

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**ORDEM É PROGRESSO? – UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO
CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA ENQUANTO INSTITUTO
AUTORIZADOR DAS PRISÕES PREVENTIVAS NO DIREITO
PROCESSUAL PENAL**

JOANA LOUREIRO PEDRO DE SOUZA

Rio de Janeiro

2017/2

JOANA LOUREIRO PEDRO DE SOUZA

ORDEM É PROGRESSO? – UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO
CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA ENQUANTO INSTITUTO AUTORIZADOR
DAS PRISÕES PREVENTIVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Geraldo Mascarenhas Prado**.

Rio de Janeiro

2017/2

CIP - Catalogação na Publicação

D719o DE SOUZA, Joana Loureiro Pedro
ORDEM É PROGRESSO? - UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA
DO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA ENQUANTO INSTITUTO
AUTORIZADOR DAS PRISÕES PREVENTIVAS NO DIREITO
PROCESSUAL PENAL / Joana Loureiro Pedro DE SOUZA. -
Rio de Janeiro, 2017.
77 f.

Orientador: Geraldo Mascarenhas PRADO.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Ordem pública. 2. Poder disciplinador. 3.
Estado territorial. 4. Encarceramento em massa. 5.
Neoliberalismo. I. PRADO, Geraldo Mascarenhas,
orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

JOANA LOUREIRO PEDRO DE SOUZA

ORDEM É PROGRESSO? – UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO CONCEITO DE
ORDEM PÚBLICA ENQUANTO INSTITUTO AUTORIZADOR DAS PRISÕES
PREVENTIVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da
graduação em Direito da Universidade Federal do
Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do
grau de bacharel em Direito, sob a orientação do
Professor Dr. Geraldo Mascarenhas Prado.

Data da aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017/2

AGRADECIMENTOS (ou não-agradecimentos)

Dentre todas as partes que constituem a monografia para a conclusão de um curso de ensino superior, certamente o momento dos agradecimentos parece um suspiro de tranquilidade diante de tantas exigências e formalidades a serem cumpridas. Com o seu caráter inteiramente opcional, esse momento torna possível exprimir sem subterfúgios elementos alheios ao trabalho desenvolvido em todas as outras páginas, de forma em que até se pode sentir à vontade para utilizar marcas de oralidade, falar somente através de metáforas, escrever em forma de poesia, enfim, como muitos diriam, “ser você mesmo”, por mais que seja improvável que o resto da pesquisa não o mostre. Como alguém que tem na escrita uma atividade prazerosa, posso afirmar que estive pensando durante um longo tempo sobre este registro final de uma etapa a ser concluída.

Paradoxalmente, também estive em dúvidas acerca das razões para escrever estes agradecimentos. Veja bem: em verdade, a entrega da monografia se trata de uma exigência a ser cumprida para a conclusão de um curso. No caso específico deste trabalho, faço parte de uma universidade de excelência e de uma faculdade de Direito dentre as melhores do meu país, num universo onde uma parcela ínfima da sociedade terá acesso a um valor intelectual de igual tamanho. Durante muito tempo, ouvi diversas vezes que estar em tal patamar seria, portanto, algo a se orgulhar, e que conquistar uma vaga em uma instituição de prestígio seria uma conquista inteiramente minha. Não sou capaz de compactuar com esse entendimento.

Como poderia ser justo agradecer por estar fundamentalmente mais próxima da ideia de sucesso, nos padrões meritocráticos, do que a esmagadora maioria da população de um país está? Por que deveria ser aceitável ostentar o privilégio de estudar com qualidade diante de um cenário de assombroso descaso com crianças e jovens de aspirações não muito diferentes das minhas? Sobretudo, como poderia ignorar uma crua realidade que me foi apresentada durante todos esses anos ao passar pelas ruas da Central do Brasil e encher essas linhas com palavras reconfortantes sobre um próspero futuro? Peço perdão aos vislumbrados com a conclusão do curso de Direito na mesma instituição que eu, mas o cumprimento dessa etapa é absolutamente vazio e o tempo empregado nessa trajetória um completo desperdício sem a consciência do dever de lutar contra as abissais desigualdades desse mundo.

Por tais motivos, considero que os meus agradecimentos (ou não-agradecimentos) são mais uma espécie de manifesto que certamente compartilho com tantas outras pessoas que conheci no sinuoso caminho dos últimos anos. Falo, portanto, àqueles e àqueles que não se calam diante da

brutal e constante injustiça. Aos professores e às professoras que nunca se furtaram de ensinar de maneira crítica sobre as enormes contradições das estruturas de nossa sociedade. Aos funcionários e funcionárias que trabalham sob condições precárias, cujos direitos sofrem maciços ataques diariamente, sendo constantemente invisibilizados por um modo de vida fragmentado. Às almas que transitam desorientadas pelas ruas dessa metrópole e que por diversas vezes tiveram seus lares, vidas e sonhos atropelados pelos interesses de grupos econômicos mundiais que aqui sediaram eventos de enorme escala. Às mães e aos pais que renovam o seu espírito combativo a cada encontro com as novas gerações que se afloram. Aos jovens que resistem a todo o momento às mazelas que corroem a nossa energia vital e fazem parecer que viver carece de sentido. Aos homens e às mulheres que tive a oportunidade de compartilhar das experiências que me fizeram compreender que a luta vale à pena: é tempo de agir!

Em um desnudo mundo que impõe a excruciante instrumentalização de todas as relações entre os humanos, lembremos que ainda compartilhamos o inevitável presente, e que as nossas forças são capazes de trazer-nos de volta o domínio sobre nossa existência. Dito isso, encaro que completar o ensino superior nesta faculdade é estar em contato com uma parte da energia vital necessária para encarar os enormes desafios inerentes à vida, e, no meu caso em particular, onde adquirir a coragem para não abandoná-la. É realmente uma honra estar viva.

Por outro lado, ainda que me caiba questionar o papel da universidade em tempos tão difíceis, não posso deixar de mencionar as tantas pessoas que acompanharam essa minha trajetória, de forma completa ou em partes, pois sem elas não teria a força necessária para não deixar de acreditar em mudanças concretas e a prosseguir um caminho muitas vezes tortuoso.

Ao meu pai Arlindenor e à minha mãe Virgínia, que em todos os momentos desde que optei por viver no Rio de Janeiro me ajudaram a formular as escolhas mais difíceis da minha vida e jamais deixaram de acreditar em mim. É muito difícil para mim demonstrar o amor que sinto pelos dois e a distância por muitas vezes é um fato cruel, mas me sinto feliz por saber que estar com vocês é estar verdadeiramente em casa.

Aos meus quatro irmãos Davi, Júlia, Pedro e Anita, que me acolheram em diferentes situações ao longo de tantos anos, e com as suas mais variadas idades e características absolutamente distintas entre si me trazem os ensinamentos mais valiosos sobre a experiência de viver.

Às mulheres da minha família: minha avó Doralice e minhas tias Márcia e Cristina, que, assim como minha mãe, desde sempre me fizeram compreender a força presente em cada uma de nós pelos desafios que enfrentaram e enfrentam diariamente.

À minha melhor amiga de toda a vida Vitória, que compreende cada pedacinho das minhas angústias e é absolutamente a pessoa com quem sempre vou poder compartilhar das referências culturais, históricas, literárias, cinematográficas, arquetípicas, dentre tantas outras certas nos momentos certos.

À minha amiga Maria Júlia, que para mim surgiu como uma irmã que nunca havia conhecido até o ano de 2015 e com quem posso contar nos momentos mais difíceis da minha vida.

Aos meus eternos companheiros da Rua Moncorvo Filho 35, Ismael e Paloma, com quem dividi o melhor pior ano da minha vida e tornaram momentos que eu achei que nunca sobreviveria uma lembrança cômica para recordar por muitas gerações. Obrigada por me ajudarem a passar pelo meu breakdown.

