹. Acompanha o raciocínio de Rosa que “parcela majoritária da magistratura entende que a prisão cautelar torna as cidades seguras, o agente deve permanecer preso antecipadamente, quem sabe cumprir toda a pena, até que se confirme a decisão”³³².

Nessa seara, Ferrajoli aduz que:

“El desarrollo de la prisión preventiva como medio de administración ordinaria de la justicia ha constreñido una vez y otra al legislador a decidirse por términos cada vez más amplios con los que hacer frente a las siempre crecientes disfunciones instructoras producidas por la elephantiasis de los concretos procesos”³³³.

Os fundamentos são de ordem variada, no entanto o processo de convencimento em legitimar um modelo simplista e demasiado repressivo ainda persiste em nosso sistema processual, tendo sido usado como a regra, pois, como já dissemos, este fundamento consiste num limbo jurídico, visto que ninguém sabe bem o que é.

No que tange à ordem econômica, esta, de certa forma, deriva da própria ordem pública, porém a econômica se insere em nosso ordenamento por força da Lei 8.884/94. O objeto de proteção desta lei consiste na proteção da tranquilidade da ordem econômica, neste caso os pressupostos assemelham-se aos da ordem pública, como, por exemplo, a reiteração delitiva³³⁴. Contudo, a aplicabilidade de tal conceito é quase nulo.

2.1. Demais fundamentos: Conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal.

³³¹ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Prisão preventiva. O STF e a política criminal sobre restrição cautelar de liberdade**. Curitiba: Editora Juruá. 2014. p. 57.

³³² ROSA Alexandre Morais de. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2014. p. 163.

³³³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 9ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009. p. 775.

³³⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 837.

Tais pontos não têm a discussão polêmica como a ordem pública e econômica trabalhada anteriormente, mas mesmo assim merecem ser destacadas. A primeira que já de início traz uma expressão não adequada, pois “conveniência” remete-nos a adequar de acordo com o que seja mais confortável. Dessa forma, cada um entende o que é conveniente para si, mas quem garante o que convém a outras pessoas. Assim Lopes Jr. denuncia a amplitude desse termo deixando uma margem discricional que não pode ser conveniente ao instituto das cautelares³³⁵.

No entanto, o fundamento que enseja a prisão além do *fumus boni iuris* e do *fumus commissi delicti* decorre da evidência de que em seu estado de liberdade o investigado ou processado possa representar risco a investigação ou do processo³³⁶. Voltando à expressão conveniência, segundo Pacelli e Costa, ela:

“Não transmite a real limitação que se impõe a decretação da prisão preventiva. Como se infere do dispositivo no art. 282, I do CPP, o manejo de toda e qualquer cautelar- mas, especialmente, da preventiva- requer juízo de necessidade, que se faça demonstrada na exposição racional dos motivos determinantes à aplicação das medidas. A observação se faz relevante uma vez que, nesse âmbito, não há margens à discricionariedade”³³⁷.

Minagé também se posiciona que a palavra “conveniência” “não constitui um bem-querer do juiz, segundo sua conveniência e oportunidade”³³⁸. “Muito pelo contrário, sempre que se mostrar necessária e imprescindível ao resguardo do devido processo legal, deve a prisão preventiva ser decretada, com base na conveniência da instrução”³³⁹.

³³⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 837.

³³⁶ PACELLI, Eugênio; COSTA Domingos Barroso da.. **Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei nº. 12.403/11**. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p.104.

³³⁷ PACELLI, Eugênio; COSTA Domingos Barroso da.. **Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei nº. 12.403/11**. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p.104.

³³⁸ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2015. p. 112.

³³⁹ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2015. p. 112.

Frente ao fundamento da aplicação da lei penal, em última análise, corresponde a evitar a fuga do réu para resguardar o processo. Já salientamos, através do magistério de Binder, que este fundamento, segundo o autor, ensejaria uma prisão preventiva, porquanto a fuga do processado pode gerar a frustração da aplicação da pena³⁴⁰.

Mas esse risco de fuga não pode ser presumido, como nos ensina Lopes Jr., ele deve ser fundado em circunstâncias concretas³⁴¹. Da mesma forma, Minagé ensina que “o magistrado precisa indicar concretamente os motivos pelos quais deve ser assegurada a aplicação da lei penal, sendo completamente descabidas fundamentações pautadas em suposições ou presunções”.³⁴²

3. A teoria agnóstica da pena de Zaffaroni como um marco de superação ante as teorias legitimadoras da *ius puniendi*

Antes de discorrer sobre a teoria agnóstica ou negativa de Zaffaroni com relação à pena, devemos fazer uma ressalva no que tange aos modelos de redução de danos que se propuseram. Sabemos que há uma dicotomia entre aqueles que advogam pela restrição e outros pela expansão do poder punitivo. Nesse duelo, observamos que a expansão ganha terreno cada vez mais no cenário político criminal. Porém, entre os modelos de restrição, podemos observar tendências um tanto utópicas, distantes da realidade a qual vivemos, mas que nem por isso deixam de ter a sua importância. A grande diferença entre as propostas de constrição e as de expansão é que as primeiras prometem soluções a longo prazo, ao passo que as segundas promovem destruições a curto prazo.

3.1. Políticas de redução de danos: O abolicionismo; direito penal mínimo e a teoria psicanalítica da do comportamento criminal

³⁴⁰ BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2003. p. 151.

³⁴¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 838.

³⁴² MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2015. p. 113.

Partindo da premissa de que a prisão não cumpre função alguma, da mesma forma que as teorias positivas das penas também não atingem ao seu fim proposto, como nos ensina Zaffaroni, concluímos por sua ilegitimidade. Com base nessa afirmação, podemos simplesmente abolir esse sistema que não resolve o problema, pois, na realidade, a afirmação de Foucault é clássica: a prisão fabrica delinquência³⁴³. Nessa seara, abolir um sistema ilegítimo, violento e, acima de tudo, caro seria uma opção racional. Frente a isso, Carvalho observa que “paralelamente à avaliação das teorias da pena, importante discutir a matriz teórica que nega a atividade estatal sancionadora: o abolicionismo penal”³⁴⁴. Para Ferrajoli:

*“Considero abolicionistas sólo aquellas doctrinas axiológicas que impugnan como ilegítimo el derecho penal, bien porque no admiten moralmente ningún posible fin justificador de los sufrimientos que ocasiona, bien porque consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social”*³⁴⁵.

De acordo com Zaffaroni, entre os autores abolicionistas, não existe um método único, entretanto “*se ha señalado la preferencia marxista de Thomas Mathiesen, la fenomenológica de Louk Hulsman, la estructuralista de Michel Foucault y podríamos agregar la fenomenológico-historicista de Nils Christie*”³⁴⁶.

³⁴³ De acordo com Ferrajoli: “*Una rica literatura, corroborada por una secular y dolorosa experiencia, ha mostrado que la cárcel, en particular, es un lugar criminógeno de educación e incitación al delito*”. (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 9ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009. p. 271).

³⁴⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 244.

³⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 9ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009. p. 248.

³⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas. deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Editora Ediar. 2009. p. 103.

Para Hulsman *“el deseo de contar con una política criminal alternativa encuentra su fuente en el sentimiento de insatisfacción hacia la política criminal actual”*³⁴⁷. Segundo Carvalho, Mathiesen contesta a construção de novos presídios com base em oito premissas: a primeira no sentido de que a criminologia e a sociologia já demonstraram que a prevenção especial não atinge os seus objetivos, tendo efeito contrário, ou seja, ao invés de melhorar corrói o ser humano; segunda, com relação à prevenção geral os resultados são incertos; terceira, a grande massa carcerária é constituída de pessoas que cometeram delitos contra a propriedade; quarta, a construção de novos presídios é irreversível; quinta, devido a sua qualidade de instituição total, a irreversibilidade, a expansão do sistema penal fomenta a construção de mais presídios; sexta, as prisões são desumanas; sétima, o sistema produz violência e a total degradação dos valores culturais; oitava, os custos são altíssimos³⁴⁸. Zaffaroni destaca que para Hulsman há três razões fundamentais que dão legitimidade a sua tese abolicionista: *“causa sufrimientos innecesarios que se reparten socialmente de modo injusto; no tiene efecto positivo sobre las personas involucradas en los conflictos; es sumamente difícil someterlo a control”*³⁴⁹. Para Christie, a ideia consiste na mínima imposição de sofrimento, *“buscando opções ao castigo e não castigos opcionais”*³⁵⁰. Essa frase marca a ideia de que não são as penas alternativas a solução, mas sim alternativas à pena.

A aproximação que se faz entre Foucault e o abolicionismo reside, segundo Carvalho, que *“o enfoque foucaultiano geral radical mudança no discurso da criminologia crítica, legando fundamentos importantes ao desenvolvimento das demais políticas abolicionistas”*³⁵¹. Para Zaffaroni:

“En directa referencia a la tesis coincidentes con el abolicionismo, Foucault señala acertadamente la forma en que el poder expropió los conflictos en el momento de la formación de los estados nacionales y niega el modelo de una parte que se sobrepone a las partes en litigio como instancia superior decisorio, lo que evidencia en su discusión

³⁴⁷ HUSLMAN, Louk “El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas *In Criminología crítica y control social. 1. “El poder punitivo del Estado”*. Rosario. Editorial Juris. 1993. p. 86

³⁴⁸ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 248.

³⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas. deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Editora Ediar. 2009. p. 103.

³⁵⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 250.

³⁵¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 246.

*con los maoístas, cuando critica el concepto de 'justicia popular' expuesto por éstos*³⁵².

Carvalho³⁵³ alude que Foucault questionou o papel da criminologia tradicional, que não fez mais do que justificar as práticas punitivas do direito penal moderno sob a falsa premissa de um projeto ressocializador. Por outro lado, aduz que a ideia de sistema punitivo é rompida, assim como Zaffaroni³⁵⁴, esclarece que Foucault não admitiu uma existência de um sistema de poder, considerando que esse sistema é uma ilusão provocada por uma alienação de micro poderes, quase imperceptíveis atuantes em diversos níveis do corpo social.

