

Introdução: o contexto mundial de crise no sistema de direitos e garantias como perspectiva de análise da prisão provisória

“E aconteceu como acontece na montanha quando, depois de uma longa estrada encravada entre as rochas, se alcança o cume e finalmente se abre defronte o panorama, iluminado pelo sol. Qualquer um se maravilhariá por esta comparação? O direito penal não está no vale antes que sobre o cume? Não é o direito da sombra antes que o direito do sol? A verdade é que, segundo uma admirável intuição de São Paulo, nós olhamos as coisas no espelho e por isso a vemos de cabeça para baixo. O direito penal, sim, é o direito da sombra; mas precisa atravessar a sombra para chegar à luz.”¹

Após a segunda grande guerra, surgem, no horizonte democrático que se anuncia, as Constituições de matriz principiológica, com extenso rol de direitos fundamentais e opções valorativas, como as Constituições da Itália (1947), da Alemanha (1949), de Portugal (1976) e da Espanha (1978). Essa modificação de conteúdo das Constituições tem um significado profundo para a política e para o direito. Primeiramente, representa o ponto de partida para o surgimento de um novo modelo de Estado de Direito, onde as conquistas do Estado Social são acrescidas ao modelo de Estado de Direito Constitucional. Ao mesmo tempo, desponta uma nova concepção do direito positivo, que passa a promover o reconhecimento da importância central dos princípios constitucionais na ordem jurídica, elevando-os à categoria de normas-primárias e diretrizes ou compromissos políticos vinculantes. Ultrapassam-se assim as limitações do juspositivismo tradicional que não admitia que os princípios são normas capazes de produzir efeitos jurídicos, e se inaugura uma nova fase de *constitucionalização do ordenamento jurídico*².

¹ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995, p. 14.

² GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, p.49: “(...) por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Um ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.”

Essa mudança tem efeitos em todos os ramos do direito, que hoje não mais sobrevivem alheios à normatividade constitucional, responsável pela transformação do direito pelos valores, princípios e diretrizes previstos constitucionalmente.³ Especialmente no direito penal e no direito processual penal, entende-se que ocorreu uma completa modificação de seus institutos, que, à luz dos princípios constitucionais de caráter penal e processual, passam a ter como objetivo maior *a tutela e a efetivação dos direitos fundamentais* como condição de legitimação do ordenamento jurídico (legitimidade jurídico-penal) e do Estado Constitucional e Democrático de Direito (legitimidade política)⁴:

“sólo un derecho penal reconducido únicamente a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica. Y sólo un derecho procesal que, en garantía de los derechos del imputado, minimice los espacios impropios de la dicricionalidad judicial, puede ofrecer a su vez um sólido fundamento a la independência de la magistratura y a su papel de control de las ilegalidades de poder.”⁵

Luigi Ferrajoli ressalta a importância da reflexão sobre a crise de legitimidade que embarga os atuais sistemas penais em seus fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos. Tais fundamentos foram em grande parte estabelecidos, com o nascimento do Estado moderno como Estado de Direito, pelo pensamento jurídico ilustrado, que os identificou como uma complexa série de direitos e garantias estabelecidos para a tutela do cidadão frente ao arbítrio

Cumprir observar também que, com a recepção dos direitos fundamentais pela grande maioria das Constituições modernas – que em verdade, consiste numa “verdadeira constitucionalização dos direitos naturais” – o conflito entre direito positivo e direito natural, entre positivismo e jusnaturalismo perdeu grande parte do seu significado. Para Luigi Ferrajoli, o conflito que ora se apresenta é aquele que se dá através da divergência entre “o que o direito é” (normatividade) e “o que o direito deve ser” (efetividade), contraste que está na base da tarefa de crítica do direito vigente. Para o autor, esse conflito sempre existirá, mas assevera que “(...) la elaboración de las garantías, es decir, de los mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad en la tutela o en la satisfacción de los derechos, constituye la tarefa más importante y difícil tanto de uma teoria como de uma política garantista do derecho”: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et alli. Madrid: Trotta, 2005, p.28.

³ Neste sentido BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 386.

⁴ Nas palavras de Habermas, “as dificuldades de integração presentes em todas as sociedades fortemente diferenciadas e complexas apenas serão solucionadas através dos meios do direito moderno se formos capazes de criar, com a ajuda do direito legítimo, essa forma abstrata de solidariedade cidadã cujo êxito ou fracasso depende diretamente do nível de efetiva realização dos direitos fundamentais”. In: HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. Trad. Gisele Cittadino e Maria Celina Bodin de Moraes da versão espanhola “Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos”. In: *La Constelación Posnacional*. Barcelona: Editorial Paidós, 2000.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p.10.

punitivo. O reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa como direitos de defesa de sua liberdade perante o Estado⁶ é, com certeza, um dos grandes legados da modernidade:

“A modernidade produziu, apesar da unilateralidade de sua perspectiva, práticas e concepções indiscutivelmente positivas. O reconhecimento dos direitos individuais face a qualquer forma de opressão, com todos os seus desdobramentos, constitui um patrimônio da humanidade, mesmo se na sua aplicação prática eles alcancem apenas a uma minoria e estejam cada vez mais ameaçados.”⁷

Esse complexo de direitos e garantias de indivíduos suspeitos, acusados ou réus perante o poder punitivo estatal foi amparado pelas Cartas Constitucionais democráticas, inclusive pela Constituição da República Brasileira de 1988, muitas vezes sob a forma de princípios de natureza penal e processual-penal⁸, também reconhecidos por diplomas internacionais. O processo de constitucionalização do ordenamento jurídico ocorrido em países europeus e a transformação que operou no direito, aqui enfatizando o direito penal e o direito processual penal, ocorreu também na América Latina, ainda que mais tardiamente e de forma particularmente diferenciada pela transição de regimes ditatoriais para regimes constitucionais democráticos. Paulo Sérgio Pinheiro assevera que

“durante as transições democráticas na América Latina nos anos 80 havia a grande esperança de que o fim das ditaduras significasse a consolidação do

⁶ HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. In: *Revista Del Rey Jurídica*, ano 8, n. 16, 1º semestre de 2006, Belo Horizonte, p. 72.

⁷ PLASTINO, Carlos Alberto. Os horizontes de Prometeu: Considerações para uma crítica da modernidade. In: *Contratualismo e Modernidade. Cadernos de Teoria Política Moderna*. Rio de Janeiro: Departamento de Direito, PUC-Rio, ano II, n. 1, 1996, p. 14. Sobre o surgimento e evolução dos direitos do homem: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Consoante Salo de Carvalho, o “rol de direitos e garantias asseguradas pelo pensamento ilustrado propiciou a noção contemporânea de direitos de primeira geração (direitos individuais), estruturando a base de legitimidade do garantismo jurídico”: CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 01.

⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 61: Ao princípio da legalidade, “chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”, seguem-se outros princípios basilares do direito penal, todos previstos explícita ou implicitamente na Constituição Brasileira de 1988, como o princípio da intervenção mínima, da lesividade, da humanidade, e da culpabilidade. Consoante Batista, os princípios básicos do direito penal “não deixam de ter um sentido programático, e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado de direito democrático”. No mesmo sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p.09, que chama os princípios limitadores do poder punitivo estatal de “princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de *Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito*”.

Estado de Direito. (...) No entanto, quando as sociedades latino-americanas passaram por transições de ditaduras para governos civis, as práticas autoritárias de seus governos não foram afetadas por mudanças políticas ou eleições: **sob a democracia prevalece um sistema autoritário, incrustado em especial nos aparelhos de Estado de controle da violência e do crime.** (...) Apesar das garantias fundamentais estarem bem definidas pela maioria das Constituições democráticas, o exercício da cidadania plena é praticamente inexistente para a maior parte da população. Essas sociedades baseadas na exclusão – em termos de direitos civis e sociais – poderiam ser consideradas democracias sem cidadania.”⁹

Ainda que a Constituição Brasileira de 1988 seja comparável às Constituições mais avançadas, há que se ter em vista que o Brasil possui antecedentes históricos, culturais e econômico-sociais que até hoje exercem enorme influência nos mecanismos punitivos, de maneira que aqui convivem, lado a lado, o Estado Democrático, com a previsão formal de direitos e garantias individuais em matéria penal, e o Estado policial, “herdeiro da tradição escravocrata, autoritária e ditatorial, legitimado, a cada instante, pelo discurso da eficácia e da segurança”¹⁰. Observa-se na realidade uma ampla violação dos direitos e garantias penais e processuais-penais pelas leis ordinárias e por práticas anti-liberais autoritárias.

A crise do garantismo penal de matriz ilustrada que, consoante Ferrajoli, verificou-se na Europa do século XIX, deixou seqüelas nos sistemas punitivos concretos de toda a Europa, que, por sua vez, inspiraram a codificação em países da América Latina, como o Brasil.

Uma vez consolidado o Estado liberal, foram se afirmando nas disciplinas penais, como reflexo das práticas institucionais, uma concepção conservadora do direito penal como técnica de controle social, de acordo com diversas orientações autoritárias que formam o tácito fundamento filosófico da cultura penal dominante

⁹PINHEIRO Paulo Sérgio. Introdução. O Estado de Direito e os não-privilegiados na América Latina. In: MÉNDEZ, Juan E., O'DONNELL, Guillermo, PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). *Democracia, violência e injustiça. O não-Estado de Direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.11, grifo nosso.

¹⁰TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas da segurança pública. In: HOLLENSTEINER, Stephan (org.). *Estado e Sociedade Civil no Processo de Reformas no Brasil e na Alemanha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 59. No mesmo sentido: DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança (entre pombo e falcões)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 111: “Assim, coexistem elementos positivos, que emergiram do processo de transição democrática, com os elementos negativos, que se originam na herança histórica autoritária, elitista e excludente da sociedade brasileira, aprofundados com a experiência de vinte anos de regime militar autoritário, se expressando através da sobrevivência de uma ‘sociedade incivil’, de uma ‘sociedade política elitista, não submetida ao controle dos excluídos, das não-elites’, de um ‘não-Estado de Direito’ para a imensa massa popular, além de um não-acesso à justiça.”

até os dias de hoje. É quando surge a pena de prisão como técnica de disciplina e correção e o projeto ilustrado e humanitário de castigar *menos* se converte em projeto disciplinar e tecnológico de castigar *melhor*¹¹.

Para o filósofo Michel Foucault¹², o poder soberano de punir se transforma em poder disciplinar de vigiar na virada do século XVIII para o século XIX, quando a função da lei penal passa a ser não mais a vingança ou a redenção de um pecado, mas a reparação do dano causado à sociedade pelo criminoso que a infringiu ou, se isso não for possível, impedir que males semelhantes voltem a ser cometidos contra a mesma. Foucault observa que o sistema de penalidades adotado pelas sociedades industriais em formação no momento da Restauração na França e da Santa Aliança na Europa, desviou-se rapidamente dos princípios teóricos formulados pelos reformadores. A prisão, mencionada apenas de forma ligeira e marginal no projeto de reforma penal, generaliza-se como pena. Além disso, a legislação penal, ao contrário do preconizado pelos reformadores, não procurará visar ao que é socialmente útil, à defesa da sociedade, mas a ajustar-se ao indivíduo, com o objetivo de controlá-lo:

“Toda a penalidade do século XIX passa a ser um controle, não tanto sobre se o que fizeram os indivíduos está em conformidade ou não com a lei, mas ao nível do que podem fazer, do que são capazes de fazer, do que estão sujeitos a fazer, do que estão na iminência de fazer.”¹³

Essa mudança na teoria penal se deve em grande medida à noção de *periculosidade* que nela se inseriu através da Psiquiatria, da Criminologia e da Antropologia Criminal, ciências que surgiram nesse período. A partir da idéia de *periculosidade*, o indivíduo passa a ser considerado não com base em seus atos, nas infrações efetivas a uma lei efetiva, mas com base nas virtualidades de comportamento que tais infrações representam¹⁴. Essa função de não mais punir simplesmente os indivíduos e sim de corrigir suas virtualidades é confiada, a

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 264.

¹² Do ponto de vista filosófico, o pensamento de Michel Foucault diverge essencialmente do pensamento de Luigi Ferrajoli que, como se verá, pretende resgatar da modernidade o pensamento ilustrado como base para sua construção de um modelo penal garantista. No entanto, o pensamento de ambos converge na análise da sociedade disciplinar do século XIX e da mudança ocasionada por ela nos mecanismos de justiça criminal. É ver: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Ligia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1983; Conferências IV e V. In: *A Verdade e a formas jurídicas*, Cadernos da PUC: Rio de Janeiro, 1974.

¹³ FOUCAULT, Michel. Conferência IV. In: *A Verdade e a formas jurídicas*, Cadernos da PUC: Rio de Janeiro, 1974, p. 68.

¹⁴ *Ibid.*

priori, não à justiça, mas a uma rede de poder lateral representada pela polícia e pelas instituições psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas e pedagógicas. Aos poucos, ela passa a fazer parte dos mecanismos institucionais do sistema penal, que passam a incorporar critérios pessoais como a reincidência, os maus antecedentes, a propensão do indivíduo a delinquir, enfim, critérios subjetivos que fazem referência à periculosidade dos réus para medir as penas e também como pressupostos de medidas preventivas, como a prisão provisória.