À minha amiga Olga, que sempre vai estar como um ponto central por me deslumbrar a todo momento com a sua capacidade de amar com todo o seu ser as pessoas ao seu redor e a me ajudar a suportar as fases insuportáveis da vida.

Ao meu amigo Pedro Vinícius (foi proposital não abreviar), que foi a pessoa que conheço há mais tempo na faculdade, assim como eu ingressou no ano de 2011 e compartilha comigo a experiência de se sentir em um limbo por muitas vezes nesse mundo esquisito do Direito.

Aos meus amigos distantes do grande mundo de São Paulo: Maria, André, Davi e Vick, por sempre poderem me oferecer um abraço amigo ou um prato de comida durante tantos anos em que os visitei.

Aos companheiros e às companheiras que tive a oportunidade de conhecer ao fazer parte do CACO (nisso incluo a oposição política), que por mais que tenha tomado rumos políticos tão distintos na atualidade me ensinaram a enxergar este nosso mundo de uma maneira crítica e humana.

Aos amigos, funcionários e defensores públicos que conheci fazendo parte do corpo de estagiários da Defensoria Pública, inteiramente responsáveis por terem me feito apreciar o verdadeiro gosto pela profissão de lidar com o sistema jurídico.

Todo o caminho percorrido até aqui tem um pouco de cada uma dessas pessoas, e assim espero seguir por todos os dias que virão: jamais me esquecendo dos ensinamentos e do pouco de mim que há em cada pessoa.

“Parece que será necessário procurar a moral não na virtude, quer dizer, não na razão, na disciplina, nos bons modos, na honestidade – mas sobretudo no contrário, eu quero dizer: no pecado; se lançando ao perigo, ao que é nocivo, àquilo que nos consome. Parece-nos que é mais moral se perder e mesmo se deixar debilitar do que se conservar.”

Thomas Mann – A Montanha Mágica

RESUMO

DE SOUZA, Joana Loureiro Pedro. *Ordem é progresso? – Uma análise crítica acerca do conceito de ordem pública enquanto instituto autorizador das prisões preventivas no direito processual penal*. 2017. 77 f. Monografia (Graduação/Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

A presente monografia objetiva realizar análise acerca da figura da ordem pública enquanto instituto autorizador da prisão preventiva no direito processual penal. Realizando abordagem através do método analítico, pretende-se destrinchar as camadas que compõem a essência da ordem pública, sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro e sua relação com a sociedade. Para isso, pretende-se buscar não apenas as bases normativas que definem a ordem pública como a sua substância filosófica e seu caráter disciplinador na formação dos Estados territoriais.

Palavras-chave: ordem pública; poder disciplinador; Estado territorial; encarceramento em massa.

ABSTRACT

DE SOUZA, Joana Loureiro Pedro. *Ordem é progresso? – Uma análise crítica acerca do conceito de ordem pública enquanto instituto autorizador das prisões preventivas no direito processual penal.* 2017.77 f. Monografia (Graduação/Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The following monograph aims to make an analysis upon the figure of public order as an authorizing institute of preventive detention within the criminal procedural law. Carrying out an approach through the analytical method, it is intended to unravel the layers that compose the essence of the public order, its insertion at the Brazilian legal system and its relationship with society. Thereunto, it is intended not to only search for the normative bases that define the public order, but to find its philosophical substance and its disciplinary character at the shaping of the territorial states and how it corroborates the existence of mass incarceration.

Key words: public order; disciplinary power; territorial state; mass incarceration.

Sumário

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 – SUBSTÂNCIA DA ORDEM PÚBLICA	9
1. A substância da ordem pública em Maquiavel e na razão de estado	9
2. O jurista da ordem pública.....	12
2.1 Carl Schmitt e o estado de exceção	13
3. A substância da ordem pública no sistema normativo brasileiro.....	17
CAPÍTULO 2 – ORDEM PÚBLICA E ORDENAMENTO JURÍDICO.....	21
1. Histórico da prisão preventiva	21
1.1 Origens e evolução da prisão preventiva.....	212
1.2 Outras fontes normativas da prisão preventiva	213
1.3 Evolução da prisão preventiva	215
2. Paradigma atual da prisão preventiva no sistema processual penal brasileiro	26
2.1 A figura da ordem pública e sua aplicação na atualidade	29
CAPÍTULO 3 – SOCIEDADE BRASILEIRA E ORDEM PÚBLICA	32
1. O autoritarismo na concepção do Estado brasileiro	34
1.1 Peculiaridade de análise da sociedade brasileira.....	376
1.2 Sociedade brasileira, direito penal e escravidão.....	37
2. Ordem pública e neoliberalismo.....	40
2.1 Produção de miséria no neoliberalismo e expansão do estado penal: duas faces da mesma moeda	41
2.2 Sucumbência do modelo democrático e despolitização	45
2.3 A missão do Estado neoliberal: impor o trabalho assalariado de miséria	48
2.4 Trabalho precarizado, prisões preventivas e ordem pública – as zonas de espera do neoliberalismo	52

CONCLUSÃO54

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS59

INTRODUÇÃO

Expressar o mundo é a interminável tarefa da humanidade. De igual modo, a existência humana se situa entre duas colossais distâncias: o claustro inabitado do desconhecido e a sufocante consciência sobre si. Nesse enorme espaço, ela tateia por paredes invisíveis, caminha com seus passos tontos e tenta se equilibrar entre os dois opostos, porém sempre fadada a ser enganada pelo delírio dos seus sentidos. Na medida em que expande sua visão acerca de tudo o que lhe é alheio, o humano se dá conta de que essa imensidão alheia o determina, e que aquilo que enxerga é resultado da frenética e alucinante transposição do real para dentro de si. Contudo, há uma potência que está nas entrelinhas de sua natureza. Se lhe bastasse apenas nadar por um tormentoso rio que leva tudo a uma só direção, seu formato seria um encaixe perfeito dentro de um molde sólido e imutável. O que se revela no seu processo de interpretar o mundo, no entanto, é também a sua capacidade de modificá-lo, sendo este o convite para o extasiante fardo de ser sujeito na história.

Evidentemente, o conhecimento acerca da complexidade do mundo não se revela como uma dádiva imanente à essência humana; trata-se, sobretudo, de um longo e incansável processo de buscas e ensinamentos acerca da experiência de viver. Assim são criados os mitos, as civilizações, seus modos de sobrevivência, suas gerações, e assim se está diante de cada vez mais formas de se adquirir as respostas de perguntas que jamais cessarão. Dito isso, é possível dizer que o momento atual em que vivemos é resultado das transformações históricas de uma determinada sociedade e que o presente é de suma importância para o inóspito futuro. Talvez essa seja uma forma mais direta do que quer dizer ser sujeito na história: é a constatação de que o “agora” é tudo aquilo com o que se pode visualizar o universo. Essa constatação a um primeiro momento pode parecer limitadora se o “tudo” que nos cerca for pensado como um caminho traçado a uma só direção. No entanto, se pensado como um desafio à criatividade, pode se estar diante da chave para revelar as outras rotas aparentemente desconhecidas e que trazem ao ponto em que se está situado.

Todos esses apontamentos, contudo, não podem ser apresentados como uma possibilidade concreta de alcance de todas as respostas, nem mesmo de que todas as experiências estariam disponíveis. Um homem ou uma mulher de um determinado momento histórico inevitavelmente viverá sob as condições materiais que se apresentam no meio social em que está inserido, sendo o seu processo de tomada de consciência parte da própria vida que se leva. Isso significa, em outras palavras, que não é possível escolher de qual sociedade participar; o presente é, pois, além de um “agora”, um

“aqui”, e que essa noção certamente ajuda no momento de compreender os desafios de um tempo específico.

Trazendo essa perspectiva para o tempo presente, o avanço das descobertas acerca das diversas realidades no mundo e de uma efetiva globalização das informações permite aos pesquisadores e pensadores visualizarem com uma clareza nunca antes possível dos desafios de contextos específicos da humanidade. Esse conhecimento em larga escala certamente possibilita encontrar respostas em lugares antes inóspitos, mas também significa o surgimento de mais outras tantas questões que as sociedades passam a dividir.