Ainda, nesse horizonte restritivo, faz-se mister tecer alguns comentários acerca do direito penal mínimo, o qual consiste numa proposta de redução de abrangência do direito penal, que, para Zaffaroni, consiste numa das mais interessantes respostas que consiste na mínima intervenção penal³⁵⁵. Ao iniciar a explicar o direito penal mínimo, Ferrajoli³⁵⁶ faz a correspondência “*derecho penal mínimo y racionalismo jurídico*” ao passo que em seu antagonismo resulta o “*derecho penal máximo e irracionalismo jurídico*”. A correspondência aqui descrita aproxima-se daquela em que inúmeras vezes discorremos durante essa pesquisa, a velha guerra de forças entre o eficientismo e as garantias, o jogo de forças entre o Estado de direito e o Estado de polícia, em que os mecanismos de racionalidade jurídica e irracionalidade se mesclam como bem pontua Ferrajoli:

“Entre los dos extremos, se ha visto, existen muy diversos sistemas intermedios, hasta el punto de que deberá hablarse más propiamente, a propósito de las instituciones y ordenamientos concretos, de tendencia al derecho penal mínimo o de tendencia al derecho penal

³⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas. deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Editora Ediar. 2009. p. 107.

³⁵³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 246.

³⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas. deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Editora Ediar. 2009. p. 107.

³⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas. deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Editora Ediar. 2009. p. 107.

³⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 9ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009. p. 103.

máximo. En los ordenamientos de los modernos estados de derecho, caracterizados por la diferenciación en varios niveles de normas, estas dos tendencias opuestas conviven entre sí, caracterizando una a los niveles normativos superiores y la otra a los niveles normativos inferiores, y dando lugar, con su separación, a una efectividad tendencial de los primeros y a una ilegitimidad tendencial de los segundos”³⁵⁷.

A proposta de Ferrajoli é a de um direito penal condicionado e limitado, de racionalidade e de certeza, no qual o sistema de garantias seja respeitado e persiga a máxima de que nenhum inocente seja castigado *indubio pro reo*, algo totalmente inverso do que o próprio autor ensina acerca do direito penal máximo, em que, entre os elementos exemplificativos, figura a prisão preventiva, ou seja, um sistema de incerteza³⁵⁸. O certo é que, entre os dois modelos, o direito penal mínimo contempla um horizonte mais seguro ao modelo de sociedade o qual buscamos, no entanto merece algumas considerações frente aos objetivos perseguidos nessa pesquisa. Já que, como diz Carvalho, se levarmos os pressupostos de irregularidades sobre os quais recai a pena, o garantismo penal não poderá apelar a qualquer justificação do direito de punir³⁵⁹. Dessa forma, fica claro que, ainda que seja um modelo de redução de danos proposto por Ferrajoli, ele contempla o *ius puniendi*, ou seja, vê uma racionalidade no direito de punir, o que a nosso entender contrapõe com o modelo agnóstico ou negativo da pena proposto por Zaffaroni o qual seguimos. Nesse sentido, Carvalho afirma que:

“Assim, se a resposta à pergunta ‘por que punir?’, mesmo em se tratando de sistemas garantistas, configura modelos de intervenção, fundamental abdicar da tarefa, delineando teoria agnóstica que represente política criminal de redução de danos causados pelas agências de punitividade”³⁶⁰.

³⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 9ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009. p. 104.

³⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 9ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009. p. 105.

³⁵⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 235.

³⁶⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 235.

Zaffaroni se posiciona acerca do que entende ser uma contradição ao modelo de direito penal mínimo, pois, quando afirma que não se pode rechaçar os fins da pena, apelando a argumentos empíricos, os mesmos argumentos por Ferrajoli criticados acerca do abolicionismo. Os abolicionistas baseiam-se justamente na experiência empírica que oferece a operatividade real dos sistemas penais vigentes³⁶¹.

Diante disso, Carvalho é enfático ao dizer que “reduzir dor, tendo o sofrimento do outro como representação, seria a única alternativa ética, teórica e instrumental possível na atual condição que o direito penal é aplicado”³⁶².

É interessante ressaltar que, em ambos os modelos citados, tanto para o abolicionismo como para o direito penal mínimo, se propõe um novo modelo de sociedade, porque tanto para o primeiro, como para o segundo a adesão a tais propostas implicaria o estado abrir mão desse poder verticalizante que, acima de tudo, é exercício de poder (poder repressivo e de controle). É óbvio que pensar um modelo cuja força desse poder punitivo seja nula ou reduzida ao seu máximo está diretamente conectado a outro modelo de sociedade³⁶³ bem diferente do que vivemos.

Pautado na realidade em que vivemos, sabendo que esse novo modelo de sociedade ao qual nos referimos não consiste num horizonte próximo, a proposta da teoria agnóstica ou negativa nos parece mais adequada dentro de nossa realidade social e jurídica, principalmente por oferecer elementos concretos de realização.

É pertinente trazer à baila a aproximação feita entre a criminologia e a psicanálise que no dizer de Carvalho dialoga com facilidade, pois a criminologia ao contrário da dogmática do direito penal não está presa a rigidez formal, sendo perfeitamente possível, ademais da facilidade deste diálogo com outros saberes³⁶⁴. Nesse sentido, merece fazer a ressalva sobre a persistente falha do direito em atribuir os outros saberes como ciências auxiliares do direito. Para Zaffaroni, “não há aqui ciências auxiliares, mas uma coincidência de várias ordens de conhecimentos em um objetivo

³⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas. deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Editora Ediar. 2009. p. 108.

³⁶² CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 236.

³⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas. deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Editora Ediar. 2009. p. 111.

³⁶⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 385.

comum, que é baixar os níveis de violência social”³⁶⁵. Sobre esse aspecto, Baratta entende que, dentro do horizonte da teoria psicanalítica desenvolvida por Freud, temos dois momentos de confrontação com conceitos legitimadores do *ius puniendi*. O primeiro consiste nas bases de afirmação do conceito de culpabilidade. Segundo o autor: “Desde este punto de vista, la teoría psicoanalítica del comportamiento criminal representa una radical negación del tradicional concepto de culpabilidad y, por tanto, también de todo derecho penal basado sobre el principio de culpabilidad.”³⁶⁶. Carvalho pontua que, para Freud, a restrição dos impulsos produzirá sentimento de culpa, sendo este derivado do medo da autoridade e o medo do superego. Sendo que “a primeira insiste numa renúncia às satisfações instintivas. O segundo momento, ao mesmo tempo em que faz isso, exige punição, uma vez que a continuação dos desejos proibidos não pode ser escondida pelo superego”³⁶⁷. Baratta alude, de acordó com Freud, que:

*“la represión de los instintos delictivos a través de la acción del superyó no destruye estos instintos, sino que deja que se sedimenten en el inconsciente. Ellos se ven, sin embargo, acompañados en el mismo inconsciente por un sentimiento de culpa y realiza la tendencia a confesar”*³⁶⁸.

Para Carvalho, esse sentimento de culpa se externa através da submissão às regras firmadas no pacto civilizatório firmado entre homem e Estado. Assim, o homem abre mão de seu estado de natureza. O mesmo autor versa que “a civilização, segundo Freud, é a expressão pela qual o homem se elevou acima de sua condição animal, diferindo sua vida daquela vivida na primeira natureza”³⁶⁹. Dessa forma, não podemos deixar de observar que o homem ao firmar esse pacto deixou uma parte do seu ser, de sua essência, em benefício ou malefício, dependendo do ponto de vista, de um modo de vida organizado. No discurso de Carvalho, “os valores como limpeza, ordem

³⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos. Conferencias de criminologia cautelar**. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 519.

³⁶⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal. introducción a la sociología jurídico-penal**. Buenos Aires: Siglo XXI. 2004. p. 45.

³⁶⁷ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 394.

³⁶⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal. introducción a la sociología jurídico-penal**. Buenos Aires: Siglo XXI. 2004. p. 45.

³⁶⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 389.

(segurança) ocupam espaço privilegiado na cultura, permitindo inclusive serem dimensionados, em termos de felicidade, o custo para garantir sua satisfação é demasiado humano.” Esse custo consiste na renúncia aos prazeres, aos desejos, aos sentimentos mais íntimos e conseqüentemente proibidos por este pacto. O homem renuncia aos seus instintos em benefício da civilidade. Mas, como adverte Carvalho, essa renúncia não corresponde ao desaparecimento desse sentimento, daí advém o sentimento de culpa³⁷⁰.

Entretanto, o outro argumento negativo plasmado no horizonte da teoria psicanalítica da criminalidade consiste em questionar a legitimidade de todo o direito penal. Para Baratta:

*“La función psicosocial que ellas asignan a la reacción punitiva permite interpretar como mistificación racionalizante las pretendidas funciones preventivas, defensa social (principio da legitimidad) y en general toda ideología penal. Según las teorías psicoanalíticas de la sociedad punitiva, la reacción penal al comportamiento delictivo no tiene la función de eliminar o circunscribir la criminalidad, sino que corresponde a mecanismos psicológicos ante los cuales la desviación criminalizada aparece como necesaria e ineliminable para la sociedad”.*³⁷¹

A partir da teoria freudiana do delito pelo sentimento de culpa, Baratta nos ensina que Theodor Reik funda uma teoria psicanalítica do direito penal baseada numa dupla função da pena:

“a) La pena sirve a la satisfacción de la necesidad inconsciente de castigo que impulsa a una acción prohibida; b) la pena satisface

³⁷⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 390.

³⁷¹ BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal. introducción a la sociología jurídico-penal**. Buenos Aires: Siglo XXI. 2004. p. 45.

*también la necesidad de castigo de la sociedad mediante su inconsciente identificación con el delincuente*³⁷².

Nesse sentido, Serpa dito que esse processo de identificação da sociedade com o delinquente e o efeito da pena são aspectos da uma teoria psicológica do direito penal, segundo o qual as ideias retribucionistas ou preventivas se fundam do inconsciente da psique humana³⁷³. Reik sustenta que o modelo retributivo obedece aos tempos da lei do talião, algo totalmente inconcebível com o progresso cultural que a sociedade alcançou. Contudo, as teorias da prevenção obedecem a duas ordens: (prevenção negativa) frente à sociedade e (prevenção especial) frente ao delinquente. O autor argumenta que ambas só podem ser compreendidas mediante uma fundamentação psicológica do fim da pena que parta da indagação psicoanalítica freudiana do sentimento de culpa que precede o delito e como defendido, não é consequência deste, mas sim a sua motivação³⁷⁴.