Assim, como reflexo da sociedade disciplinar moderna e de suas novas exigências¹⁵, remanesceu nos códigos, nas legislações e também nas práticas jurisdicionais, legislativas e policiais, uma orientação substancialista e efficientista em matéria penal, com o objetivo de correção e controle dos réus, com enfoque mais na sua personalidade do que na sua conduta delitiva, considerada em si mesma uma patologia moral e social. Criou-se o protótipo do criminoso como indivíduo *perigoso*, que necessita ser isolado da comunidade, vigiado, controlado e submetido. A história mostra que o confinamento espacial tem sido a forma de se lidar com os setores da população inassimiláveis e problemáticos: os escravos, os leprosos, os loucos, os de etnia, cultura ou religião diversas das predominantemente aceitas, e, enfim, os infratores das leis penais. É o confinamento como segregação da diferença¹⁶.

O delinqüente passa a ser não apenas aquele que pratica uma conduta em desconformidade com a lei penal, mas também o indivíduo com propensão a praticar crimes e, portanto, que ameaça a segurança e a paz na sociedade: é *o inimigo social*. Essa construção, além de determinar modificações profundas e graves para a teoria do direito penal, produz sérias implicações de ordem político-criminal. Estimula-se na sociedade o sentimento de medo e insegurança face a pretensos inimigos. Essa orientação firmou-se como um meio extraordinário de controle social, porque, através da *cultura do medo*, o Estado legitima o aumento do poder punitivo, justificando ações autoritárias e anti-democráticas que violam direitos e garantias individuais, com o apoio da população, manipulada pelos “movimentos de lei e ordem” realizados pelas agências estatais e pela mídia¹⁷.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 50.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 114.

¹⁷ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2 ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 99: “No plano das conjunturas nacionais, os meios de comunicação

A categoria *inimigo* foi desde então utilizada para rotular criminalmente grupos ou classes identificados como ameaças à nação. Nos países centrais durante o período de “guerra fria” (décadas de 50 a 80 do século passado), os inimigos eram os comunistas. Com o colapso do Comunismo, o inimigo foi substituído pelos traficantes de drogas e integrantes do crime organizado, até que, no século XXI, o inimigo principal é o terrorista. No Brasil e em outros países da América Latina, não é diferente: durante a ditadura militar, perseguiram-se os indivíduos denominados subversivos, anarquistas, comunistas, considerados inimigos do Estado e da segurança nacional. Sobre a doutrina da segurança nacional desenvolvida nos anos 70 e 80 na América Latina, assevera Baratta:

“Entonces la ideología autoritaria hizo un uso normativo de los análisis de Carl Schmitt (1963) sobre la lucha ‘existencial’ entre ‘amigos y enemigos’. Esta doctrina sirvió para legitimar no solamente un derecho penal orientado al enemigo, del cual aún hoy son visibles rastros también en los Estados con régimen formalmente democrático, sino sobre todo un sistema penal fuera de la legalidad constitucional, que, operando en modo paralelo al sistema legal, se ha revelado como mucho más eficiente y sanguinario que este último. Se trató de un verdadero y propio terrorismo de Estado, puesto en obra sobre todo por los regímenes militares del ‘Cono Sur’ de América Latina.”¹⁸

Atualmente, após a promulgação das Constituições democráticas, os inimigos declarados nos países latino-americanos são os traficantes e os integrantes do crime organizado, ou seja, a fonte propagada de perigo e medo não é mais o crime político, mas o crime comum. A eleição dos inimigos sociais

de massa são os encarregados de gerar a ilusão de eficácia do sistema penal (Zaffaroni, 1989:133) ou a sensação de desamparo da população, conforme o caso. Entre os instrumentos temos: Campanhas de distração, por meio das quais alguns meios procuram focalizar a atenção da opinião pública em fatos desviados isolados, para deslocar o centro de interesse da crise estrutural política ou econômica (Encontro Internacional de Penalistas, 1987).

Campanhas conformadoras do estereótipo do criminoso, calcado no jovem marginalizado do sexo masculino.

Campanhas de lei e ordem. Por seu intermédio, canaliza-se um sentimento de insegurança cidadã, quando o poder das agências é ameaçado (cortes orçamentários, mudanças de jurisdição operacional), ou quando se aproxima alguma ruptura institucional e se procura gerar a necessidade de ‘ordem e segurança’, qualidade que se auto-atribuem os regimes com vocação totalitária, pelo simples expediente do desaparecimento das notícias (Zaffaroni, 1989:133)”.

Consoante SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 77, “o terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana”.

¹⁸ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Trad. Marianela Pérez Lugo e Patrícia Chiantera. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 8, n. 29, janeiro-março de 2000, pp. 29-30.

tornou-se a base de políticas criminais de segurança, mas não de segurança dos direitos das pessoas independentemente do grupo social ao qual pertencem, e sim de segurança da nação, da comunidade estatal¹⁹. O discurso de segurança nacional foi substituído pelo discurso da segurança pública que procura legitimar medidas de política criminal próprias de um Estado preventivo.

A polêmica transformação do delinqüente em inimigo empreendida na modernidade foi retomada recentemente por Günther Jakobs, que reintroduziu a discussão sobre o conceito de *direito penal do inimigo* “de modo um tanto macabro *avant la lettre* (das conseqüências) de 11 de setembro de 2001”²⁰. Consoante Jakobs, o direito penal pode conhecer dois pólos ou tendências em suas regulações: de um lado, *o direito penal do cidadão*, onde se espera que o indivíduo exteriorize sua conduta delitativa para que o Estado reaja; e de outro lado, *o direito penal do inimigo*, onde a ação do indivíduo deve ser interceptada em seu estágio prévio, porque o que se combate é a sua periculosidade²¹. *O direito penal do cidadão*, de matriz liberal, vincula-se à idéia de Estado de Direito, onde a reação punitiva se dá exclusivamente perante atos exteriorizados do agente, excluindo da criminalização e da esfera do processo penal as meras intenções, os atos preparatórios de crimes, a personalidade ou outras características internas do agente. O cidadão é considerado uma pessoa que cometeu um erro: o ilícito penal.

De outra banda, *o direito penal do inimigo* visa a fazer frente ao perigo de danos futuros, aos riscos de destruição da ordem jurídica, sucumbindo às necessidades próprias à guerra. O inimigo é aquele indivíduo que por princípio, se conduz de modo desviado, não oferecendo garantia de um comportamento pessoal, e que, por isso, não pode ser tratado como cidadão, como pessoa, mas

¹⁹ Ibid., p. 29.

²⁰ MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do Inimigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 54. Consoante Alessandro Baratta, já em 1985, Jakobs se manifestava no sentido de a transformação dos sistemas penais contemporâneos apresentar tendências que deveriam ser interpretadas como uma “mudança de uma concepção liberal do direito penal para uma concepção *autoritária* de um direito penal ‘orientado ao inimigo’”: BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 5, janeiro-março de 1994, p. 15.