Necessariamente pensando sobre o momento presente, está colocada sobre os ombros da humanidade a universal problemática do encarceramento em massa. Em todos os continentes se observa um assombroso crescimento das taxas de detentos nos últimos 30 anos como jamais se alcançou, bem como os reforços voltados para a segurança pública se intensificam ano após ano nos países de maior importância para o cenário global. Estima-se que, somente no Brasil, a taxa de encarceramento cresceu em 618% desde o ano de 1990, não caminhando em sentido contrário dos demais países como Estados Unidos, Rússia e China. É possível assinalar, portanto, um aumento progressivo do poder punitivo dos Estados nacionais.

Paralelamente, o mesmo período de tempo foi marcado por uma profunda “revolução” capitalista, onde uma remontagem econômica é empregada no sentido de desobstruir quaisquer barreiras ao mercado e uma mobilidade até então inexistente do capital, sendo tal ruptura denominada de *neoliberalismo*. Os defensores de tal modelo afirmam que seria um sistema que visa unicamente a autonomia financeira e a liberalização do comércio sem a intervenção estatal. Essa, contudo, é uma concepção simplista e despolitizada de tal regime econômico, ao passo que este interfere em todas as relações de poder a nível global. Ao contrário do que se afirma hodiernamente, trata-se de verdadeiro *projeto político transnacional*¹ que propõe a redefinição das relações entre o mercado e o Estado, bem como da ascensão de detentores de organizações multinacionais nas relações de poder.

Loïc Wacquant tem grande parte de suas pesquisas acadêmicas voltadas para destrinchar o modelo econômico neoliberal e investiga a profunda relação entre o fenômeno do neoliberalismo e as altas taxas de encarceramento, ocasionando a transição dos Estados-providência para Estados-

¹ Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. In: BATISTA, V. M. (org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, pp. 12-42.

punitivos em toda a ordem mundial². Isso significa o surgimento de um Estado forte e moralmente inflexível, cujo papel é de manter uma ordem social específica e necessária ao pleno desenvolvimento do novo modelo econômico.

A penalidade neoliberal, ao redimensionar as relações entre Estado, mercado e sociedade civil, impõe novo tratamento da miséria, orquestrando um constante clima de insegurança baseado em centralizar na delinquência das ruas, no tráfico de drogas e no terrorismo os constantes inimigos dessa nova sociedade em fragmentos. Transforma-se, portanto, o combate ao crime no espetáculo do mundo do século XXI.

No Brasil, onde a expansão da insegurança social encontrou uma conveniente brigada com os oligopólios dos meios de telecomunicação, há o cenário desastroso de um sistema penitenciário altamente precário, claramente não suportando estruturalmente o grande número de detentos, nem mesmo de garantir a eles direitos mínimos, como condições de salubridade, alimentação, saúde e segurança. O problema das prisões brasileiras já ganhou tamanha proporção que foi objeto de análise por organizações internacionais das quais o Brasil faz parte, recebendo severas críticas às condições as quais os indivíduos privados de liberdade são submetidos. Dentre as críticas apresentadas, teve grande destaque na Comissão Interamericana de Direitos Humanos a situação dos presos provisórios no Brasil, ou seja, aqueles que aguardam julgamento sob medida cautelar de privação de liberdade. No ano de 2014, foi elaborado documento³ da mencionada Comissão que ressalta o grande aumento do número de presos provisórios, sendo estes correspondentes a 37,6% da população carcerária total, chegando hoje ao total de 40%.

De acordo com o mesmo documento elaborado, que também dizia respeito a outros países da América Latina, o aumento no número de presos provisórios indica que esse instituto vem sendo utilizado de maneira excessiva, levando ao aumento extensivo da população carcerária trazendo consequências críticas, além de destruir vidas daqueles que nenhum crime cometeram e, ao final do processo penal, são absolvidos, levando o estigma de passarem deplorável sistema prisional. De fato, à luz do sistema processual penal brasileiro atual, é possível afirmar que o documento elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos corresponde à realidade de como as medidas cautelares de prisões preventivas vêm sido aplicadas. De uma forma geral, valendo-se do manto de que a liberdade desses indivíduos ainda não julgados representaria grave perigo à sociedade,

² Idem. **As prisões da miséria**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 44.

³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, 2013, disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>.

juízes aplicam a prisão provisória com base em critérios duvidosos. O que vem sendo observado, na realidade, é que as prisões provisórias estão sendo decretadas sem levar em conta as diligências prévias realizadas durante a investigação (quando realizadas) ou de que forma o flagrante se configurou, descartando de forma completa o princípio constitucional da presunção de inocência. Em outras palavras, o grande aumento do acautelamento provisório é resultado do processo global de encarceramento em massa descrito anteriormente.

Há um elemento que chama a atenção no teor das decisões que decretam ou mantêm o acautelamento provisório. Vejamos alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“Ementa: Recurso em Sentido Estrito. Decisão que concedeu liberdade provisória. Recurso do Ministério Público objetivando a cassação do decisum com a decretação da custódia cautelar. Índícios suficientes de autoria e materialidade. Consta dos autos, ter sido noticiado aos policiais militares que motocicletas estavam sendo usadas para transporte de drogas, armas e munições entre as Comunidades que circundam a Avenida Brasil, e com tais informações dirigiram-se ao local, avistando a motocicleta em que estavam os recorridos. Ato contínuo, solicitaram sua paralização, contudo, os indiciados empreenderam fuga, logrando abordá-los encontrando, na carenagem embaixo do banco, um pacote envolto com fita crepe contendo 17 (dezesete) munições de calibre 38. Analisando a FAC do recorrido, percebe-se que o mesmo possui personalidade voltada para a prática de delitos, encontrando-se em período de livramento condicional. Presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora* autorizadores da medida pleiteada. Prisão preventiva que se faz cogente para assegurar-se a garantia da **ordem pública** e a aplicação da lei penal, sendo a manutenção a liberdade do recorrido verdadeiro incentivo à impunidade. Medidas alternativas previstas na legislação pátria, que não se mostram suficientes ou adequadas em contraposição aos fatos narrados. Presença dos requisitos autorizadores da medida reclamada, traduzindo-se a manutenção da liberdade do recorrido incentivo à impunidade. Recurso provido para decretar-se a prisão preventiva de Fabricio Rogerio da Silva com fulcro no artigo 312 do CPP, expedindo-se o competente mandado de prisão.”⁴

HABEAS CORPUS. DELITOS DOS ARTIGOS 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO MOTIVADA NA GARANTIA DA **ORDEM PÚBLICA** E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. Segundo consta dos autos, o paciente, no dia 19/10/2016, por volta das 19h, mediante grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo e por palavras de ordem dirigidas à funcionária Rosiane, *subtraiu uma quantia em dinheiro e algumas unidades de desodorante da marca Rexona*, de propriedade da Drogeria Mais Barato. 2. A impetrante aduz, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão de ausência de motivação e fundamentação para a decretação e manutenção da prisão preventiva, bem como pela inexistência de indícios de autoria e dos requisitos do art. 312, do CPP. A defesa alega que o paciente é réu primário, de bons antecedentes e possui residência fixa e ocupação lícita, assinalando que a sua prisão preventiva importa em violação aos princípios da presunção de inocência e da homogeneidade das prisões. 3. Como se verifica dos autos, foi decretada a prisão preventiva do paciente, com fundamento na garantia da **ordem pública** e conveniência da instrução criminal. Com isso, percebe-se que não restou configurada nenhuma ilegalidade na decisão contra a qual se insurge a impetrante, na medida em que

⁴ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Recurso em sentido escrito no processo 0108863-52.2017.8.19.0001. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Fabricio Rogerio da Silva. Relator: Des(a). Suely Lopes Magalhães. 18/10/2017. Oitava Câmara Criminal. Disponível em www.tjrj.jus.br. Grifos meus.