Por fim, da hipótese que o efeito dissuasivo da pena se funda por meio dos impulsos proibidos do delinquente, Reik conclui que *“la tendencia de desarrollo del derecho penal es la de la superación de la pena”*³⁷⁵.

Interessante análise feita por Reiwald. Ela consiste no conceito de projeção e de bode expiatório, segundo o conceito de projeção elaborado por Freud.

“El fenómeno de la proyección de las agresividades y del correspondiente sentimiento de culpa en los delincuentes es analizado en la literatura psicoanalítica a través de la mítica figura del chivo expiatorio, cargado de nuestros sentimientos de culpa y enviado al desierto. Edward Naegeli relaciona la morbosa necesidad de las sensoriales descripciones de los delitos con esta necesidad de un chivo expiatorio que se encuentra en el delincuente, sobre el cual son

³⁷² BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal. introducción a la sociología jurídico-penal.** Buenos Aires: Siglo XXI. 2004. p. 46.

³⁷³ BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal. introducción a la sociología jurídico-penal.** Buenos Aires: Siglo XXI. 2004. p. 46.

³⁷⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal. introducción a la sociología jurídico-penal.** Buenos Aires: Siglo XXI. 2004. p. 47.

³⁷⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal. introducción a la sociología jurídico-penal.** Buenos Aires: Siglo XXI. 2004. p. 47.

*proyectadas nuestras tendencias criminales más o menos inconscientes*³⁷⁶.

Sendo assim, para Carvalho, a penalidade diverge das finalidades oficiais firmadas pela tradicional dogmática penal, seja a retribuição, prevenção geral ou especial, mas sim uma satisfação das necessidades inconscientes de castigo por parte da sociedade, que escolhe e projeta através do bode expiatório as suas próprias tendências delituosas de forma consciente ou inconsciente³⁷⁷. Portanto, o que temos é uma desvirtuação dos sentidos proclamados que legitimam a pena, pois, segundo o entendimento de Baratta, elas não obedecem ao que se propõem, consolidando ainda mais os argumentos acerca de que o único sentido racional que podemos atribuir à pena é uma visão agnóstica, visto que todas as tentativas de legitimá-la são frustradas.

A critério de ilustração, devemos aqui trazer que a ideia de que a teoria agnóstica ou negativa de Zaffaroni ao processo penal brasileiro não é novidade. Como já nos manifestamos no princípio dessa investigação, Duclerc³⁷⁸ faz esse exercício em orientar o processo penal em seu devido lugar, que consiste na proteção do indivíduo, um processo penal orientado à liberdade do indivíduo, de acordo com a Constituição. No entanto, a pretensão do iminente promotor baiano extrapola nossa capacidade, posto que seu processo de desconstrução está orientado como o próprio título o diz a todo o processo penal. Para Duclerc: “a luta por um direito processual penal democrático, no Brasil, demanda de forma urgente a construção de uma teoria do processo penal desvinculada de qualquer noção de teoria geral do processo”³⁷⁹.

3.2. Teoria agnóstica da pena de Zaffaroni

³⁷⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal. introducción a la sociología jurídico-penal**. Buenos Aires: Siglo XXI. 2004. p. 51.

³⁷⁷ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 402.

³⁷⁸ DUCLERC, Elmir. “Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal”. In **Revista Eletrônica direito e política**. Programa de pós graduação stricto sensu em ciência jurídica da UNIVALI, Itajaí, Vol. 10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 10/07/2016.

³⁷⁹ DUCLERC, Elmir. “Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal”. In **Revista Eletrônica direito e política**. Programa de pós graduação stricto sensu em ciência jurídica da UNIVALI, Itajaí, Vol. 10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 10/07/2016.

Efetuada a devida ressalva, voltamos ao nosso objetivo que tem intenção de desconstruir um horizonte contemplativo da prisão preventiva em nosso ordenamento jurídico. Buscamos nos apoiar em premissas humanísticas orientadas à proteção do indivíduo. Entendemos, então, que o atual panorama da prisão preventiva no Brasil vem assumindo, cada vez mais, as características de um poder punitivo sem controle do que propriamente a sua função inicial o qual foi criada, prestar-se a manter o caráter instrumental do processo.

Nesse sentido, entendemos por bem tentar aproximar dentro de nossos limites a prisão preventiva em um horizonte agnóstico, nos moldes que Zaffaroni propôs acerca da teoria da pena.

Zaffaroni, ao propor uma teoria agnóstica da pena, buscar sair do marco inicial comum (teorias positivas), explicando que:

“Não se transpõe esse atoleiro com uma nova teoria punitiva, mas sim apelando para uma teoria negativa ou agnóstica da pena: deve-se ensaiar uma construção que surja do fracasso de todas as teorias positivas (por serem falsas ou não-generalizáveis) em torno de funções manifestas. Adotando-se uma teoria negativa, é possível 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”³⁸⁰.

Dessa forma, uma teoria que esteja orientada em função oposta as demais pode ser compreendida a desconstruir conceitos seculares acerca da pena. Exatamente o que propomos em nossa pesquisa, partindo do pressuposto: se a pena – que passa pelo crivo de um processo, análise de provas, contraditório – tem um fim irracional, ou seja, não cumpre aquilo que as teorias tradicionais assim a preconizam, como podemos vislumbrar um horizonte racional para uma prisão processual que não se submete a este processo, não se submete ao contraditório? Nesse sentido, faremos as devidas críticas sustentando nossas razões por um modelo agnóstico da prisão preventiva no ponto

³⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I.** 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 98.

seguinte. Agora nos compete apenas discorrer brevemente sobre o que entendemos pela teoria negativa ou agnóstica da pena.

Em primeiro lugar, Zaffaroni argumenta que todas as teorias da pena correspondem a dar uma função manifesta (positiva), deixando a cargo do direito penal a interpretação das leis, predispondo nele uma coerção tipificada de acordo com a conduta³⁸¹. Não cabe aqui promover todo um processo de desconstrução desenvolvido por Zaffaroni, em construção à luz de sua teoria negativa ou agnóstica. Seria de uma pretensão tentar tal esforço. Por isso, focamos apenas em esclarecer que, ainda que haja um arcabouço teórico que buscou e ainda busca legitimar a pena uma função positiva das teorias no decorrer dos séculos, o concreto é que elas falharam³⁸². Não traremos as origens e motivos dessas falhas, no entanto entendemos que a tentativa de buscar a racionalidade³⁸³ numa medida irracional nos parece um exercício um tanto esquizofrênico³⁸⁴. Para Carvalho, “como seria possível ao investigador do direito racionalizar uma teoria dos exercícios irracionais do poder após o processo de desvelamento operado pela crítica criminológica?”³⁸⁵

Ainda, Carvalho questiona “como lecionar sem uma ‘teoria da pena’, sem reconhecer o ‘direito de punir’, sem admitir o ‘direito penal subjetivo do Estado’”³⁸⁶.

³⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 97.

³⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 98.

³⁸³ “Se existe, portanto, alguma racionalidade na pena criminal, ela deve ser entendida como uma espécie de capitulação da razão à nossa animalidade ancestral. Em suma, trata-se de uma racionalidade que reconhece os seus próprios limites, e não pode fazer muito mais que reconhecer a vingança como um elemento essencial da formação da própria psique humana, que extrapola a consciência/inconsciência individual e se projeta sobre o coletivo”. (DUCLERC, Elmir. “Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal”. In **Revista Eletrônica direito e política**. Programa de pós graduação stricto sensu em ciência jurídica da UNIVALI, Itajaí, Vol. 10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 10/07/2016).

³⁸⁴ “Resulta, pues imposible construir un discurso en que las pautaciones decisorias (esto es, la función de proyectar jurisprudencia, o sea, de planificar el ejercicio del poder de los juristas) resulten racionales, dado que estas pautaciones no pueden tomar en consideración (incorporar al discurso) los datos de la realidad social, puesto que están obligadas a permanecer deductivamente vinculadas (en posición deductivamente servil) a los componentes justificantes, que son falsos, porque deben acudir a falsedades para pretender legitimar lo que no es legítimable, o sea, todo el ejercicio de poder del sistema penal. El discurso jurídico-penal legitimante del sistema penal nunca puede cumplir la función de pautar la mejor decisión frente al conflicto, sino sólo la deductivamente más adecuada a la premisa legitimante del ejercicio de poder del sistema penal que previamente se ha escogido con alguna de las ‘teorías de la pena’”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas. deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Editora Ediar. 2009. p. 190).

³⁸⁵ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 262.

³⁸⁶ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 262.

Zaffaroni dirá que devemos “procurar o conceito de pena delimitador do universo do direito penal por um caminho diverso de suas funções”, valendo-se em sua opinião de dados ônticos³⁸⁷, como objetivo de regular e limitar o exercício de poder estatal³⁸⁸. De acordo com Carvalho, a redução de danos, de sofrimento é o único motivo justificador da pena³⁸⁹ nas atuais condições em que é exercida principalmente nos países periféricos³⁹⁰.

A ideia de pena para Zaffaroni consiste inicialmente que:

“La pena, en lugar, como sufrimiento huérfano de racionalidad, hace varios siglos que busca un sentido y no lo encuentra, sencillamente porque no lo tiene más que como manifestación de poder. Por ende, pena es todo sufrimiento o privación de algún bien o derecho que no resulte racionalmente adecuado a alguno de los modelos de solución de conflictos de las restantes ramas del derecho”³⁹¹.

Ainda, com relação à pena, tal como é hoje, sustenta que ela “não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”³⁹². Atribui, pois, que o seu conceito de pena é negativo, porque não concede uma função positiva à pena; é obtido por exclusão, pois o modelo de coerção estatal/punitivo entre

³⁸⁷ “Concebida la pena conforme a los datos ónticos señalados, quedaría fuera del arbitrio de la agencia legislativa sustraer materia penal recurriendo a una mera alteración del nomen jurs”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas. deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Editora Ediar. 2009. p. 211).

³⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 99.

³⁸⁹ Para Duclerc, “a pena, portanto, não pode ser justificada racionalmente, mas explicada antropológicamente, como resquício de um processo evolutivo que acabou condicionando a humanidade racional a pensar a vida social em termos de mérito e vingança”. (DUCLERC, Elmir. “Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal”. In **Revista Eletrônica direito e política**. Programa de pós graduação stricto sensu em ciência jurídica da UNIVALI, Itajaí, Vol. 10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 10/07/2016).

³⁹⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 263.

³⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas. deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Editora Ediar. 2009. p. 211.

³⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 99.

os modelos de solução de conflito consiste em decidir o conflito e não resolver ou reparar. Por fim, tem seu caráter agnóstico, por confessar não conhecer a sua função³⁹³.

Frente ao modelo de solução de conflito figuram: reparador; conciliador; corretivo; terapêutico e, por fim, o punitivo. Este último, quando aplicado, tem como característica inicial suspender o conflito mediante a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Por outro lado, o Estado, como titular da ação penal na maioria dos casos, confisca o direito da vítima, excluindo-a por ser o titular da ação penal³⁹⁴. Em outras palavras, não resolve, suspende o problema por meio de uma pena. Binder diz que, na realidade:

“O direito nunca soluciona nada, o que ele faz na verdade, é redefinir os conflitos humanos, algumas vezes de um modo mais aceitável para todas as partes envolvidas. Outras vezes redefine o conflito, impondo essa redefinição a alguns ou a todos os envolvidos, apoiando-se no poder do Estado- e o direito penal atua dessa forma em uma ampla proporção”³⁹⁵.

Voltemos, porém, à de pena para remontar o entendimento citado por Zaffaroni de Tobias Barreto, que afirmava que o conceito de pena não é jurídico, e sim político ao passo de afirmar que: “quem procura o fundamento jurídico da pena deve procurar também, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”³⁹⁶.

É interessante a reflexão de Zaffaroni no sentido de que no plano internacional a guerra esta deslegitimada, portanto, segundo o autor, ela não deixou de existir. Assim criaram-se outros mecanismos de controle da guerra, bem como o instituto do Direito internacional humanitário, cuja finalidade é impor limites aos atos de guerra, como, por exemplo, a proibição de minas terrestres, bem como da cruz vermelha, que busca limitar

³⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 99.

³⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 87.

³⁹⁵ BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2003. p. 2.

³⁹⁶ BARRETO, Tobias, *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 109.

e conter em parte a violência destes conflitos. Assim como no plano internacional, ainda que se pretenda eliminar a guerra atribuindo a ela um status deslegitimador, ela persiste. Os mecanismos supracitados não pretendem acabar com a guerra, isso é impossível. Apenas pretendem limitá-la ao seu máximo. A mesma premissa cabe ao conter a irracionalidade do poder punitivo, ou seja, uma concepção negativa ou agnóstica da pena tem por escopo limitar e reduzir a violência irracional³⁹⁷. Nesse diapasão, para Duclerc:

“Uma teoria agnóstica do processo penal, portando , é aquela que não pretende ignorar ou ocultar ideologicamente esse paradoxo, mas, antes, reconhecê-lo na sua irracionalidade, mas procura dar-lhe um tratamento minimamente racional conforme uma lógica de redução de danos”³⁹⁸.

Carvalho ressalta que, para Nietzsche:

“O sentido do castigo é fluído, podendo ser utilizado e interpretado para os mais diversos propósitos: cristaliza-se em uma espécie de unidade que dificilmente se pode dissociar, que é dificilmente analisável e, deve ser enfatizado, inteiramente indefinível- hoje é impossível dizer ao certo porque se castiga (...)”³⁹⁹.

Zaffaroni projeta um horizonte de direito penal que consiste em tutelar os bens jurídicos de todos os habitantes promovendo segurança jurídica, ao passo que neutraliza os elementos do estado de polícia no estado de direito⁴⁰⁰. Exatamente o contrário do que

³⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 110.

³⁹⁸ DUCLERC, Elmir. “Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal”. In **Revista Eletrônica direito e política**. Programa de pós graduação stricto sensu em ciência jurídica da UNIVALI, Itajaí, Vol. 10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 10/07/2016.

³⁹⁹ CARVALHO, Salo de. “Teoria agnóstica da pena: entre o supérfluos fins e a limitação do poder punitivo”. In **Crítica à execução penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007. p. 20.

⁴⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 110.

fomenta o pensamento sedimentado, impulsionado pela mídia, tem como ideia concentrar forças no estado de polícia, por este ser o responsável pela eficácia instantânea do poder, ao passo que o trabalho da polícia não pode se perder, dessa maneira mantemos o sujeito preso preventivamente para que cumpra desde já o processo preso⁴⁰¹. Expandir o direito penal, reforçando o poder das agências, não sendo suficiente, promovem medidas manifestamente inconstitucionais, o qual já denunciemos neste trabalho⁴⁰².

Esta tendência deve ser combatida por uma teoria negativa que no dizer de Carvalho “possibilitaria não apenas concretar os esforços para minimizar os efeitos danosos produzidos pelos aparatos punitivos, mas igualmente eliminar do discurso penal seu viés declarado (e não cumprido), retomando sua natureza política”⁴⁰³.

Para Zaffaroni:

“La función de los elementos negativos del discurso penal es altamente legitimante del sistema penal, porque reduce el ejercicio de poder de la agencia judicial en forma aparentemente racional, con lo que legitima el ejercicio de poder de las restantes agencias y estagniza al derecho penal, congelando su horizonte de proyección e impidiéndole intentar cualquier cambio de paradigma”⁴⁰⁴.

O modelo tradicional mostrou no decorrer dos séculos e vem mostrando a sua total ineficácia. O único êxito destas teorias foi o de fabricar mais delinquentes como diria Foucault. Então, ainda que seja sempre sedutor às *mass media*, o discurso de lei e ordem, do endurecimento penal, faz-se necessário à implementação de medidas que estejam orientadas num viés contrário no qual estamos submersos. Não podemos ter

⁴⁰¹ Duclerc nos ensina que: “quem experimentou a atuação do poder punitivo na própria carne sabe que ela tem início no curso do próprio processo. isso já tinha sido percebido pelo próprio Carnelutti, mas no Brasil no início do século XXI se apresenta de uma forma acachapante, dadas as condições carcerárias e o grande percentual de presos provisórios já por todos conhecidos”. (DUCLERC, Elmir. “Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal”. In **Revista Eletrônica direito e política**. Programa de pós graduação stricto sensu em ciência jurídica da UNIVALI, Itajaí, Vol. 10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 10/07/2016).

⁴⁰² O pacote anticorrupção do MPF.

⁴⁰³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 263.

⁴⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Avila Editores Latinoamericana. 1993. p. 25

medo de arriscar algo cuja premissa está pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, nos direitos humanos como um todo. O que se busca não é nenhuma medida faraônica, apenas o que se almeja é a redução do poder punitivo, uma política de redução de danos. É recorrente o entendimento de que quanto menos um Estado usa o poder punitivo, mais racional ele será.

4. Por uma teoria agnóstica da prisão preventiva

Fixadas as bases que desenham os argumentos de nossa pesquisa, cabe agora desenvolver as razões por advogar por uma teoria agnóstica ou negativa da prisão preventiva. Por suposto, os motivos são os mesmos sustentados no ponto anterior, partindo da premissa de que, a pena, que passa pelo constrangimento das provas, do contraditório, pelo tempo “razoável do processo” leva anos, problema recorrente em nosso país. A pena, quando prolatada pelo juiz, já passou por um processo de maturação, de certa forma a pena tem o seu processo de amadurecimento que consiste no processo como um todo.

Ainda que consista em toda essa exaustiva carga de tempo e exposição ao contraditório, pugnamos que o resultado final, no mais das vezes, não objetiva atingir aquilo que se propõe na lei, tampouco a pena aplicada tem um fim legítimo. Seja este reparador, ressocializador ou preventivo, enfim o problema reside no fato que a prisão é um problema, Fragoso já dizia que o grande problema da prisão é a própria prisão⁴⁰⁵.

Considerando o fato de que a prisão consiste numa pena cujos fins estão totalmente desorientados de seus pressupostos legitimadores, como podemos pensar que uma prisão/processual/pena, cujo fim na prática é o mesmo (pena antecipada), no entanto despida de qualquer potencial de complexidade, pois como vimos, os seus argumentos legitimadores são todos de ordem ampla, permitindo praticamente qualquer interpretação para sua aplicabilidade, pode se justificar racional e legítimo.

Devemos lembrar que entre os seus princípios, muitos são totalmente desorientados da realidade. Basta recordar a excepcionalidade, considerando o nosso

⁴⁰⁵ FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal. A nova parte geral.** 7ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1985. p. 318.

número alarmante de 40% de presos provisórios, sem lembrar a proporcionalidade, quando presos provisórios são submetidos a “medidas” mais graves que a pena a ser fixada ao final do processo. Quanto à temporalidade, pessoas ficaram mais de uma década mantidas privadas de sua liberdade sem uma sentença.

Pois bem, cabe demonstrar as tentativas de legitimação discursiva da prisão preventiva plasmadas sob dois horizontes:

Aqueles que reconhecem na prisão preventiva um caráter de pena (teorias substantivas; e aqueles que desconhecendo o aspecto de pena, afirmam que esta tem como objeto uma medida processual (teorias processualísticas)⁴⁰⁶.

No que tange aos primeiros (substantivistas), Zaffaroni dirá que se apoiam em discursos amplamente discutidos nesta investigação no capítulo II, que se refere exatamente ao clamor público, uma necessidade em dar uma resposta de cunho punitivo à sociedade. Como dizer ao povo que estamos atentos aos anseios sociais em prender os desordeiros e trazer a ordem pública novamente? Interessante que para essa teoria a prisão preventiva assume status manifesto de pena e a presunção da inocência se vê flexibilizada em nome da ordem⁴⁰⁷. No que tange aos processualistas, segundo Zaffaroni⁴⁰⁸, não haveria uma presunção de inocência, mas sim um mero estado de ausência. Se a pessoa encontra-se presa, não há que se falar em presunção de inocência. Note-se que há uma confiança cega nas instituições que afirma de forma manifesta a impossibilidade de equívoco por parte deste sistema de justiça. Outro argumento levantado pelos processualistas o qual já manifestamos anteriormente sob o magistério de Binder, que é o fato de estar o réu ausente, incorrendo suspensão do processo, logo na frustração de uma possível pena.