²¹ Essa polarização – direito penal do cidadão e direito penal do inimigo – representa uma tipologia ideal na construção teórica de JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito do Inimigo*. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

deve ser combatido como inimigo²². O inimigo é identificado sobretudo com o terrorista, “denominação dada a quem rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem”²³. A guerra contra o inimigo estaria justificada no direito legítimo dos cidadãos à segurança. No âmbito do *direito processual do inimigo*, vale a mesma orientação: trata-se da persecução de delitos mediante a guerra, de maneira que o processo penal não visa responsabilizar indivíduos por sua conduta delitativa, mas eliminar riscos, esgotando-se numa coação que não se dirige a cidadãos, mas a inimigos que, como tal, são destituídos de direitos. Significa que, no âmbito do processo penal, determinadas garantias penais e processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Jakobs assevera que é fundamental delimitar *o direito penal do inimigo*:

“(…) quem inclui o inimigo no conceito de delinqüente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos ‘guerra’ e ‘processo penal’. De novo, em outra formulação: quem não quer privar o Direito penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito – controle das paixões; reação exclusivamente frente a atos exteriorizados, não frente a meros atos preparatórios; a respeito da personalidade do delinqüente no processo penal, etc. – deveria chamar de outra forma aquilo que *tem que* ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo, guerra contida.”²⁴

Ainda que Jakobs defina o *direito penal do inimigo* como um tipo ideal e não se possa com certeza afirmar se o conceito é meramente descritivo ou afirmativo²⁵, entende-se que a construção teórica do filósofo e penalista alemão pode ser utilizada para legitimar sistemas penais autoritários e políticas criminais que flexibilizem ou suprimam direitos e garantias de indivíduos suspeitos, acusados e processados criminalmente, notadamente a garantia ou princípio de presunção de inocência e os direitos inerentes ao devido processo legal.

O *direito penal do inimigo* surge da união de dois fenômenos que caracterizam a expansão do direito penal nos dias atuais: o *punitivismo*, enquanto política criminal dominante, e o *direito penal simbólico*. A interligação entre esses

²² Ibid., p. 49.

²³ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito do Inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*, p. 36.

²⁴ Ibid., p. 37.

²⁵ MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do Inimigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, p. 74.

dois fenômenos significa que o critério legislativo de criminalização de condutas é oferecido como primordial resposta à insegurança e medo da população face a criminalidade e a violência, com o objetivo de dar a impressão tranquilizadora de que, através de leis penais mais gravosas, o Estado está cumprindo o seu declarado papel de combater a criminalidade. O direito penal simbólico também identifica, mais do que um determinado fato, específicos tipos de autores, construindo uma imagem social destes como “outros” em relação à sociedade, determinando a sua exclusão social. A identificação de um infrator como inimigo é

“(…) um reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização. Que outra coisa não é Lúcifer senão um anjo caído? Neste sentido, a carga genética do punitivismo (a idéia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do Direito penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito penal do inimigo.”²⁶

Além disso, a partir da identificação do criminoso com a figura do inimigo, rompe-se o paradigma liberal-moderno do *direito penal do fato* e toma lugar o *direito penal do autor*. Nas palavras de Meliá, o *direito penal do fato* constitui “princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito penal orientado à ‘atitude interna’ do autor”²⁷.

Nilo Batista conforma o *direito penal do fato* às exigências do princípio penal da lesividade²⁸. Primeiramente, tal princípio veda a incriminação de atitudes internas, como as idéias, convicções, desejos, aspirações e sentimentos dos homens. Também proíbe a incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor, como a autolesão, os atos preparatórios de um crime e o conluio entre pessoas para a prática de infrações penais, desde que, nas duas últimas hipóteses, a execução do delito não tenha sido iniciada. O princípio veda ainda a incriminação de condutas que não afetem bem jurídico relevante, onde, ressaltando a importância do “direito à diferença”, Nilo Batista enfatiza que as práticas e hábitos de grupos considerados minoritários – “como práticas sexuais,

²⁶ Ibid., p. 72.

²⁷ Ibid., p. 80.

²⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, pp. 92-96.

quaisquer que sejam, entre adultos consencientes”²⁹ – não podem ser objeto de criminalização, ainda que inevitavelmente sejam objeto de apreciação moral. Por fim, o princípio da lesividade veda ainda o que o penalista entende mais propriamente como *direito penal do autor*: a incriminação de simples estados existenciais ou condições de vida. Neste sentido, o direito penal só pode ser um *direito penal do fato*, da ação, da conduta, de forma que o indivíduo só pode ser responsabilizado por aquilo que faz (pela conduta praticada em desconformidade com a lei penal) e não pelo que é. Levando-se tal implicação às últimas conseqüências, o princípio da lesividade exclui, por que incompatível com o *direito penal do fato*, as medidas processuais de segurança fundamentadas num juízo de perigosidade³⁰. As prisões provisórias, como será exposto ao longo deste trabalho, são medidas processuais que se fundamentam basicamente num juízo de periculosidade. Como tal, elas são capazes de instrumentalizar políticas criminais orientadas pela idéia do *direito penal do inimigo* ou *do autor* e ofender as garantias do devido processo penal.

A construção teórica do *direito penal do inimigo* está na base de idéias de pensadores contemporâneos, com incidência direta sobre os mecanismos jurídico-penais e a política criminal. Nas décadas de 80 e 90 do século XX, a noção de *sociedade de risco*³¹ surge num contexto mundial de globalização, término da guerra fria, conseqüências globais catastróficas ao meio-ambiente e crises do mercado financeiro. A conjuntura do ataque de 11 de setembro de 2001 aos Estados Unidos e de outros atentados³² que se seguiram, da determinação em novembro de 2005 do *l'état d'urgence* na França, aliados à manutenção do

²⁹ Ibid., p. 94.

³⁰ Ibid., pp. 93-94.

³¹ Expressão cunhada pelo sociólogo Ulrich Beck: BECK, Ulrich. *World Risk Society*. Cambridge: Polity Press, 2001.

Sobre a teoria da sociedade do risco, Wienfried Hassemer explica: “a população das sociedades ocidentais encontra-se perante grandes riscos, como sejam, graves abusos, destruição do ambiente ao nível internacional, riscos monetários, colapso econômico, criminalidade organizada, corrupção, terrorismo. Os grandes riscos caracterizam-se por não serem domináveis, por serem devastadores quando se realizam, por serem vagos, opacos, enfim, por não serem tangíveis, pois não são mais uma sombra que um objeto. Considera a teoria que nesta situação aumentam o medo do risco da população e as suas necessidades de controle. Perante a ameaça do risco, a população carece de orientação, de tranquilidade normativa, por isso reage em pânico, sente-se encostada à parede e, em conseqüência, aumentam as suas necessidades de controle e os seus instrumentos de repressão. Segundo essa definição, **as sociedades do risco tendem para uma agravação dos meios repressivos e para uma antecipação do controle**”. HASSEMER, Wienfried. *Processo penal e direitos fundamentais*, pp.71-75, grifo nosso.

³² Em 11 de março de 2004, o sistema ferroviário de Madrid foi alvo de ataque terrorista. Por sua vez, Londres foi vítima de ataques da mesma natureza ao metrô nos dias 07 e 21 de julho de 2005.

modelo neoliberal nos países ocidentais com profundos reflexos culturais, sociais, políticos e econômicos sobre todo o mundo, provocaram ainda mais o polêmico debate contemporâneo acerca de uma propalada mudança de paradigma constitucional, especialmente no que diz respeito à substituição do ideal político-constitucional de *liberdade* pelo ideal político-constitucional de *segurança* no âmbito penal.