a MM. Juíza analisou as questões postas a seu julgamento, exteriorizando as razões de fato e de direito que a convenceram a decretar a prisão cautelar do paciente. 4. A conduta a ele imputada se revela grave, *capaz de gerar repercussão danosa no meio social*, o que torna indispensável a prisão provisória para a garantia da **ordem pública**, já tão atingida por fatos semelhantes, que causam *grande indignação em toda a sociedade*. A indicação de fatores concretos no tocante à necessidade de garantia da **ordem pública**, em razão da gravidade da conduta do acusado constitui motivação satisfatória à manutenção da custódia cautelar, que, por óbvio, não caracteriza coação ilegal. 5. Demais disso, a fim de se evitar perturbações no âmbito probatório do processo, torna-se imperiosa a segregação cautelar do paciente para a conveniência da instrução criminal, uma vez que a fase de coleta de provas não se encerrou. 6. Desta forma, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente se revela, suficientemente, fundamentada, nos termos do art. 93, IX, da CR/88, extraindo-se do seu teor não só a adequação, como, também, a sua necessidade diante dos elementos constantes dos autos. (...) Denegação da ordem.”⁵

"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. LEI DE DROGAS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. RELAXAMENTO. EXCESSO DE PRAZO. REVOGAÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 312 DO CPP. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ARTIGO 319 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. Ao prestar suas informações, a autoridade apontada como coatora esclarece que o paciente, denunciado pela suposta prática dos crimes tipificados no artigo 35, caput, combinado com o artigo 40, incisos IV, V e VI, e no artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, incisos IV, V e VI, todos da Lei nº 11.343/06, por diversas vezes, na forma dos artigos 29 e 71 do Código Penal, foi preso em 31/03/2016, por força do mandado de prisão expedido no processo nº 0004210-15.2016.8.19.0007. Nos termos da exordial juntada às fls. 31/264, o paciente Ricardo dos Santos Bernardi cobrou a quantia de R\$ 800,00 (oitocentos reais) para transportar 20Kg (vinte quilos) de drogas de Volta Redonda/RJ para Resende/RJ. Outrossim, de acordo com a inicial acusatória, o paciente frequentemente prestava tal serviço para os traficantes da região, conforme se extrai do diálogo transcrito às fls. 582/585 do relatório final das investigações. Constata-se que a ação penal vem tramitando regularmente, sem qualquer paralisação indevida, não havendo excesso de prazo a autorizar a soltura do paciente. (...) Ademais, ao paciente é imputada a prática dos delitos de associação para o tráfico e de tráfico de drogas, este último, crime equiparado a hediondo, que causa repulsa na sociedade e abalo na **ordem pública**, exigindo-se severidade no tratamento do mesmo, sendo ofensivo que, livre, responda à ação penal contra ele proposta. Por outro lado, o eventual fato de o paciente possuir circunstâncias judiciais favoráveis, não é, por si só, fundamento para a sua pronta colocação em liberdade, notadamente considerando-se a natureza das condutas delituosas em apuração. Além disso, o decreto prisional está devidamente motivado, ao se admitirem como presentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva, pressupostos necessários para a segregação provisória, e, bem assim, ao constatar-se a existência justificada de fundamento para a medida extrema, consistente na garantia da **ordem pública**. Observa-se que o magistrado de 1º grau expôs minuciosamente os motivos que formaram o seu convencimento, restando demonstrados os requisitos autorizadores da decretação da custódia cautelar do recorrente, previstos no artigo 312 e 313, incisos I e II, da Lei Processual. Entendo presentes indícios suficientes de autoria e prova de materialidade delitiva no fato de ter sido o paciente preso após a realização de interceptação telefônica regularmente deferida, na qual se constatou, ao menos em perspectiva, sua contratação para efetuar o transporte intermunicipal de drogas. Por sua vez, constato a existência justificada de fundamento para a medida extrema, consistente na garantia da **ordem pública**, presente quando se mostra necessário afastar imediatamente o paciente do convívio social em razão de sua grande periculosidade demonstrada pelo cometimento de delito de extrema gravidade. De igual modo, e só para constar, também não é possível a imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Có-

⁵ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Habeas Corpus no processo 0049871-04.2017.8.19.0000. Paciente: Marlon Cesar Santos de Oliveira. Autoridade coatora: MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Nova Iguaçu. Relator: Des. Clauio Tavares de Oliveira Junior. 18/10/2017. Oitava Câmara Criminal. Disponível em www.tjrj.jus.br. Grifos meus.

digito de Processo Penal, por estarem presentes os pressupostos para a decretação da prisão preventiva. Assim, não vislumbro que o paciente esteja a sofrer qualquer constrangimento, muito menos ilegal, por parte da autoridade apontada como coatora. ORDEM DENEGADA.”⁶

O termo destacado “ordem pública” nas decisões citadas é frequentemente usado nas instâncias do Poder Judiciário no processo penal brasileiro. Apenas na jurisprudência de alçada criminal no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro há menção ao termo por quase 3000 vezes até o final do mês de outubro de 2017⁷, num universo onde as decisões que acatam a liberdade provisória dos acusados são praticamente inexistentes. O que significa, então, a prisão por base na ordem pública?

A Constituição da República de 1988 fala de “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”⁸, depreendendo-se que ordem pública é algo diferente da incolumidade do patrimônio, e da incolumidade das pessoas. Enquanto a incolumidade (das pessoas e do patrimônio alheio) vai servir como a própria razão de ser da criminalização das condutas a ela contrárias, a ordem pública, por sua vez, visa preservar as circunstâncias subjetivas em que se deu a concreta violação daquelas (integridade das pessoas e de seus patrimônios), sendo pressuposto de prisão cautelar. Ou seja, como imperiosa necessidade de acautelamento do meio social contra fatores que já se localizam na peculiar execução de certos crimes. É evidente que não há como apartar a necessidade de preservação da ordem pública do acautelamento do meio social, na medida em que, se por um lado o conceito de ordem pública se desvincula do conceito de incolumidade, por outro, ao seu turno, ele se liga umbilicalmente ao de acautelamento do meio social. Neste aspecto, se a ambiência fática permite ao aplicador da lei aferir que a liberdade de determinado indivíduo implicará na insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade, abre-se espaço para o manejo da prisão em prol da ordem pública. Tal regra vigora também através do artigo 312 do Código de Processo Penal, que diz o seguinte:

“A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”⁹

⁶ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Habeas Corpus no processo 0044058-93.2017.8.19.0000. Paciente: Não inf. Autoridade coatora: Não inf. Relator: Des. Antonio Eduardo Ferreira Duarte. 17/10/2017. Quarta Câmara Criminal. Disponível em www.tjrj.jus.br. Grifos meus.

⁷ Pesquisa realizada em 25/10/2017 no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Artigo 144, *caput*. Brasília, DF: Senado Federal. Centro Gráfico, 1988. 292 p.

⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 de outubro de 1941.

De fato, se for pensada através da mera delicadeza das aparências, a ordem pública é instrumento necessário ao funcionamento da sociedade, estando vinculada ao bem da segurança pública, que muitos gostam de atribuir enquanto categoria de direito fundamental. No entanto, colocada sobre a esteira de uma importante conexão entre os eventos em escalas estruturais, tal figura jurídica representa, em verdade, elemento de enorme abrangência categórica, sendo a sua conceituação vaga e imprecisa, o que, em termos jurídicos, representa insegurança no nível das decisões que necessitam de fundamentação.

O que revela, portanto, uma análise de tal categoria jurídica para além do componente aparente de legalidade enquanto regra para a decretação das prisões preventivas? Qual é a verdadeira substância desse elemento, sua inserção no ordenamento jurídico como um todo e a sua relação com a sociedade? Sobretudo, teria a figura conexão com o notório encarceramento em massa existente a nível nacional e global? Pretende-se, nos próximos capítulos, realizar todas essas provocações no sentido de entender a ordem pública enquanto artifício indispensável para a manutenção de uma ordem social hierarquizada.