Portanto, cabe a nós simplesmente acompanhar o entendimento de Zaffaroni que:

⁴⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I.** 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 292.

⁴⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I.** 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 292.

⁴⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I.** 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 293.

“Em síntese, nenhuma racionalização pôde evitar a consequência de que a prisão preventiva, salvo aos poucos casos em que a coerção administrativa direta a legitima, é uma pena antecipada, que às razões que deslegitimam o poder punitivo em geral soma a flagrante e incontestável violação do princípio da presunção de inocência. A única posição coerente é a do substantivo autoritário; para aqueles que não compartilham seus fundamentos, não resta outro caminho senão concluir por sua ilegitimidade”⁴⁰⁹.

Ora, não é necessário esforço para concluir que a ilegitimidade deste modelo se mostra às caras, pois aderir a uma teoria substantivista que, segundo o próprio Zaffaroni, deriva do modelo de direito penal autoritário de Garófalo, Ferri e do positivismo fascista de Manzini, bem como de alemães do regime nazista é simplesmente inadmissível nos dias atuais. Desconhecer a legitimidade destes modelos não corresponde a uma opção, mas sim um dever. Ainda corresponde dizer que ao falarmos de prisão preventiva, estamos mais próximos ao estado de polícia e mais distantes do estado de direito. Partindo dessa premissa básica, dificilmente alguém se manifestaria contrário do estado de direito, no entanto o que vemos na prática é o uso banalizado de uma medida típica do estado de polícia (prisão preventiva) que logicamente corresponde ao encolhimento do estado de direito e a expansão do estado de polícia. Sem falar é claro de outras medidas que dão ainda mais força a essa inversão como, por exemplo, a execução provisória da pena.

Retomando ao fim específico a que obedece a uma medida cautelar, e em nosso caso a prisão preventiva, ou seja, uma medida que tem por finalidade garantir a instrumentalidade do processo, garantir que o processo transcorra dentro de sua normalidade, tendo, início, meio e fim. Este desenvolvimento deve ser respeitado, caso ocorra real perigo a este movimento jurisdicional, deve-se aplicar uma medida cautelar⁴¹⁰. Não propomos um rompimento com a prisão preventiva, por simplesmente

⁴⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 295.

⁴¹⁰ Zaffaroni entende que: “quanto à prisão preventiva, ela só poderá assumir eventualmente o caráter de coerção direta naqueles casos em que serve para prevenir a iminência de outro conflito ou evitar que perdure a atividade lesiva. A eventual prevenção da vingança que, em algumas situações excepcionais, pode implicar o exercício de poder do sistema penal, seria mais um caso de coerção direta de execução diferida ou prolongada, mais de nenhum modo poderia generalizar-se até converter-se em um argumento legitimante do poder punitivo ou, menos ainda, em uma teoria positiva da pena, por que não passa de uma

saberemos que isso é impossível, tampouco acreditamos como Pastor que o processo penal sem a prisão preventiva não tem como existir⁴¹¹. Acreditamos na busca da racionalidade da lei com a prática, buscando o que Zaffaroni fala na defesa de sua teoria agnóstica, que consiste na segurança jurídica. Não podemos ter motivos justificadores totalmente desconectados com a realidade que obedecem à lascívia do poder punitivo. Nesse sentido, é sempre bom lembrar que as pautas orientadoras da teoria agnóstica de Zaffaroni devem ser fixadas em dados ônticos:

“Si se reconoce la deslegitimación del sistema penal, resulta primario eliminar el discurso de justificación de la base de cualquier construcción dogmática y sostenerla también sobre datos de realidad. El discurso jurídico-penal así elaborado, se reduciría a la construcción pautadora de decisiones de la agencia judicial basada en tales datos. Sería una planificación del reducido ejercicio de poder de la agencia judicial en forma racional, o sea, un conjunto de pautas decisorias conforme a una estrategia configuradora de una táctica para el ejercicio racional del poder de la agencia judicial (del poder de los juristas)”⁴¹².

Lopes Jr. já denunciara que “trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de segurança pública”⁴¹³. Assim argumenta que a prisão preventiva fundamentada na ordem pública ou econômica não tem nenhuma conexão com os fins de cautelaridade, tendo como único fim os contornos de uma pena antecipada. Atribuir legitimidade a essa modalidade preventiva sob o manto do clamor público alarma social

função excepcional”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015. p. 107).

⁴¹¹ Pastor, Daniel *apud* BARLETTA, Junya Rodrigues. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos**. Tese de doutorado. Orientadora Bethânia de Albuquerque Assy. Rio de Janeiro PUC. Departamento de direito.

⁴¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas. deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Editora Ediar. 2009. p. 192.

⁴¹³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 847.

é manifestamente inconstitucional. Sem embargo, tal prática é recorrente e amplamente aplaudida pelos meios de comunicação⁴¹⁴.

Devido a essa pressão da mídia, os poderes aderem a essa prática buscando credibilidade social, mas Lopes Jr. adverte: “quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policialesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado”⁴¹⁵.

De todo modo, por fim, passamos ao que segundo Lopes Jr. consiste nos verdadeiros fundamentos que preenchem os requisitos da cautelaridade que consistem na tutela da instrução criminal, plasmado pelo germe da “conveniência”, bem como a aplicação da lei penal. De forma genérica manifestamos, seguindo o magistério de Lopes Jr., que, embora sejam motivos que dão a verdadeira legitimidade eficaz a uma cautelar, a forma como ambas vêm sendo aplicadas conforma a hipótese inicial, ou seja, do distanciamento daquilo que é idealizado no plano legal com a realidade. Ademais de trazer à baila o aspecto econômico, visto que é muito mais rentável não prender o acusado e os fundamentos, tanto para estes dois argumentos que revestem os pressupostos de cautelaridade, na prática se mostram frágeis ante a real necessidade de sua aplicação, que como vimos deveria respeitar a excepcionalidade de sua aplicação.

Frente às marchas e contramarchas de nosso processo penal, é pertinente a colocação de Barletta:

“A história do processo penal evidencia que a prisão provisória sempre foi um instrumento de controle social que impregnado de simbolismo, supre a necessidade de resposta política imediata aos reclamos punitivos e nega, na prática, os direitos humanos, reafirmando cotidianamente a força coercitiva estatal. Na prisão provisória está situado o desequilíbrio mais flagrante e intenso entre o direito, como tutela do imputado, e o poder coercitivo do Estado: nesta luta, travada entre combatentes desiguais, o poder punitivo em regra vence. Neste sentido, a história da prisão provisória, à luz dos

⁴¹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 850.

⁴¹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 852.

direitos humanos, é, portanto, uma história dos vencidos, uma história de violência, de dor e de exclusão social”⁴¹⁶.

Da mesma forma que Zaffaroni constrói as bases que deslegitimam o discurso da pena privativa de liberdade, explicando que todas as tentativas foram falhas, portanto o único caminho é desconhecer um horizonte contemplativo do *ius puniendi*, advogamos sob os mesmos fundamentos no tocante a prisão preventiva. Se reduzirmos o âmbito de aplicação com base nos dados da realidade, veremos que ela totalmente inversa aos fins que se propõe, veremos que em essência a prisão preventiva opera hoje como simples manifestação de poder, exercício de poder do estado em crescente expansão, pois não olvidemos que a proposta de uma teoria agnóstica não é a realidade, ainda opera um sistema penal forte e em expansão. As razões dessa pesquisa advém exatamente desse motor expansionista que extrapola o direito material de punir passando as vias processuais, pois já manifestamos aqui, através de inúmeros autores (Zaffaroni, Ferrajoli, Lopes Jr), que a prisão preventiva hoje é uma pena antecipada. Logo, não há como pensar que a expansão assume contornos para além do inimaginável. Devemos denunciar toda e qualquer manifestação positiva de contemplação do poder de punir, seja ele na esfera do direito penal ou processual. As demonstrações aqui trazidas mostram que esse modelo falhou, portanto pensar na abolição desse modelo de exercício de poder é uma utopia, da mesma forma que pensar a sua redução ao máximo, mas ainda assim acreditando que esse modelo reduzido obedece a uma função racional e positiva, é contemplar uma violência distorcida de seus fins a um número ainda mais seletivo. Em essência podemos pensar que um direito penal mínimo poderia ser um poder ainda mais seletivo, pois seria reduzido a intervenção penal em casos pontuais, mas não deixando de operar com a sua margem de violência, ainda que reduzido ele legitima o ilegítimo, ou seja o poder punitivo.

Nesse sentido, Zaffaroni aduz que:

⁴¹⁶ BARLETTA, Junya Rodrigues. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos**. Tese de doutorado. Orientadora Bethânia de Albuquerque Assy. Rio de Janeiro PUC. Departamento de direito. p. 221.

“No resulta en principio, pues, inconcebible, la construcción de un nuevo discurso jurídico-penal que implique la planificación normativa del ejercicio del poder de los juristas, como poder efectivo de su agencia judicial, libre de los obstáculos que hoy le impone la servil dependencia deductiva de un conjunto de elementos legitimantes y, consecuentemente, en libertad para una pautaación decisoria legítima, en la medida en que persiga una menor violencia. El reconocimiento de los límites reales del ejercicio de poder de los juristas no sería más que la renuncia a una ilusión de poder (el que abarcaría la totalidad del ejercicio de poder del sistema penal), renuncia que resulta indispensable para procurar una ampliación de ese poder y una consiguiente oportunidad mayor de reducción de la violencia”⁴¹⁷.