Constitucionalistas e filósofos discutem a mudança do paradigma moderno sustentado pelos ideais constitucionais de liberdade, igualdade e fraternidade, base valorativa sobre a qual se estruturou o Estado Democrático de Direito³³. Para Erhard Denninger³⁴, esta tríade de ideais deveria ser substituída por novos ideais constitucionais de segurança, diversidade e solidariedade, valores que expandem e modificam os conceitos tradicionais. A proposta de Denninger, no que tange à substituição da liberdade pela segurança como ideal constitucional, defende o fortalecimento de um Estado de bem-estar social, fortemente interventivo e preventivo, onde a segurança abrangeria atividade estatal ampla no sentido de proteger os cidadãos contra variados perigos: sociais, técnicos, ambientais e também contra os perigos da criminalidade. O autor alemão entende ser necessária uma conversão do tradicional sistema do processo penal liberal em “arma tão

³³ Esse não parece ser o entendimento de HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998, pp. 9-96. Para o autor alemão, a Europa criou, através das lutas históricas por liberdade, justiça e bem-comum, paradigmas que pertencem ao legado da humanidade como gens culturais, incluindo aí os apótemas da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Seu discurso realça a importância do legado de 1789 para o presente e para o futuro do Estado Constitucional. Assim, constata que podem ser considerados como ganho político de 1789, no sentido de uma conquista secular, os princípios de igualdade e liberdade presentes no artigo 1º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, artigo considerado pelo jurista como “una suerte de dogma permanente del Estado constitucional”. O desenvolvimento do Estado Constitucional haverá de ser sempre comparado com a Declaração de Direitos do Homem de 1789, considerando-a atualizada com relação ao postulado da fraternidade, que necessita fazer-se efetivo.

³⁴ DENNINGER, Erhard: “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos da Universidade Federal de Minas Gerais*, no 88, dez., 2003, pp.21/45.

Para Habermas, “todas as vertentes que conduzem Denninger a introduzir uma tríade adicional de conceitos básicos ainda parecem se mover no interior do quadro normativo da liberdade, da igualdade e da fraternidade”: HABERMAS, Jürgen. Notas sobre a tríade de Denninger: diversidade, segurança e solidariedade. Tradução provisória de Menelick de Carvalho Neto, da tradução de Christopher Long e William Scheurman. In: *Revista Constellations*, v. 07, no 04, 2000. Já Michel Rosenfeld é cauteloso: “o constitucionalismo norte-americano não oferece nenhuma evidência de uma mudança na direção da tríade de Denninger e, aparentemente, o constitucionalismo alemão também não o faz. Mas isso não significa necessariamente que tal mudança não seja possível, desejável ou mesmo inevitável”: ROSENFELD, Michael. O constitucionalismo americano confronta o novo paradigma constitucional de Denninger. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos da Universidade Federal de Minas Gerais*, no 88, dez., 2003, pp. 47/79.

eficiente quanto possível na luta contra a criminalidade”, elencando alguns instrumentos para tanto, como as buscas criminais, a infiltração de agentes secretos em organizações criminosas, as interceptações de comunicação, bem como o desmonte de estruturas protocriminosas através da “antecipação” do “início de suspeita” de um crime.³⁵

É importante verificar que esse entendimento de Denninger inverte o tradicional significado e conteúdo de segurança jurídica, de matriz liberal³⁶, para projetar um ideal de segurança como restrição necessária à liberdade individual para fazer frente aos riscos da criminalidade. É o mesmo direito à segurança que ampara a doutrina jakobiana do *direto penal do inimigo*, e significa a mudança de uma normal postura reativa do Estado frente aos crimes e à sua real iminência, para uma postura preventiva, que busca antecipar os riscos e atacar potenciais criminosos antes que ajam. Nesta hipótese, a limitação à liberdade individual significa um espetacular aumento do poder punitivo estatal sobre os indivíduos, através de leis penais mais duras, que determinam um aumento da criminalização de condutas, notadamente com a criação de tipos penais vagos e indeterminados, o agravamento das penas e a diminuição das garantias do acusado durante o processo criminal. Busca-se a cooperação dos suspeitos através de institutos como a transação penal e a delação premiada, que importam na suspensão de formalidades processuais que têm como objetivo a garantia dos direitos dos acusados. As prisões antes da condenação definitiva são banalizadas; tornam-se instrumento de polícia cada vez mais utilizado e justificado em prol da eficiência, não obstante a ruptura com as garantias individuais. O paradigma da liberdade permite apenas que o Estado utilize a violência contra pessoas que violarem bens jurídico-penais relevantes ou estiverem na iminência de fazê-lo; por outro lado, o paradigma da segurança autoriza o exercício da violência estatal arbitrariamente sobre toda a coletividade como instrumento de uma guerra global permanente, onde todos passam à condição de suspeitos. É o *eficientismo* ou *funcionalismo*

³⁵ DENNINGER, Erhard: “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”, p. 38.

³⁶ A segurança, para o pensamento liberal, consiste na proteção ou garantia dos direitos dos indivíduos pelo Estado contra interferências arbitrárias, sobretudo advindas do próprio aparelho estatal. Com o desenvolvimento do Estado social, o valor de segurança amplia-se para compreender prestações positivas a serem realizadas pelo Estado, no sentido maior de garantir não só as liberdades individuais, mas também os direitos sociais.

como nova forma do direito penal de emergência³⁷, degeneração do modelo penal liberal que sempre acompanhou o direito penal moderno.³⁸ Nas palavras de Baratta,

“El eficientismo penal intenta hacer más eficaz y más rápida la respuesta punitiva limitando o suprimiendo garantías substanciales y procesales que han sido establecidas en la tradición del derecho penal liberal. La reducción de los niveles de legalidad destruye el equilibrio entre la verdad substancial y la verdad procesal, al mismo tiempo que marca un retorno a las formas de proceso premodernas: **el proceso crea la prueba, el proceso crea el criminal, el proceso es la pena principal.**”³⁹

Também Hassemer adverte que a criação de um direito fundamental à segurança, a partir de um novo paradigma da prevenção em matéria penal, é “algo semelhante a uma bomba”⁴⁰, por que implica na limitação de direitos fundamentais que constituem a base na qual se ergue a tradição iluminista do processo penal e do Direito Constitucional.⁴¹ Pela nova ótica preventiva, os direitos e garantias individuais passam a ser encarados como obstáculos à luta eficaz do Estado contra a criminalidade contemporânea, como verdadeira causa de entrave ao funcionamento do sistema processual-penal. Enfim, essa inversão de valores político-constitucionais, que vem sendo considerada como determinante de um novo paradigma de governo – o Estado de exceção⁴² – significa, na esfera penal, uma inadmissível restrição de direitos fundamentais de indivíduos

³⁷ “(...) 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. (...) A característica da presença do subsistema se dá com a mitigação, direta ou indireta, de garantias fundamentais estabelecidas no pacto de civilidade”. In: CHOUKR, Fausi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 131.