Breves considerações metodológicas

Tecer considerações acerca do objeto de estudo da ordem pública sob um viés crítico não se trata meramente de buscar sua definição através de pesquisas teóricas de autores que desenvolvem tal conceituação. Trata-se, sobretudo, de investigar a sua estrutura e sua dinâmica, assim como ele se representa no plano da realidade, ou seja, sua existência objetiva. Ou seja, o objetivo está além de buscar sua aparência fenomênica e imediata, mas sim apreender sua essência¹⁰. O que ocorre, no entanto, por se tratar de análise crítica de um objeto, pode-se dizer que ele não será neutro na medida em que se relaciona com a sociedade – no caso, a sociedade do século XXI. Isso significa que a objetividade do conhecimento deverá ser verificada na realidade em que se aplica¹¹.

Pontuar essas observações é de enorme importância, pois dentro do campo da investigação o pesquisador não é mero reproduzidor mecânico como um espelho que refletirá a realidade em todas as suas instâncias de maneira completamente passiva. O papel crítico, pelo contrário, é completamente ativo, sendo necessário, portanto, mobilizar uma série de conhecimentos de maneira a encontrar a

¹⁰ NETTO, J. P. **Introdução aos estudos do Método de Marx**. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p. 23.

¹¹ *Ibidem*. p. 24.

estrutura dinâmica do seu objeto de pesquisa aplicado à realidade concreta. É necessário, sobretudo, apoderar-se da matéria a ser estudada¹².

Na presente pesquisa, objetivamente será feito estudo através do método analítico, de forma a determinar as camadas que preenchem a essência da figura da ordem pública e sua relação com o mundo externo. Nesse sentido, de primeiro plano, antes mesmo de analisar sua existência num ordenamento jurídico determinado (no direito processual brasileiro), faz-se de enorme importância determinar a substância que compõe sua essência normativa, ou seja, como a ideia de ordem pública surge enquanto objeto ordenado nas sociedades humanas.

Estudada a composição substancial da figura “ordem pública” é preciso, num segundo momento, entender a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, de forma em que será necessário analisar os institutos jurídicos que a englobam como elemento normativo; no caso, se trata de des-trinchar o comando da prisão preventiva. Em seguida, passa-se a abordar a maneira como a norma jurídica das prisões preventivas passou a ter como um de seus elementos a ordem pública e toda a sua substância.

Por fim, a análise crítica de um objeto não se traduz na mera determinação de sua essência e de seu funcionamento no movimento ideal de transposição da mente do investigador para a realidade; trata-se, igualmente, de analisa-lo à luz de uma possível emancipação outrora bloqueada pelas práticas sociais vigentes. Uma pesquisa que se pretende crítica sem qualquer perspectiva de ruptura com o modelo existente permanece no campo das ilusões. Por essas razões a substância da ordem pública inserida no ordenamento jurídico *deve* necessariamente ser ligada ao contexto em que se insere – qual seja o da sociedade brasileira.

¹² *Ibidem.* p. 26.

CAPÍTULO 1 – SUBSTÂNCIA DA ORDEM PÚBLICA

Só faz sentido falar em ordem pública a partir do momento em que se tem o “público” e a “ordem”, isto é, a partir do momento de constituição dos Estados ocidentais. Tais Estados se constituíram com a sua soberania e autoridade que impuseram aos súditos daquele momento inicial um dever de obediência. Isso não se confunde com o cidadão contemporâneo, que está inserido sob uma dinâmica mais democrática. A ordem, portanto, é uma organização, um estabelecimento de um modo de ser impositivo para atingir determinados fins, ainda que meramente no plano do discurso alguns desses objetivos se caracterizem como proteção do próprio súdito dentro de uma ideia ou lógica, ou conforme uma ideologia, do contrato social. Cabe, portanto, investigação da maneira como a “ordem” passou a reger o que se entende como “público” através da história e compreender o desenvolvimento dessas noções nos modelos de alguns Estados modernos.

1. A substância da ordem pública em Maquiavel e na razão de estado

O primeiro pensador a descrever com precisão o dever de obediência dos súditos ao soberano foi o italiano Niccolò Dei Maquiavel. A sua obra filosófica “O Príncipe” foi responsável por uma noção moderna do que se entende por poder. Sua teoria política exprimiu a lógica do que se pode chamar de “razão de estado”, que é a composição de uma verdadeira concepção autoritária de Estado, e que vai representar mais tarde a justificação de “ordem” para algumas nações ocidentais modernas.

A título de breve contextualização, Maquiavel desenvolve seu pensamento acerca do poder político em carta dedicada a Lorenzo de Médici, então governante de Florença no início do século XVI. A obra “O Príncipe” trata de diversos conselhos e recomendações sobre a forma de como os principados deveriam agir àquela época. Naquele momento, a correlação de forças da Itália se encontrava apoiada sobre os Estados de Nápoles, Milão, Florença, Veneza e dos estados Papais, sendo, portanto, a referência do autor, que analisou os erros e acertos dos dominantes locais.

A partir de sua investigação, Maquiavel irá apontar que o Estado é, fundamentalmente, uma correlação de forças, que está alicerçada na dicotomia que há entre o desejo de domínio, por parte dos poderosos, e do desejo de liberdade, por parte do povo que o compõe (o Estado). Com tal entendimento, o filósofo afirma que é possível determinar a ação política com base no que é útil para manter uma nação unificada.

Com a finalidade de guiar os principados, Maquiavel introduz a noção de “virtù”. Os governantes com tal característica seriam aqueles que sabem como agir diante das adversidades, imprimindo a vontade de unificação do Estado em cada ação. Agir com a “virtù” seria, assim, agir ora com humanidade, ora com crueldade, o que justifica a ideia de repressão por um bem coletivo. Desse modo, haveria violências que restariam plenamente justificadas quando o fim se caracterizasse no bem comum. Nas palavras do autor:

“Deve-se compreender que um príncipe (...) não pode praticar todas aquelas coisas pelas quais os homens são considerados bons, uma vez que, frequentemente, é obrigado, para manter o Estado, a agir contra a fé, contra a caridade, contra a humanidade, contra a religião. (...) nas ações de todos os homens, em especial dos príncipes, onde não existe tribunal a que recorrer, o que importa é o sucesso das mesmas. Procure, pois, um príncipe, vencer e manter o Estado: os meios serão sempre julgados honrosos e por todos louvados. (MAQUIAVEL, N. 1976. p. 103)”

Diante de tal análise, percebe-se que as ações do príncipe, na filosofia maquiavélica, são guiadas pelo princípio da necessidade. Desse modo, está configurada uma verdadeira razão de estado, que contornará todas as ações de um governante, visando exclusivamente o bem do povo e a salubridade de uma nação. Como um fim ainda maior, a razão de estado busca a preservação da ordem social através da conservação do Estado, que representa o núcleo dessa força-tarefa.

Toda essa concepção dá uma forma até então não visualizada de um Estado, como se este fosse um ser com sua própria autonomia, sendo guiado pelos seus próprios interesses, que seriam o bem comum, guiando assim todos aqueles regidos por ele rumo à sobrevivência. De igual modo, o príncipe, com suas qualidades virtuosas que assim o tornam soberano, age sem restrições no que tange realizar a manutenção do poder do Estado.

Maquiavel explica, em sua obra, que o príncipe, ao executar as ações próprias da preservação do Estado também poderá se valer do uso da mentira como ato de prudência. Isso é explicado através da ideia de que não são todos os homens bons, de maneira que não há razão para cumprir a fé com eles se os interesses de um bem comum estão sob ameaça. Tal forma de agir, contudo, deverá vir acompanhada de grande capacidade do governante de dissimular os seus atos, estabelecendo metas bastante estratégicas e ardilosas.