Não pode ser tão difícil de idealizar esse modelo se fizermos a adequação da guerra. A consideração de que a guerra não tem legitimidade tem aceitação social, no entanto ela não deixa e existir. Mecanismos foram criados para reduzir ao máximo a sua incidência e violência. Nesse diapasão, considera-se que o direito penal consiste numa violência, tendo em claro que os princípios garantidores do direito penal são uma ilusão, pois o sistema penal os viola em sua integralidade⁴¹⁸. Por que não pensar num modo que seja limitador ao máximo de um modelo sabido que, por ora, não temos como eliminar, mas que é responsável por uma cifra incalculável de mortes, sofrimentos e destruição. Se conseguimos enxergar que a guerra não é a solução racional para os conflitos e aceitamos marcos limitadores para essa violência, como pode ser tão distante idealizarmos os mesmos horizontes delimitadores para um sistema cuja violência imposta se mostra tão devastadora como uma guerra, operando em tempos de paz.

Não pretendemos acabar com a prisão preventiva, nem mesmo com o direito penal, apenas com base no fundamento exposto por Tobias Barreto de que o fundamento da pena em síntese corresponde ao fundamento da guerra, como podemos aceitar uma guerra contra nós mesmos, operando sob a escusa de um estado de emergência onde devemos agir contra algo que não sabemos bem o que é.

⁴¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Avila Editores Latinoamericana. 1993. p. 27.

⁴¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Avila Editores Latinoamericana. 1993. p. 29.

O caminho parece nebuloso, as propostas parecem distantes de nosso cotidiano que se resumem em prender primeiro para depois apurar os fatos, entretanto, se mirarmos ao passado, veremos o quanto evoluímos, muitas conquistas hoje são comemoradas, e nos espantamos com as barbáries do passado. Os suplícios, as penas capitais abolidas em grande parte dos países, a escravidão, as penas contra crianças, enfim há uma conquista que se sobrepõe aos atrasos o qual vivemos. Pensar um modelo que apenas retrate a realidade não pode ser tão utópico, denunciar a inaplicabilidade que legitima a prática de tal medida não pode ser visto como um devaneio, buscar a humanização, a luta pela efetivação máxima dos direitos humanos, pensar que é possível uma redução de danos através de uma linguagem clara e direta entre a realidade e o que se vende é um compromisso dos juristas.

As feridas e mortes provocadas por esse modelo dominante são latentes, diariamente uma quantidade de juristas comprometidos com a Constituição invadem as redes sociais gritando as fissuras provocadas por este modelo genocida através de suas colunas, livros e artigos científicos. No entanto, os holofotes estão voltados ao reducionismo dos programas policiais que vendem a morte, administrando o ressentimento alheio. É um duelo um tanto desigual, mas o jurista comprometido com o processo de humanização, de evolução da sociedade deve assumir a sua postura combativa contra o poder punitivo, definindo as pautas limitadoras deste poder que não mostra relação entre o que está previsto na lei e o que opera na realidade.

O conceito de guerra é injusto, e aceitamos isso. A ideia de pena é injusta e alguns já conseguiram entender isso, como não orientar o nosso horizonte ao modelo que hoje serve como uma antecipação da pena que é a prisão preventiva. Que funciona com a mesma disfuncionalidade das penas, pois como já amplamente discutido aqui, há uma margem ampla entre o discurso legitimador e a realidade, tanto no discurso legitimador da pena como o da prisão preventiva. Sob esses argumentos, advogando na certeza de aderir a um mecanismo que seja redutor de uma violência desproporcional. Lutar pela redução de danos, pelo direito das garantias constitucionais, pelo respeito às normas do jogo, pelo respeito da dignidade humana, pela sensibilização e espírito de solidariedade, pelo compromisso social, assumindo a corresponsabilidade pelo que ocorre de bom e ruim em nossa sociedade advogamos pela redução máxima do uso desmedido da prisão preventiva, pugnando para isso os fundamentos de uma teoria agnóstica ou negativa da mesma, entendendo não haver conexão entre os seus

fundamentos legitimadores e sua prática, tendo como horizonte a redução de danos, de violência e de mortes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tentamos reconstruir de maneira pontual as origens de nossa cultura inquisitória em nosso primeiro capítulo, demonstrando que as razões que “justificaram” as prisões em distintos momentos históricos tinham uma função diversa daquela prevista em lei. Seja contra os hereges, vagabundos ou ociosos, bem como contra os inimigos dos totalitarismos nazi/fascista. A única conclusão que chegamos é que em distintos momentos tivemos a construção de um discurso que legitimou o encarceramento com fins diversos daqueles positivados, vendidos à sociedade como legítimos aos seus fins.

Condenamos veemente as inverdades reproduzidas em obras clássicas, como o *Manual dos Inquisidores* e o *Martelo das feiticeiras*, em que as mais bizarras práticas de tortura foram aceitas em nome de um bem maior que de fato nunca existiu. Falácias para concentrar o poder do soberano através do medo dos suplícios.

Porém, quando se teve a ideia de usar essa mão de obra carcerária ao invés de simplesmente queimá-las entramos na lógica capitalista de mercado. Transformar o cárcere numa fábrica e uma fábrica aos moldes do cárcere, para que o sujeito preso aprenda a trabalhar e quando saia da prisão faça o mesmo que fazia preso, em outras palavras, permaneça nessa dinâmica por toda vida. Domesticar os homens a trabalhar na fábrica, num rigor de disciplina e docilidade, cumprindo horário e obedecendo às ordens, trabalhando jornadas excessivas e sem nenhum direito. Como dizia Pavarini, o grande trunfo dos favorecidos é convencer os desfavorecidos que as regras do jogo são essas, aceitar a normalidade dessa exploração.

Sem embargo, quando achávamos que os limites da barbárie humana já tinham sido alcançados nos tempos das bruxas, os nazistas nos mostraram que a mente humana não tem limites para tanto. Para isso, promoveram um processo de catalogação de judeus por todos os países ocupados e começando o processo de encarceramento. Uma vez detidos e despidos de qualquer garantia de humanidade, as mais diversas barbáries foram promovidas. As experiências médicas, os campos de concentração é uma prova notória da banalidade do mal.

O ponto em comum nos três momentos é o uso massivo da prisão como concentração de poder. No primeiro, consistia em apenas deter o corpo do condenado, para que fosse possível o espetáculo em praça pública das mutilações para obter a verdade desejada pelo inquisidor. No segundo, a ideia era encarcerar o máximo possível, pois, como as cidades foram tomadas de pessoas que migravam do campo para a cidade, foi fácil o encarceramento criando tipos penais de vadiagem. Portanto, prendia-se pelo simples fato de não ter ocupação, pois esse motivo ensejaria a docilização para trabalhar nas fábricas. No terceiro, o motivo para prender era simplesmente para eliminar os indesejáveis, pois apenas a raça ariana predominaria no mundo, sendo assim, para os demais, restava qualquer tipo de experimento e o uso de sua mão de obra para construir a maquinaria nazista.

Considerando que os eventos históricos narrados começam por volta de 1552 e terminam em 1945, temos um longo período de barbárie continuada e sistematizada. Dessa forma, buscamos o recorte pontual da parte histórica, pois retratar esse lapso temporal ocuparia centenas de páginas. Assim, ao final da Segunda Guerra, imaginaram-se novos tempos, em que os limites da irracionalidade humana já foram demonstrados, não necessitando mais demonstrações dessa natureza.

Infelizmente a lógica persecutória persiste, o germe inquisitório é forte em nossa sociedade, e, ainda que tenhamos um período na crença de que a redução do uso do direito penal era o caminho adequado (Garland), tivemos um retrocesso significativo, passando a depositar todas as nossas crenças no poder punitivo, aumentando suas forças.

Nessa seara, o direito penal teve sua expansão, o estado de polícia se favoreceu em favor do estado de direito. Logo, resulta óbvio que, ante o apoio popular que em muito é incentivado pelos meios de comunicação, o uso da prisão preventiva mostra-se como regra, pois a lógica é apenas vencer a mera formalidade (processo penal) para depois condenar. Sendo assim, não faz sentido soltar o acusado para que fuja, mantemos este preso desde já para que depois seja referendada a verdade que já conhecemos de antemão: a condenação.

A “legitimidade” e a banalidade das prisões processuais só tem esse poder devido a grande força dos meios de comunicação de vender um ódio diário à sociedade. Esse discurso de que vivemos num estado de guerra e programas que transmitem em tempo real perseguições policiais aumentam a sensação de insegurança e fomentam o

ódio ao próximo. Quando o bode expiatório é preso, ele pode ser inocente, mas a carga de ressentimentos por ver todos os dias notícias de crimes faz com que a sociedade deposite nesse preso a responsabilidade por outros fatos ocorridos.

Não são apenas os meios de comunicação os responsáveis pela sensação de insegurança que clama por mais poder punitivo, outros discursos de cunho mais requintado trazem à baila o preocupante rumo da sociedade globalizada do século XXI. Entre eles há de salientar a ideia da sociedade de risco, o qual buscamos, de maneira concisa, explicar, para logo após trazer algumas tentativas de respostas na esfera penal para esse temor social da sociedade de risco. Os modelos de respostas por parte do direito penal ante esse clamor global advém do direito penal do inimigo, cujas vertentes podemos encontrar no modelo de direito penal do risco de Prittwitz e no modelo de seguridade cidadã de Ripollés. Ambos reconhecem que seus modelos têm características com o direito penal do inimigo, reconhecem que o direito penal do inimigo em sua essência é nocivo, mas, ao mesmo tempo admitem não ter outro caminho que não seja este para conter a violência de uma sociedade cada vez mais complexa. O direito penal tem de oferecer garantias de proteção para essas novas modalidades delitivas, e estes são os meios oferecidos.

Não condenamos as intenções destes autores em tentar dar uma resposta que lhes é exigida, no entanto não podemos concordar que estas sejam medidas adequadas a resolver o problema, pois, se voltarmos alguns parágrafos, veremos que inúmeros discursos foram legitimadores para um momento de tensão, mas que na realidade estavam distorcidos da realidade, fazendo com que esse discurso inicial fosse o protagonista de uma série de barbáries.