³⁸ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Trad. Marianela Pérez Lugo e Patrícia Chiantera. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 29, janeiro-março de 2000, p. 40.

³⁹ Ibid., p. 41, grifo nosso.

⁴⁰ HASSEMER, Winfried. *Processo penal e direitos fundamentais*, p. 74.

⁴¹ Ibid., p. 71.

⁴² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. Assim dispõe o autor sobre o estado de exceção como paradigma de governo: “Diante do incessante avanço do que foi definido como ‘guerra civil mundial’, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”.

suspeitos, acusados ou réus em processo criminal, revelando-se incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Consoante Enrique Bacigalupo⁴³, elaborou-se nos Estados Unidos uma contraposição entre dois modelos de processo penal, que também são marcos de referência na Europa: o *modelo do controle social do delito* (*crime control model*) e o *modelo do devido processo* (*due process model*), onde as garantias processuais do acusado têm uma conotação bastante diversa. O *modelo do devido processo* opera com um conceito jurídico de culpabilidade e de presunção de inocência do acusado, enquanto o *modelo do controle social* tem como finalidade mais importante a luta contra o crime, atuando com uma presunção de culpabilidade do mero suspeito ou com “um conceito fático de culpabilidade”. Bacigalupo observa que

“provavelmente ninguém postula abertamente um processo penal totalmente orientado ao *crime control model*, porém parece impossível negar a existência de fortes tendências a limitar os direitos fundamentais, que – de alguma maneira – tem a este modelo como ponto de referência.”⁴⁴

A mudança do paradigma constitucional de liberdade pelo paradigma da segurança é evidente nos Estados Unidos, principalmente após a aprovação do *USA Patriot Act*, expressão maior de legislação emergencial, que pretende legitimar o uso da guerra permanente em nome da luta contra o terrorismo⁴⁵. Com o alegado fim de adotar políticas de segurança mais eficientes contra os terroristas, intensificam-se as práticas de vigilância e controle, com a adoção de inovações técnicas que permitam antecipar os delitos e as situações de risco, com a (re)segmentação dos espaços públicos e a observação de padrões de comportamento daqueles grupos de pessoas que são o público-alvo dessas intervenções: estrangeiros e imigrantes, indivíduos com certas origens ou etnias, os marginalizados, sem identidade, residência ou ocupação fixos. Enfim, são novas estratégias de controle social e de dominação gestadas no cenário do

⁴³ BACIGALUPO, Enrique. O significado dos direitos humanos no moderno processo penal. Trad. Ricardo Breier. In: *Revista da AJURIS (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul)*, ano XXXII, n. 99, setembro de 2005.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 284.

⁴⁵ GÓMEZ, José María. *Direitos Humanos, Desenvolvimento e Democracia na América Latina*. Rio de Janeiro: Praia Vermelha, 2005, p.07.

modelo neoliberal⁴⁶. Tais medidas têm pretensão de mundialização, com superação das fronteiras entre a segurança internacional e a interna, e dos limites da guerra e da paz.⁴⁷ Como parte essencial da estratégia de segurança norte-americana, foram expandidas as bases militares, como as de Abu Ghraib e Guantánamo, onde se encontram detidos cidadãos de mais de trinta nacionalidades que não foram declarados culpados e nem sequer foram acusados de crime algum. Também não são considerados prisioneiros de guerra, a fim de que não se lhe apliquem as disposições da Convenção de Genebra. Negando-se a aclarar a condição jurídica dos prisioneiros, as autoridades estadunidenses os qualificam como “combatentes inimigos”, “terroristas”, ou “o pior do pior”, negando-lhes a presunção de inocência e os direitos mais básicos⁴⁸. Nas palavras de Gómez,

“(…) a realização da nova estratégia de segurança norte-americana implica, por definição, o mais sério retrocesso do regime internacional dos direitos humanos nos últimos cinquenta anos, um ataque direto às liberdades democráticas e um estímulo incessante à xenofobia e à intolerância cultural frente ao ‘outro’ ou ‘diferente’ que não se encaixa ou simplesmente resiste aos padrões dominantes ocidentais.”⁴⁹

Para Gómez, a segurança pública é um dos problemas mais graves e ideologizados das democracias atuais, e que, se colocado nos termos do dilema hobbesiano “segurança versus liberdade”, dificilmente será possível que a liberdade prevaleça⁵⁰.

O problema da segurança pública enquanto problema político não pode se reduzir ao seu aspecto penal, uma vez que a política criminal, em seus modelos

⁴⁶ DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança (entre pombos e falcões)*, p. 29.

⁴⁷ KOERNER, Andrei. Direito, regulação e governamentalidade. In: SCAVONE, Lucila; ALVAREZ, Marcos César; MISKOLCI, Richard. *O legado de Foucault*. São Paulo: Editora da UNESP, 2006, p. 224.

⁴⁸ Informações da Anistia Internacional: “Bahia de Guantánamo: un escándalo para los derechos humanos”. In: www.br.amnesty.org, acesso em 03-05-2007.

São dados do Informe 2007 da Anistia Internacional “A política do medo criou um mundo perigosamente dividido”, publicado em 23-05-2007: “400 detidos de mais de 30 nacionalidades continuavam reclusos em Guantánamo, símbolo público das injustiças da ‘guerra contra o terror’, no final de 2006. 200 detidos realizaram greves de fome desde a abertura desse centro de detenção. 40 tentaram o suicídio. 3 morreram em junho de 2006, aparentemente como consequência de suicídio. Um número desconhecido de pessoas permanece recluso em centros secretos de detenção ou ‘buracos negros’ em todo o mundo.” In: www.br.amnesty.org/index_noticias, acesso em 30-05-2007.

⁴⁹ GÓMEZ, José María. *Direitos Humanos, Desenvolvimento e Democracia na América Latina*, p.13.

⁵⁰ *Ibid.*, p.20.

mais avançados, é conceito mais vasto, que abrange política social, econômico-ocupacional, urbana etc.⁵¹ No Brasil e em outros países latino-americanos é corrente a idéia de que os problemas sociais, notadamente a violência, serão resolvidos através do Estado penal.⁵² Nas palavras de Wacquant,

“a penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um *mais* Estado policial e penitenciário o *menos* Estado econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo.”⁵³

O direito penal deixa então de ser subsidiário, de ser a *ultima ratio* de acordo com a concepção liberal clássica, para ser a *prima ratio*, ou seja, o instrumento primordial para se enfrentar os mais complexos problemas sociais, atuando de forma simbólica. Os *movimentos de lei e ordem* cumprem um papel fundamental na construção do imaginário dominante, incutindo na população a idéia de que a solução para os problemas da violência e da criminalidade está no endurecimento da repressão penal.