Também é desenvolvida por Maquiavel a ideia do uso da crueldade pelo Príncipe como apenas mais um meio de atingir determinado fim, sendo ela despida de conotações morais ou éticas e

preservando uma natureza meramente utilitária. O autor divide a crueldade de duas formas, sendo as mesmas as “bem utilizadas” e as “mal utilizadas”. De acordo com suas próprias palavras:

“Bem usadas pode-se dizer serem aquelas (se do mal for lícito falar bem) que se fazem instantaneamente pela necessidade do firmar-se [no poder] e, depois, nelas não se insiste, mas sim se as transforma no máximo possível de utilidade para os súditos; mal usadas são aquelas que, mesmo poucas a princípio, com o decorrer do tempo aumentam ao invés de se extinguirem (MAQUIAVEL, N., 1976, p. 52).”

Apesar dos conceitos de Maquiavel não limitarem as ações do príncipe, há um princípio fundamental que rege a razão de estado: a necessidade. Os artifícios utilizados pelo governante virtuoso, por mais nocivo e agressivo que seja às partes a ele subordinadas, devem visar exclusivamente o bem do próprio povo, o que apenas é possível com a manutenção da salubridade do Estado, sendo o príncipe, portanto, zelador dessa missão.

Mais adiante, o autor em questão apresenta uma diferenciação dos seres humanos e dos animais no que diz respeito à forma de se lutar para algo. Os primeiros, segundo sua filosofia, se diferenciam pela atenção às leis, que são criações essencialmente humanas regulatórias. Os segundos se caracterizam pelo uso da força. No entanto, afirma que nem sempre o uso das leis seria suficiente, sendo necessário, portanto o uso da força. Nesse momento, Maquiavel recorre à metáfora do leão e da raposa: ao não atingir os seus objetivos através do uso nobre da força, como o faz um leão, deve-se agir de forma ardilosa, assim como o faz a raposa. Sendo assim, o príncipe deverá ser conhecedor até mesmo das forças animais para administrar e salvaguardar o Estado.

É importante dizer, no mesmo sentido, que o uso da força é imprescindível à tarefa de guiar o Estado. Isso porque se tratava de um contexto em que os territórios se encontravam em constante ameaça de invasão externa, alertando assim o filósofo italiano que o príncipe não deve ter outro pensamento ou tomar qualquer outra atitude senão a própria guerra e a sua organização e disciplina. Segue afirmando que aquele governante que se preocupar mais com delicadezas do que com as armas inevitavelmente virão a cair. Está aí conservada, portanto, na razão de Estado, o embrião de uma maneira de governar militarizada, onde a segurança interna a partir da força assume enorme importância.

Retrospectivamente, pode-se afirmar que as ideias trazidas por Maquiavel – sua razão de estado e sua forma de organização – foram fundamentais para a constituição de um Estado soberano nacional. Para que, no universo da Europa, fragmentado outrora por feudos, houvesse uma unificação em grandes porções territoriais, seria necessário que se instaurasse um domínio político especí-

fico e regido pelas ideias da preservação de um bem geral. Assim nascem, no primeiro momento, diversas nações como a França, Espanha, Portugal, e, já nos séculos XIX e XX, Alemanha e Itália.

Desse modo, resta compreendida a primeira substância da ordem pública: quando se fala nessa fundamentação jurídica, está se remetendo a um elemento essencial de constituição da forma política do Estado territorial, que é também o poder de um soberano, que irá se traduzir na expressão conhecida como “razão de estado”.

2. O jurista da ordem pública

No início do século XX, o cenário europeu foi marcado por um período entre-guerras e de enorme instabilidade política. Mais especificamente no contexto dos Estados mais recentes como Alemanha e Itália, um clima de enorme insatisfação popular e descrença no poder dos então governantes estava instaurado em decorrência das consequências da I Guerra Mundial. O Tratado de Versalhes impôs uma série de medidas drásticas e perda de territórios importantes dos perdedores da guerra e passou a representar uma possibilidade real de fragmentação de tais territórios, ainda sem uma forte consistência.

Na Alemanha do período entre-guerras, a recém-estabelecida República de Weimar passa por enormes crises econômicas e sociais, em que a inflação atingiu durante um único ano 28.000%¹³. Na Itália, a mesma falência financeira se acirrou, bem como se instaurou uma clara instabilidade nos territórios há pouco tempo unificados. O pessimismo e uma forte reação ao modelo de Estado estabelecido se incorporaram não apenas nas massas como no pensamento filosófico daquele momento.

Dois fortes expoentes desse conjunto de contradições no contexto alemão foi o jurista Carl Schmitt, com suas contribuições para a ciência política alemã. Nos próximos pontos serão abordadas as trajetórias do autor e da congruência dos seus pensamentos com a filosofia autoritária que guiou os Estados nazifascistas. Isso porque tais concepções, ao resgatarem a noção maquiavélica de razão de estado, desenvolveram o que ficou conhecido como uma garantia da ordem pública, que se tornou figura de suma importância no contexto do século XX e mais tarde incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.

¹³ ALVES, A. D.; DE OLIVEIRA, M. A. C. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 105, pp. 225-276, jul./dez 2012, p. 248.

2.1 Carl Schmitt e o estado de exceção

Para compreender a substância das justificativas de outro Estado autoritário do século XX, qual seja a Alemanha nazista, não se pode deixar de explorar a obra do filósofo e jurista Carl Schmitt, que teve sua trajetória marcada por uma polêmica sucumbência à ideia de supremacia ariana, geradora do maior genocídio do século XX. Apesar de inicialmente contrário ao partido nacional-socialista alemão, será analisado como a filosofia schmittiana foi ao encontro das ideias propagadas pelo nazismo serviu muito bem para sustentar um dos grandes pilares do autoritarismo de Hitler: o estado de exceção.

Carl Schmitt tem a sua trajetória marcada pela conceituação de um Estado totalitário em contraposição ao modelo liberal bastante presente no pensamento europeu moderno. Já no período pré-weimariano, o jurista e filósofo negava as concepções do constitucionalismo desenvolvido ao final do século XIX, bem como da noção de um direito meramente positivo defendido por Kelsen. Na sua visão, haveria uma autonomia do direito, sendo a força do Estado (externa ao direito) necessária para mediar a relação com os indivíduos. Nesse sentido, já nos primeiros escritos schmittianos pode ser encontrada a concepção de uma ordem estatal autoritária responsável por castrar a soberania individual para a devida aplicação da norma.

No início dos anos 20, Schmitt desenvolve as obras *A Ditadura* e *Teologia Política*, tecendo as suas teses acerca da exceção, que dão verdadeira concretude ao seu pensamento e que marcará sua trajetória dali em diante. Tais obras encontram suas raízes em autores contrarrevolucionários e que justificavam o uso da força por um Estado racional e disciplinado, sendo um deles nada menos que Maquiavel, precursor do desenvolvimento conceitos de um soberano autoritário.

Em sua obra “A Ditadura”, Schmitt realiza análise acerca do termo que, segundo sua avaliação, é tratado de maneira confusa pelos poucos livros até então existentes. De acordo com sua filosofia, o fato de toda ditadura conter necessariamente uma exceção não quer dizer que seja uma negação de uma norma qualquer, mas sim de uma norma cuja dominação deve ser assegurada na realidade político-histórica¹⁴. Nesse sentido, seria possível visualizar a essência da ditadura: possibilitar uma separação entre as normas de direito e as normas de realização do direito. Partindo dessa lógica, a ditadura viria então como supressora de uma situação jurídica, pois domina um procedi-

¹⁴ Ibid. p. 235.

mento que está comprometido com o sucesso de um resultado concreto, eliminando, portanto, o direito que se opõe à realização de tal fim. Schmitt termina sua análise da essência da ditadura afirmando que todo ordenamento jurídico é simplesmente uma ditadura latente ou intermitente, deixando claro que as suas noções em muito se assimilam com a de um Estado que justifica suas ações pelos fins a que se destinam.