Esses discursos bem elaborados constituem o modelo discursivo que legitima um direito penal de exceção, ou de emergência, já que, ante essas novas tendências que urge combater, não há alternativa além de recorrer a modelos de exceção até que a normalidade seja retomada. O grande problema é quando essas medidas acabam tornando-se a regra do sistema político, ocorrendo a inversão, tendo por vez a anormalidade assumindo, cada vez mais, às vezes de modelo permanente, ao passo que a normalidade acaba ficando na tangente, sendo cada vez menos pensada e usada. Dessa forma, ante essa construção bem edificada, temos um sistema forte orientado a combater

um risco um tanto incerto, portanto com uma ferramenta altamente eficaz podemos legitimar a eliminação de outros “problemas”, que não fazem parte dos novos riscos.

É exatamente esse problema que identificamos no plano das cautelares, em nosso caso a prisão preventiva. Há uma desconexão entre o que legitima a sua aplicação e a realidade prática. Existe uma carga discursiva forte que legitima a aplicação dessa medida, ainda que seja aos moldes de uma pena antecipada, ninguém se importa com as garantias do acusado, o discurso de lei e ordem é forte e reforça a ignorância do povo que só vê um fim comum: a condenação, a prisão.

Sendo assim, a banalidade da prisão preventiva, que se orienta em qualquer pressuposto legal, principalmente calcada na ordem pública que, como vimos, pode ser qualquer coisa, consubstancia-se numa medida que não se orienta ao seu objetivo que consiste em garantir a instrumentalidade do processo, mas sim o de atender ao clamor público, transformando essa prisão processual numa pena antecipada, ultrapassando os seus limites. Dessa forma, entendemos a ilegitimidade de uma prisão que se aplica de forma totalmente desorientada aos seus fins apenas com o objetivo de aumentar o controle social.

Portanto, seguindo o magistério de Zaffaroni, entendemos que pode ser possível um horizonte negativo ou agnóstico da prisão preventiva sob os mesmos argumentos defendidos pelo professor argentino com relação à pena.

Considerando que a pena passa por todo um processo de maturação que se denomina processo, tem por fim uma resposta irracional, ou seja, segundo Zaffaroni, a pena não atende aquilo a que se pretende, ela não repara, ela não ressocializa, enfim, todas as teorias que buscaram um fim positivo à pena falharam.

Com base nisso, como podemos entender que seja positivo o fim de uma prisão processual que, como vimos, está totalmente desorientado aos fins o qual foi criada. Como aludimos de maneira bastante resumida, ao falarmos dos princípios que regem as cautelares – como, por exemplo, a proporcionalidade, excepcionalidade, provisoriedade – demonstramos serem constantemente violados na prática. Sendo assim, não defendemos a extinção da prisão preventiva, pois sabemos que isso é impossível, seguimos os passos de Zaffaroni em trabalhar em prol da constrição máxima do poder punitivo, essa deve ser a meta de redução de danos. Nesse sentido, acreditamos que os

fundamentos de uma teoria agnóstica que desconhece, que nega os seus fins orientadores por entender que estão totalmente desconectados com a realidade é um começo. A prisão preventiva como medida cautelar deve obedecer aos princípios de cautelaridade e não a respostas penais e anseios sociais. A busca em dados ônticos pode ser um caminho a ajudar na contenção dessa medida irracional que consiste hoje a prisão preventiva em nosso país. Não podemos seguir admitindo que ante o anseio punitivo de não conseguir prender aqueles que a demanda social exige devido ao tempo que demora um processo penal, seja legítimo amontoar pessoas em presídios sob o argumento da insegurança, clamor público, ordem pública e econômica.

Por fim, devemos lembrar que a prisão preventiva, corresponde ao estado de polícia, ao passo que a presunção de inocência e demais garantias do cidadão correspondem ao estado de direito. Falamos acerca da guerra de forças entre o efecienticismo e as garantias constitucionais. Essa guerra é constante, o estado de direito e o estado de polícia se mesclam, operando numa balança que ora pende para a proteção e ora pende ao perigosismo. É evidente que a prisão preventiva correspondendo ao estado de polícia reduz a incidência do estado de direito, dessa forma devemos lutar com todo afinco pela defesa do estado de direito, e a máxima redução do estado de polícia, cujos resultados nefastos já conhecemos bem.

Não podemos nos esquecer de que a regra é a liberdade, a exceção é a prisão. Ainda que muitos militem para o reducionismo, a irracionalidade e a expansão, mantemo-nos firmes reforçando o dique de contenção do poder punitivo.

BIBLIOGRAFIA

A Constituição e o Supremo. 3ª Ed. Brasília: Secretaria de documentação. 2010.

“Acusado que encostou o órgão genital ereto no ombro de passageira tem prisão preventiva substituída por medidas cautelares diversas”. In **Empório do direito**. disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/acusado-que-encostou-o-orgao-genital-ereto-no-ombro-de-passageira-tem-prisao-preventiva-substituida-por-medidas-cautelares-diversas/>. Acesso 30/01/2017.

AGAMBEN Giorgio. **Estado de exceção.** 2ª Ed. São Paulo: Editorial Boitempo. São Paulo, 2007.

AGUIAR, Michelle. “A quebra da imparcialidade e o discurso do ódio na prisão preventiva” In **Empório do direito**. disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/a-quebra-da-imparcialidade-e-o-discurso-do-odio-na-prisao-preventiva-por-michelle-aguiar>. Acesso 30/01/2017.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales.** Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2003.

_____; QUIRÓS, Diego Zysman. **La tortura. Una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave.** Buenos Aires: Edições Didot.

APOLINÁRIO, Marcelo. **A prestação de serviços à comunidade como sanção penal.** Pelotas: Editora Universitária, UFPEL. 2012.

APONTE, Alejandro. “Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal del enemigo”. In **Revista brasileira de ciências criminais**. n. 64. São Paulo: Editora RT. 2007.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo.** São Paulo: Editora Cia das Letras. 1989.

ARRUDA, José Jobson de A. **História moderna e contemporânea.** 3ª Ed. São Paulo: Editora Ática S.A. 1975.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal y el estado de derecho.** Santiago: Editorial jurídica de Chile. 2005.

BAUMAN, Jürgen. **Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos.** Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1973.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade.** Rio de Janeiro: Editora Zahar. 2009.

_____. **Vigilância líquida.** Rio de Janeiro: Editora Zahar. 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal. introducción a la sociología jurídico-penal.** Buenos Aires: Siglo XXI. 2004.

BARLETTA, Junya Rodrigues. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos.** Tese de doutorado. Orientadora Bethânia de Albuquerque Assy. Rio de Janeiro PUC. Departamento de direito. 2014.

BAYER, Diego Augusto. “Bandido bom é bandido morto?”: A criação de estereótipos criminosos pelos meios de comunicação”. **In Sistema penal e poder punitivo. Estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.** Coord. Salah H. Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito. 2015.

BECCARIA, César. **Tratado de los delitos y de las penas.** Buenos Aires: Editorial Heliasta. 1993.

_____. **De los delitos y de las penas.** Buenos Aires: Ediciones Libertador. 2005.

BECHARA Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar.** São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida.** Barcelona: Ediciones Paídos Ibérica, S.A. 2008.

BECKER, Howard. **Outsiders. Hacia una sociología de la desviación.** Buenos Aires: Editora Siglo XXI. 2012.

BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal.** trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2003.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão. Causas e alternativas.** 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva.

_____. **Tratado de direito penal, parte geral 1.** 17 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

BITTAR, Eduardo C. B. “Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica”. **In Hermenêutica plural. Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos.** Org. Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

BOVINO, Alberto; BIGLIANI, Paola. **Encarceramiento preventivo y estándares del sistema interamericano.** Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2008.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A., **Política criminal de la exclusión, estudios de derecho penal y criminología.** Granada: Editorial Comares, 2007.

BUSATO, Paulo César. “Quem é o inimigo, quem é você? **In Revista brasileira de ciências criminais.** n. 66. São Paulo: Editora RT. 2007.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal parte geral, tomo II**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1967.

CAMPIONE, Roger. “El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la *Kollaterschädengesellschaft*”. In **La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto**. Barcelona. Editores Atelier. 2003.

CARVALHO, Salo de. **Penal e garantias: uma releitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2001.

_____. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015.

_____. **A política criminal de drogas no Brasil. Estudo criminológico e dogmático**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007.

_____. “Teoria agnóstica da pena: entre o supérfluos fins e a limitação do poder punitivo”. In **Crítica à execução penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007.

CASARA, Rubens. “A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias”. In **Empório do direito**. disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-ampliacao-das-hipoteses-de-prisao-preventiva/>. Acesso 30/01/2017.

CASTEL, Robert. **La inseguridad social ¿Qué es estar protegido?** Buenos Aires: Editores Manatíal. 2011.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1983.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2002.

CONDE, Francisco Munõz. “Estudio preliminar. La esterilización de los asociales en el Nacionalsocialismo ¿Un paso para la solución de la cuestión social?” In **Revista de Derecho Penal**. julio 2002. Nº 10. Editora La Ley.

CORNACCHIA, Luigi. “La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción. In **Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión**. Buenos Aires: Editorial B de F. 2006.

CORNEJO, Abel. **Asociación ilícita y delitos contra el orden público**. 2ª Ed. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores. 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”. In **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Renovar. 2001.

_____. “O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje”. In **Empório do direito**. disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-papel-do->

[pensamento-economicista-no-direito-criminal-de-hoje-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/](#). Acesso 30/01/2017.

_____. “Punitivismo desmedido e ideológico (posição de Jörg Stippel). *In Empório do Direito*. disponível em: <http://emporiოდodireito.com.br/punitivismo-desmedido-e-ideologico-a-posicao-de-jorg-stippel-por-jacinto-coutinho/>. Acesso 30/01/2017.

_____. “A duração razoável do processo: em busca da superação da doutrina do ‘não prazo’”. *In Empório do direito*. disponível em: <http://emporiოდodireito.com.br/a-duracao-razoavel-do-processo-em-busca-da-superacao-da-doutrina-do-nao-prazo-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho-e-daniel-r-surdi-de-avelar/>. Acesso: 30/01/2017.