Na análise do sociólogo Zygmunt Bauman⁵⁴, o *movimento de lei e ordem* encontrou guarida na ansiedade de nosso tempo, que é uma ansiedade típica da sociedade capitalista de consumo, onde as relações comunitárias se esgarçaram, onde os espaços públicos se degradaram, onde as pessoas estão cada vez mais isoladas, solitárias, enfim, onde a inexistência de vida comunitária dificulta a capacidade humana de compreender e interagir com os outros indivíduos da sociedade, especialmente com aqueles considerados diferentes, seja do ponto de vista cultural, racial, seja do ponto de vista ético e comportamental. O medo e a insegurança contemporâneos advêm das dificuldades de se lidar com problemas que surgem com a globalização, onde o emprego é cada vez mais escasso e instável; onde se estimula à exaustão o desejo incontrolado pelo consumo através da mensagem “consume e sinta-se bem”; onde a sociedade de consumo confere às pessoas uma ampla e angustiante liberdade de escolha, que, ao mesmo tempo, não é para todos ainda que tal estimulação atinja todos os setores sociais; onde a

⁵¹ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, p. 33.

⁵² SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reforma judicial e crise do direito na América Latina. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 07, n. 86, janeiro de 2000.

⁵³ WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 07.

⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*.

inexistência de laços comunitários provoca a resistência, a intolerância, e, em última medida, a xenofobia em relação ao “outro”, ao diferente, ao não-familiar. Os *movimentos de lei e ordem* canalizam essa insegurança para a questão da violência e da criminalidade, associando os dois fenômenos de maneira ampla e indiscriminada, ressaltando a necessidade de seu combate eficiente e severo: é o grande espetáculo midiático, ao mesmo tempo, lucrativo, popular (eleitoreiro) e autopropulsor do medo. Assim, os complexos motivos da sensação de insegurança no mundo atual são reduzidos à questão da segurança pessoal (dos corpos e da propriedade privada) elevando-se sobre todos os outros medos articulados, “lançando sombra ainda mais acentuada sobre todas as outras razões de ansiedade”⁵⁵. Isso interessa sobremaneira às “forças de mercado” globais, ou seja, que os Estados voltem a sua atenção apenas para a manutenção de “ambientes seguros” e para mais nada:

“No mundo das finanças globais, os governos detêm pouco mais que o papel de distritos policiais superdimensionados; a quantidade e a qualidade dos policiais em serviço, varrendo os mendigos, perturbadores e ladrões das ruas, e a firmeza dos muros das prisões assomam entre os principais fatores da ‘confiança dos investidores’ e, portanto, entre os dados principais considerados quando são tomadas decisões de investir ou de retirar um investimento. Fazer o melhor policial possível é a melhor coisa (talvez a única) que o Estado possa fazer para atrair o capital nômade a investir no bem-estar dos seus súditos; e assim o caminho mais curto para a prosperidade econômica da nação e, supõe-se, para a sensação de ‘bem-estar’ dos eleitores, é a da pública exibição da competência policial e destreza do Estado.”⁵⁶

Deixa-se assim, de atacar a fonte primordial dos conflitos violentos: a dinâmica da desigualdade social, sempre presente no Brasil. Ainda que a violência decorrente do crime seja um fenômeno complexo, é irrefutável reconhecer que existe uma correlação estreita entre pobreza e crime⁵⁷, uma vez que os dados estatísticos demonstram que países de maior desigualdade e altos índices de concentração de renda são aqueles que também apresentam os mais altos índices de criminalidade e violação dos direitos humanos⁵⁸. Consoante Dornelles,

⁵⁵ Ibid., p. 127.

⁵⁶ Ibid., p. 128.

⁵⁷ DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança (entre pombos e falcões)*, pp. 11-13.

⁵⁸ Consoante recente pesquisa feita pela consultoria britânica *Economic Intelligence Unit* (EIU), divulgada em 30-05-2007, o Brasil ocupa a 83ª posição no índice de paz global (*Global Peace Index - GPI*). Trata-se do primeiro estudo que classifica 121 países de acordo com o seu grau de paz. O GPI é composto de 24 indicadores, que incluem o nível de gastos militares, relações com países vizinhos, ação do crime organizado, número de homicídios e o grau de respeito aos direitos

“A realidade social brasileira – que tradicionalmente é excludente, concentradora da riqueza, injusta em sua essência, principalmente com o modelo adotado pelas políticas neoliberais de ajuste estrutural – tem apresentado dados extremamente perversos quanto às classes e grupos sociais mais ‘vulneráveis’. E é em grande parte sobre estes segmentos sociais que se concentra o foco da ação repressiva de controle e vigilância.

Mesmo considerando que o controle social não se restringe aos pobres, é sobre eles que recai o foco dos seus instrumentos de atuação, tendendo a que se naturalize a sua condição.”⁵⁹

Dornelles descreve a criminalização da pobreza, que, nos dias atuais, exclui os já excluídos da sociedade globalizada de consumo. Assim, o sistema prisional da contemporaneidade representa, a um só tempo, a segregação da diferença e a criminalização da pobreza⁶⁰.

Na perspectiva de um Estado Social de Direito, a política de segurança no âmbito penal anda de mãos dadas com uma política de respeito e efetiva proteção dos direitos fundamentais, não só dos direitos individuais, mas também dos direitos sociais, econômicos e culturais. Nesse aspecto, uma política criminal condizente com uma política integral de tutela dos direitos é apresentada pelo *direito penal mínimo*, que Alessandro Baratta designa também como *direito penal da Constituição*⁶¹. O *direito penal mínimo* representa o espaço residual da intervenção punitiva, que se dará somente naqueles casos onde graves violações aos direitos fundamentais e uma demanda social iniludível a façam necessária⁶². Ampliar a perspectiva do *direito penal mínimo* dentro do objetivo maior de uma política integral de proteção dos direitos significa definir o *garantismo*, não só no sentido negativo de proteção dos direitos e garantias individuais em face do poder e do arbítrio estatal, mas no sentido positivo de tutela dos direitos sociais,

humanos. Segundo a EIU, foram também considerados o nível de democracia, transparência, educação e distribuição de renda. O Brasil é considerado um país menos pacífico que o México, Peru, Bolívia, Paraguai, Argentina, China, Jamaica e Síria, mas está melhor colocado do que Venezuela e Estados Unidos. Os dez países mais pacíficos são Noruega, Nova Zelândia, Dinamarca, Irlanda, Japão, Finlândia, Suécia, Canadá, Portugal e Áustria. Os países mais violentos são Iraque e Sudão. In: www.estadao.com.br, Caderno Cidades, 30 de maio de 2007, acesso em 30-05-2007.

⁵⁹ DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança (entre pombos e falcões)*, pp. 32-33.

⁶⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*, p. 134.

⁶¹ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, p. 46.