Além de analisar a própria essência da ditadura, Carl Schmitt faz sua relação com o Estado, afirmando que a sua existência é concomitante com a do direito, pois é com ela que se atinge o que é buscado com um ordenamento político, mesmo que em oposição às normas que o constituem. De acordo com o seu pensamento, o direito é um meio para qual o fim é existir em sociedade, mas, caso não se mostrar capaz de lidar com situações limítrofes, deve-se empregar a força e fará o que for preciso para resguardar o Estado e a própria vida social. Como exemplo, a guerra contra um inimigo externo e a repressão de uma desordem interna não seriam uma exceção, mas caso normal em que o Estado usa da força para atingir sua natureza finalística.

Schmitt entende, portanto, que a ditadura é justificável, pois tem o papel de realizar o direito, mesmo que o ignorando. Nesse paradoxo, é possível encontrar aquilo que incorpora a ditadura ao sistema normativo: seu fim real não representa uma ruptura com o sistema jurídico. A autoridade suprema surge, nesse caso, como aquela em condições de suspender o direito e assim instaurar a ditadura, permitindo assim uma exceção concreta.

Na sua obra *Teologia Política* Schmitt aponta que o estado de exceção seria o grande problema da filosofia contemporânea, constituindo tarefa essencial dos juristas alemães realizarem sua incorporação ao sistema normativo¹⁵. Desse modo, de acordo com o filósofo italiano Agambem, esse é um momento de importante ruptura no século XX, em que a exceção se torna prática de governo. Nas suas palavras: "*Um dos caracteres essenciais do estado de exceção, - a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário-, mostra sua tendência a transformar-se em uma prática durável de governo*" (AGAMBEN, G., 2004, p. 47 *apud* BIGNOTTO, N., 2008). Em seguida, ainda na mesma obra, nos deparamos com a polêmica frase, que muito lembra os ensinamentos de Maquiavel em *O Príncipe*: "*Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção*". Tal soberania seria concebida a partir de um viés teológico, ou seja, com o soberano teria atributos similares aos de Deus. Sendo assim, faz uma clara analogia ao milagre bíblico, sendo o

¹⁵ BIGNOTTO, N. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. **Kriterion – Revista de Filosofia**. Belo Horizonte, vol. 49, n.º.118, dez. 2008. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200007>. Acesso em 21 nov. 2017.

papel do Estado como criador de ordem assim como a função de um ente superior que dá origem ao mundo. Tais ideias teológicas também se manifestam afirmando que a soberania é necessariamente criadora da ordem política, e é bastante comum o esvaziamento do sentido político do Estado ao não estabelecer um espaço de decisão autônomo. Ao desenvolver a noção de estado de exceção, o autor alemão também tem a preocupação em desenvolver sua utilidade. Para ele, o estado de exceção se caracterizaria como tudo aquilo que não é normal aos sistemas jurídicos, sendo estes incapazes de dar sentido àquilo que é novo. Desse modo, por estado de exceção não bastariam meros institutos jurídicos dentro da norma preexistente, como a decretação de estado de sítio ou estado de emergência constitucionalmente previstos, mas sim atribuindo a esse conceito sentido ontológico, não advindo, portanto, da norma abstrata.

Quando defende a decisão provinda de uma excepcionalidade além do sistema normativo, Schmitt necessariamente se opõe às ideias liberais modernas que limitariam a atuação do Estado pela norma jurídica válida. Seu argumento é de que nenhuma lei pode conferir validade por si própria, sendo insustentável diante de situações limítrofes. Para que isso fosse possível, deveria existir um sistema de valores incontroversos entre as pessoas, o que, para ele, seria impossível (o que muito lembra a justificativa do uso da força em Maquiavel).

Outra importante contraposição que o filósofo alemão faz em relação ao modelo liberal é em relação à fonte do direito, que, para Schmitt, reside na autoridade e na soberania da decisão final, estando associado ao comando, o que vai de encontro ao indivíduo absoluto do mundo liberal burguês, pois o soberano seria o único que poderia se impor num estado de exceção e instaurar um quadro de normalidade.

Mais adiante no desenvolver de sua filosofia, Carl Schmitt realiza outra importante obra que ia ao encontro com as concepções autoritárias de sua época, qual seja *O Conceito do Político*. É nesse momento em que realiza a associação entre decisão sobre estado de exceção e decisão sobre o inimigo, tornando possível uma ordem eficaz. É nesse momento, também, que se define em seu pensamento a noção adversarial, tanto trabalhada em suas obras.

Para explorar o conceito de inimigo, Carl Schmitt faz a distinção “amigo-inimigo”, o que, para ele, implicaria na possibilidade concreta de guerra. Mais especificamente, a categoria “inimigo” tem uma implicação coletiva, pois não deriva de qualidades a ele intrínsecas (econômicas, polí-

ticas, morais, etc.), mas sim de uma ameaça a uma existência, e que deve ser combatida¹⁶. Está aí mais uma contraposição com o liberalismo, já que este pressupõe a construção de uma identidade do adversário, um reconhecimento do outro, o que, para o filósofo alemão, seria a morte da política.

Após a derrota da Alemanha na I Guerra Mundial, Schmitt se torna importante figura no cenário político e jurídico, colaborando ativamente com a defesa do presidencialismo vigente. Nesse momento, elabora duras crises ao modelo parlamentarista, cujos supostos ideais teriam desaparecido em toda a Europa. O parlamentarismo, de acordo com Schmitt, tem como princípios essenciais a discussão pública e a publicidade (SCHMITT, 1995, p. 5 *apud* ALVES, A. D; DE OLIVEIRA, M. A. C., 2012, p. 244). No entanto, não seria mais possível um diálogo racional entre as ideias discordantes e uma possibilidade real de convencimento na medida em que os partidos políticos representam certos setores da sociedade, e aqueles em maioria coagem os adversários o tempo todo a agir conforme seus interesses. Nesse sentido, não haveria mais discussões, mas verdadeiras negociações, sendo a discussão mero cálculo recíproco do agrupamento das forças.

A publicidade pressuposta pelo parlamentarismo, para Schmitt, também não mais existia, sendo as decisões políticas tomadas em ambientes confidenciais dos partidos, sendo combinadas por seus chefes e superiores. Não haveria qualquer representatividade, portanto, em tal sistema, uma vez que o mesmo não serve aos interesses do povo, mas sim de uma fração da sociedade. Nesse sentido, suas ideias acerca de um presidente soberano que possa deter todo o papel de reger a salubridade do Estado tomam forma na medida em que o cenário político da Alemanha se conturba.

Com a ascensão do nazismo como sistema político dominante, Schmitt aos poucos se integra como importante pensador do regime autoritário (inicialmente era contrário ao regime). Não se pode afirmar que sua obra foi central no que diz respeito aos horrores provocados pela filosofia dominante, mas não há como separar sua trajetória daquele momento histórico. Em outras palavras, as ideias de Carl Schmitt foram condizentes com as de sua época (banalização do mal?), deixando rastros que nos servem de importante análise para compreender uma ordem inteiramente autoritária.

Sobretudo, seu pensamento ajuda a compreensão das noções de um estado de exceção e na ideia de inimigo público, sendo ele interno ou externo. Tais ideias justificam o que mais tarde, junto com as noções desenvolvidas por Manzini, foram incorporadas ao direito processual penal brasileiro, e que até hoje prevalecem como a filosofia que guia as decisões judiciais centradas numa repressão e desconfiança nos indivíduos.

¹⁶ SCHMITT, C. **O conceito do político/Teoria do Partisan**. São Paulo: Del Rey Editora. 2009. p. 27.

3. A substância da ordem pública no sistema normativo brasileiro

“De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.¹⁷”

É através do conjunto de ideias exposto acima que Francisco Campos, ministro do Estado Novo de Getúlio Vargas, justifica a criação do Código de Processo Penal de 1941. Suas contribuições não se limitaram apenas a essa matéria; redigiu também o Código Penal de 1942 e a Constituição de novembro de 1937, sendo o jurista mineiro importante figura no cenário político brasileiro marcado pela concentração do poder em torno da figura de um soberano.