_____. “Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais”. *In Empório do direito*. disponível em : <http://emporiოდodireito.com.br/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso: 30/01/2017

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

DONINI, Massimo. “El derecho penal del enemigo frente al ‘enemigo’”. *In Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: Editorial B de F. 2006.

DUCLERC, Elmir. “Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal”. *In Revista Eletrônica direito e política*. Programa de pós graduação stricto sensu em ciência jurídica da UNIVALI, Itajaí, Vol. 10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 10/07/2016.

_____. “Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal”. *In Sistema penal e poder punitivo*. Estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr. Coord. Salah H. Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito. 2015.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores. Directorium inquisitorum**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1993.

FERNANDES, Ignacio N. **Los estándares internacionales de represión al terrorismo internacional. Un paradigma político criminal para Argentina y Brasil**. Saarbrücken: Editorial Académica Española. 2016.

_____. **El paradigma de los delitos de terrorismo entre derecho interno y internacional. El paradigma de los delitos de terrorismo en los albores del siglo XXI**. Saarbrücken: Editorial Académica Española. 2012.

_____. “O pacote anticorrupção: a flexibilização da prova ilícita em nome da ‘justiça e da liberdade’: uma inversão total das regras do jogo democrático” *In FADERGS*- v. 7, n. 2, jul.-ago. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** 9ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión.** Buenos Aires: Editores Siglo XXI. 2009.

_____. **La verdad y las formas jurídicas.** Barcelona: Editorial Gedisa. 1996.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal. A nova parte geral.** 7ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1985.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos. Anotações sistemáticas à Lei 8.072/90.** 4ª. Ed. São Paulo: Editora RT. 2000.

GARCIA, Roberto Soares. “A in inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas” *In Boletim IBCCRIM.* 281-abril/2016. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4740-A-inconstitucionalidade-do-art-28-da-Lei-de-Drogas. Acesso: 30/12/2016.

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

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar.** São Paulo: RCS Editora. 2006.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Prisão preventiva. O STF e a política criminal sobre restrição cautelar de liberdade.** Curitiba: Editora Juruá.

<http://www.cartacapital.com.br/blogs/midiatico/mpf-quer-retratacao-da-record-por-incipitacao-a-violencia>.

<http://outraspalavras.net/outrasmidias/destaque-outras-midias/o-comeco-do-fim-para-datena-e-companhia/>.

<http://f5.folha.uol.com.br/televisao/2017/01/apos-dizer-que-quem-fuma-maconha-iria-morrer-antes-do-natal-apresentador-e-internado.shtml>.

<http://justificando.com/2016/02/17/supremo-elimina-presuncao-de-inocencia-e-permite-prisao-a-partir-de-decisao-de-segundo-grau/>.

HELMUT, Nicolai. **La teoría del derecho conforme a la ley de las razas: lineamientos de una filosofía jurídica nacionalsocialista.** Estudio preliminar de E. Raúl Zaffaroni. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLASCO. 2015.

HITLER, Adolf. **Mi lucha.** Buenos Aires: Editores Temas Contemporáneos. 1983.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal.** 4º Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 1958.

HUSLMAN, Louk “El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas *In Criminología crítica y control social. 1. “El poder punitivo del Estado”*. Rosario. Editorial Juris. 1993.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo. Noções e críticas**. 3ª Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2008.

_____; STRUENSEE, Eberhard. **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 1997.

_____. **Sobre la teoría de la pena**. Cuadernos de conferencias y artículos. n.º. 16. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1998.

_____. **La imputación penal de la acción y de la omisión**. Cuadernos de conferencias y artículos n.º. 12. Universidad externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1996.

KELSEN, Hans. **La paz por medio del derecho**. Madrid: Editorial Trotta. 2003. p. 106.

KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas. 2013. p 19.

_____. “O homem do dique e a irracionalidade do pensamento jurídico- penal sedimentado: reencontro subversivo com a história política do direito penal”. *In Controvérsias criminais. Estudos em homenagem ao professor Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni*. Org. Diego Bayer. Editora Jaraguá do Sul: Letras e conceitos. 2013.

_____. “Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF”. *In Boletim IBCCRIM*. 281-abril/2016.

_____. “O sistema processual brasileiro. Acusatório, misto ou inquisitório?” *In Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1991.

LAQUEUR, Walter. **La Europa después de Hitler. Tomo I**. Madrid: Editora Zarpe. 1985.

LIMA, Renato Brasileito de. **Processo penal**. Editora Juspodim: Salvador. 2016.

<http://justificando.com/2016/02/17/supremo-elimina-presuncao-de-inocencia-e-permite-presuncao-a-partir-de-decisao-de-segundo-grau/>. Acesso dia 06/07/2016.

LOMBROSO, César. **Los criminales**. Barcelona. Centro Editorial Presa.

_____. **L'umo delinquente**. 5ª Ed. Torino: Fraterlli Bocca Editori. 1897.

- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013.
- _____; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **O direito ao processo penal no prazo razoável**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009.
- LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. 3ª Ed. Editora Universidad Iberoamericana, A.C.: Lomas de Santa Fe. 2006.
- LYRA, Roberto. **Nôvo direito penal. Processo e execuções penais**. Vol III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1971.
- MALAN, Diogo Rudge. “Processo penal do inimigo”. In **Revista brasileira de ciências criminais**. n. 59. São Paulo: Editora RT. 2006.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica. Origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006.
- MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal, tomo 1**. Introducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 2010.
- MILNER, Jean- Claude. **Las inclinaciones criminales de la Europa democrática**. Buenos Aires: Editora Manantial. 2007.
- NAVARRO, Guillermo Rafael. “La duración del proceso penal como factor criminógeno” In **Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI**. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 2001.
- NAVARRO, Evaristo Pietro. “Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo In **La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto**. Barcelona. Editores Atelier. 2003.
- PACELLI, Eugênio; COSTA Domingos Barroso da.. **Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei nº. 12.403/11**. São Paulo. Editora Atlas. 1998.
- PAVARINI, Massimo. **Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Buenos Aires: Editores Siglo XXI. 2002.
- PIJOAN, Elena Larrauri. “Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión”. In **Derecho penal y político transnacional**. Coord. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Barcelona: Editora Atelier. 2005.
- PIRES, Ana Luíza Teixeira. “A necessidade da prisão preventiva diante da ameaça à ordem pública: não temos provas, mas temos convicção”. In **Empório do direito**. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/a-necessidade-da-prisao-preventiva-diante-da-ameaca-a-ordem-publica-nao-temos-provas-mas-temos-conviccao-por-ana-luiza-teixeira-nazario-e-erica-correa-simoes-pires/>. Acesso 30/01/2017.
- PRADO, Geraldo. “O caso ‘Mensalão’ (Ap Nº. 470): a inviável equivalência funcional entre os instrumentos da jurisdição constitucional e penal em processo de competência originária do Supremo Tribunal Federal”. In **Sistema penal e poder punitivo. Estudos**

em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr. Coord. Salah H. Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito. 2015.

PRITTWITZ, Cornelius. “O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo”. In **Revista brasileira de ciências criminais**. n. 47. São Paulo: Editora RT. 2004.

_____. “Sociedad de riesgo y derecho penal”. In **El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología**. Coord. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 2004.

PRUDENTE, Neemias Moretti. “Lições (e reflexões) acerca do uso excessivo da prisão preventiva e do fracasso das novas medidas cautelares pessoais”. In **Sistema penal e poder punitivo. Estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.** Coord. Salah H. Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito. 2015.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. In **Revista electrónica de derecho penal y criminología RECPC** 07-01 (2005). Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso 07/01/2017.

RODRIGUES, Thomaz. **Historia completa dos crimes da inquisição e os conventos**. 2ª Ed. Lisboa: H. Antunes Livraria Editora. 1919.

ROSA Alexandre Morais de. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2014.

_____; KHALED JR. Salah H. **In dubio pro hell. Profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2014.

ROXIN, Claus, **Derecho procesal penal**. 2ª reimp. Editores Del Puerto: Buenos Aires. 2003.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER. **Punição e estrutura social**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2004.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª Ed. Madrid: Editora Civitas. 2001.

SCHIMITT, Carl. **Concepto de lo político**. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía. 2006.

SILVA, Jardiel Oliveira. “Registro de atos infracionais justifica prisão preventiva, decide o STJ”. In **Empório do direito**. disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/registro-de-atos-infracionais-justifica-prisao-preventiva-decide-stj-por-jardiel-oliveira-da-silva/>. Acesso 30/01/2017.

SUEIRO, Carlos Christian. **La política criminal de la posmodernidad. La contenda em los albores del siglo XXI entre dos modelos político-criminales.** Lima: Ediciones Jurídicas del Centro. 2010. p. 328.

TEDESCO, Ignacio. “El ritual judicial penal. hacia una teoría sociojurídica del enjuiciamiento penal” *In Nuevos paradigmas de las ciencias sociales Latinoamericanas.* Vol. I, nº 1, enero-julio 2010.

TIBURI, Márcia. **Como conversar com um fascista.** 7ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Record. 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 1994.

TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. “Antecipando a decisão sobre a autoria: a gravidade do crime como fundamento da prisão preventiva”. *In Empório do direito.* disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/antecipando-a-decisao-sobre-a-autoria-a-gravidade-do-crime-como-fundamento-da-prisao-preventiva-por-paulo-silas-taporosky-filho/> . Acesso 30/01/2017.

Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas. Informe presentado en el 146º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, DC, 1 de noviembre de 2012).

WELZEL, Hans. **Derecho penal, parte general.** Buenos Aires: Roque Depalma Editor. 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos. Conferencias de criminologia cautelar.** São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

_____. **A questão criminal.** Rio de Janeiro: Editora Revan. 2013.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro- I.** 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2015.

_____. **En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal.** 5ª reimpresión. Buenos Aires: Editora Ediar. 2009.

_____. **En torno de la cuestión penal.** Buenos Aires: Editorial B de F. 2005.

_____. **Hacia un realismo jurídico penal marginal.** Caracas: Monte Avila Editores Latinoamericana. 1993.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral, vol. I.** 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

_____. **O inimigo do direito penal.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2007.

_____; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Tratado de derecho penal. Parte general.** 2ª Ed. Buenos Aires: Editora Ediar. 2002.