⁶² ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Política Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.146: “Na perspectiva social, a intervenção repressiva somente se justifica pela danosidade social da conduta delitiva, que deve ser apurada pelo grau de tolerância da comunidade em relação ao fato praticado.”

econômicos e culturais, o que implica necessariamente em prestações positivas a serem realizadas por parte do Estado.⁶³

Esta é também a posição de Dornelles⁶⁴, que contrasta dois modelos de políticas de segurança pública antagônicos: de um lado, o “modelo do eficientismo penal”, que busca sua legitimação através dos discursos da lei e da ordem, baseado no uso da força repressivo-estatal e na militarização das práticas policiais, inclusive se valendo de ações ilegais contra a população vulnerável; e de outro lado, o “modelo do garantismo constitucional”, baseado no discurso dos direitos humanos e da cidadania, que busca articular medidas de curto prazo – direcionadas à atuação da polícia e ao controle da criminalidade – com medidas de médio e longo prazos, orientadas ao controle do crime e das ilegalidades com base no efetivo respeito aos princípios e direitos constitucionais, e às ações públicas positivas de caráter social, contando com a participação organizada da sociedade civil.

O *garantismo* de Luigi Ferrajoli, além de ser um modelo penal, é também um modelo de Estado de direito que pretende coadunar Estado liberal e Estado social. Assim descreve Norberto Bobbio as linhas mestras do modelo geral do *garantismo* construído por Ferrajoli:

“(…) antes que nada, elevándolo a modelo ideal del estado de derecho, entendido no sólo como estado liberal protector de los derechos de libertad, sino como estado social, llamado a proteger también los derechos sociales; en segundo lugar, presentándolo como una teoría del derecho que propone un iuspositivismo crítico contrapuesto al iuspositivismo dogmático; y, por último, interpretándolo como una filosofía política que funda el estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y que precisamente del reconocimiento y de la efectiva protección (¡no basta el reconocimiento!) de estos derechos extrae su legitimidad y también la capacidad de renovarse sin recurrir a la violencia subversiva.”⁶⁵

Conforme será exposto no próximo capítulo, o *garantismo* penal ferrajoliano apresenta um modelo penal epistemológico, normativo e axiológico de *direito penal mínimo* que pretende legitimar (ou deslegitimar) sistemas penais concretos ou mesmo determinados institutos e medidas penais e processuais, de

⁶³ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, p. 48. No mesmo sentido: DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança (entre pombos e falcões)*, p. 53.

⁶⁴ Ibid., p. 5.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. Prólogo. In: LUIGI, Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p.16.

acordo com os parâmetros do Estado Democrático de Direito, ou seja, através do efetivo respeito e proteção dos princípios, direitos e garantias penais e processuais.

O presente trabalho pretende extrair desse modelo penal de legitimação os fundamentos críticos para deslegitimar a prisão provisória brasileira, valendo-se também de outros suportes teóricos, especialmente brasileiros, haja vista a necessidade de se interpretar o instrumento pátrio à luz das particularidades de nosso ordenamento jurídico e de nossa cultura penal e processual.

Cumprе delimitar o significado e alcance do termo escolhido – prisão provisória – para o presente trabalho. São aqui denominadas prisões provisórias todas as espécies de privação da liberdade contempladas no ordenamento processual penal brasileiro, que ocorrem antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou as “prisões sem pena” definitiva⁶⁶. Assim, são objeto de análise todas aquelas espécies de privação da liberdade identificadas como medidas de urgência pessoais privativas da liberdade do imputado no processo penal brasileiro⁶⁷.

Utiliza-se portanto a nomenclatura prisão provisória, termo relacionado ao fator tempo, em oposição à prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, ainda que se saiba que o termo não é muito exato, haja vista que muitas vezes o imputado permanece preso até a definitividade da decisão condenatória, além de que não existe regra no direito brasileiro a respeito de termos temporais máximos ou mínimos da prisão provisória. Buscou-se em verdade um termo isento de significados ou valorações que designassem *a priori* a natureza jurídica destas prisões. Também não se utilizou propriamente o termo prisão processual porque entende-se que, com base no artigo 5º, LIV, da Constituição de 1988, toda e qualquer prisão é processual, ou seja, insere-se num

⁶⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 331-332; 338-339. No mesmo sentido OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 383: “Toda prisão antes do trânsito em julgado deve ser considerada uma prisão *provisória*. Provisória unicamente no sentido de não se tratar de prisão-pena, ou seja, aquela decorrente de sentença penal condenatória passada em julgado, também chamada de prisão *definitiva*, embora se saiba que não existe prisão por tempo indeterminado (perpétua) no nosso ordenamento jurídico”.

⁶⁷ A nomenclatura é a adotada por RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 39. Conforme será mencionado ao longo deste trabalho, nossa posição difere muito da posição deste autor. Adiantando o que será tratado ao longo da dissertação, o termo “urgência” diz respeito aqui ao requisito das medidas cautelares denominado *periculum in mora*, ou seja, à situação de perigo de insatisfação do direito diante da demora da prestação jurisdicional definitiva.

processo judicial e é decorrente dele, o que não impede que, várias vezes, tenha-se empregado este termo genérico para fazer referência às prisões provisórias.

Se a prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, que tem o caráter de pena definitiva, é cada vez mais questionada e contestada em sua legitimidade, a deslegitimação da prisão provisória pode parecer *a priori* uma tarefa fácil. E não o é, porque justamente nessa matéria o encarceramento reveste-se de uma função cautelar, muitas vezes apenas um artifício ou disfarce para encobrir não só a sua natureza penal, mas a sua natureza política de prevenção, de uma nova forma de controle social que ofende os direitos fundamentais.

Tendo-se em vista o panorama mundial de crise do sistema penal de garantias e as sombrias perspectivas que se abrem para a utilização da prisão provisória como instrumento policial e autoritário, entende-se que (re)discutir tal medida processual sob o prisma crítico e questionador de suas finalidades e reais necessidades, é peça importante no processo de construção de uma sociedade brasileira mais democrática, onde o sistema político seja capaz de tolerar sinceramente o fenômeno do crime como significado e produto de tensões e disfunções sociais, buscando preveni-lo sem meios punitivos⁶⁸.

⁶⁸ Ou como melhor descreve Alessandro Baratta: “O cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema de justiça criminal dos Estados de direito é ser coerente com seus próprios princípios ‘garantistas’: princípios de limitação da intervenção penal, de igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputados e dos condenados. Trata-se, mais do que tudo, de aplicar e transformar o direito substancial (fundamental), processual e penitenciário em conformidade com aqueles princípios, por todo o tempo em que deve durar a luta por uma política ‘alternativa’ com relação à atual política penal. Refiro-me à luta civil e cultural pela organização da tutela pública dos interesses dos indivíduos e da comunidade, da defesa dos direitos dos mais fracos contra a prepotência dos mais fortes, com formas mais diferenciadas, justas e eficazes (instrumentais) que aquelas simbólicas oferecidas pelo sistema de justiça criminal”: BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*, p. 24.