Seguindo a tradição antiliberal preconizada por Carl Schmitt, Francisco Campos propunha uma recomposição jurídica e estrutural do Estado, que àquela época se organizava em torno de um sistema oligárquico de poder difuso. As reformas pretendidas pelo jurista encontraram uma justificativa bastante conveniente: a ameaça do comunismo materializada pelo levante de 1935 e a enorme instabilidade política que permeava um mundo às vésperas da Segunda Guerra Mundial.

O modelo apresentado por Campos tratou de incorporar ao Estado brasileiro toda a substância da razão de estado, que fez parte da formação dos estados territoriais e mais tarde da unidade política pretendida pelos estados fascistas. Em síntese, sua teorização incorporou ao sistema jurídico brasileiro pela primeira vez o que se chama nos dias atuais de “ordem pública”, que contém em sua essência a vontade de um soberano que ordena aos seus súditos.

¹⁷ BRASIL. **Códigos 3 em 1 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 341.

Conforme os estudos dos discursos do jurista mineiro indicam, haveria uma discrepância entre a essência de uma democracia e a ideia de unidade nacional pretendida. Mais especificamente, existiria uma tensão entre ambas as maneiras de organização que foram por ele trabalhadas durante a sua carreira. Se por um lado a democracia estabelecida continha em si um espírito regionalista, separatista e individualista, supostamente guiados por um ideal de igualdade e liberdade, Campos defendia a necessidade de conservar e concentrar a autoridade de modo a buscar por um espírito nacional que trouxesse harmonia; para ele, esse seria o verdadeiro espírito democrático¹⁸.

Seguindo essa linha de raciocínio, Campos faz distinção entre os modelos de democracia que estariam ligados a formação da República brasileira. Afirmava que a transição do Império para a República gerou um enfraquecimento da unidade nacional em virtude da recepção da doutrina democrática norte-americana de Thomas Jefferson, que se baseava na ideia de total liberdade das colônias recém-libertas da metrópole inglesa. Restaria, para o jurista, estancar o desenvolvimento de tal concepção de irresponsabilidade nacional.

Para lidar com a problemática existente em torno das concepções de democracia estabelecidas no contexto brasileiro, Francisco Campos propõe a solução em torno do “governo dos legistas”, em que haveria um constante esforço em construir o texto legal dos textos legislativos de acordo com as variações e transformações do organismo político visando corrigir vícios e excessos do temperamento democrático.

Tal posicionamento explica o alinhamento do jurista à política presente na Primeira República, onde duras experiências foram promovidas nos governos militares. As alterações no controle ou na dinâmica do poder deveriam se legitimar, de uma maneira ou outra, pela Constituição, do mesmo modo que a interpretação constitucional se orientaria por uma “inspiração nacional”, oposta aos “conflitos democráticos”.

Para Campos, também faltaria à República brasileira um cimento social capaz de provocar a unidade nacional em virtude da existência de um presidencialismo fraco, que estaria condenado à dissolução por apostar em um idealismo constitucional. De acordo com o pensador:

“A autoridade constitucional do poder central, insuficiente e mal delimitada, está sujeita a exercer-se violentamente contra os princípios legais da autonomia. De sorte que a nação, para defender as suas prerrogativas, começa a abandonar a constituição escrita, praticando infidelidades contra a letra e o espírito dos seus textos. E é o que acontece:

¹⁸ DOS SANTOS, R. D. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. **Revista Dados**, vol. 50, nº2, pp. 281-323, 2006.

num país em transformação acelerada, formando o seu caráter, e uma constituição morta, que nasceu inadaptável às condições orgânicas da nação (CAMPOS, F. 1940b [1914] p. 9 *apud* DOS SANTOS, R. D., 2006).”

Desse modo, estava compreendido que uma Constituição aos parâmetros liberais seria incapaz de lidar de maneira segura com situações de exceção, estando à mercê da constante violação pela prática parlamentar, sendo, para o jurista, uma receita para o desastre. Campos, alinhado com pensadores como Euclides da Cunha e Alberto Torres, defendia uma sociabilidade capaz de dar atenção aos problemas concretos de um país nascente, agregando a opinião pública em torno de um verdadeiro programa nacional.

A solução proposta para Campos para vencer o idealismo constitucional existente na República brasileira se debruçou sobre a criação de um processo de construção de uma opinião pública nacionalista. Seguindo a mesma linha, o papel político dos juristas de conformação hermenêutica constitucional seria completado por uma unidade e estado emocional de mobilização, capaz de gerar uma verdadeira experiência nacional. Para o jurista, as soluções se dariam através de quatro âmbitos:

“(...) a educação coletiva do povo pelas experiências nacionais; a mobilização das instituições pela força espontânea das massas populares; a compreensão e o exercício de um desígnio coletivo, que arraste a nação a experiências proveitosas, com que possa corrigir ou orientar a sua opinião; a liberdade dos órgãos operatórios da soberania nacional pela libertação e pela educação do voto”¹⁹.

Sendo assim, o espírito nacional deveria ser criado com a devida mobilização das massas. Sua preocupação republicana seria a de recuperar a unidade e a autoridade do Estado visando combater facções partidárias e a desagregações promovidas pelo federalismo. Nas suas palavras, “o futuro da democracia depende do futuro da autoridade (CAMPOS, F. 1940b [1914] p. 12 *apud* DOS SANTOS, R. D., 2006)”, sendo o núcleo do seu conceito de democracia a construção da unidade nacional. De igual modo, a população se tornaria sensível à autoridade política, vinculando-se posteriormente à obediência das leis.

Outro elemento a ser destacado na visão de Francisco Campos é a de que o modelo a ser incorporado a um país dominado pelo federalismo seria a da unificação comandada pelo alto. Tal comando só poderia funcionar através de uma elite jurídica capaz de interpretar a realidade nacional e transformá-la em instituições, o que conseqüentemente germinaria numa cultura política capaz de civilizar as massas. O direito, em tal concepção, não serviria para transformar a política, mas sim para garantir eficácia à ideia de integridade nacional.

¹⁹ Loc. cit.

Fica claro que o direito, no sistema proposto, teria uma função centralizadora em contraste com uma democracia individualista (que seria tida como localismo interesseiro). Campos, em todo o seu discurso, sustenta o sentido funcional e político do direito como estabilizador e desenvolvedor da ordem social, agregando a sociedade (bem como seus interesses econômicos) ao Estado. Tais seriam as concepções geradoras de um Estado enquanto verdadeiro organismo²⁰.

Do mesmo modo, o jurista mineiro tratou de expressar ao longo de sua obra o papel das virtudes da experiência de um líder, do estadista. Isso significa dizer que sua ideia de unidade nacional dependia necessariamente da construção de uma autoridade nacional que guie a população em torno do projeto a ser desenvolvido. Essa autoridade teria sido herdada, para Campos, do Império, sendo necessária para combater os excessos da democracia. Sendo assim, a República pede para a sua construção o resgate do passado para que não se torne despotismo ou anarquia.

O conjunto dessas ideias, conforme explicitado anteriormente, termina por conceber a razão de estado, sendo incorporada à realidade através das reformas legislativas trazidas por Francisco Campos. Tratando-se especialmente do Código de Processo Penal, a ordem pública presente no texto da legislação, nos moldes do que já foi estudado, carrega o espírito do pensamento de um Estado orgânico e unitário, em que um soberano é encarregado de guiar a nação e buscar o bem comum, qual seja o caminho para a modernidade.

Já no que diz respeito aos efeitos práticos do espírito normativo da ordem pública, no momento em que esta foi concebida tratou de justificar a perseguição varguista a indivíduos considerados nocivos a essa nova sociedade que se buscava. Foi um momento de bastante dureza a grupos específicos já historicamente perseguidos, bem como de alinhamento ideológico aos estados fascistas, que foram responsáveis por enormes atentados à humanidade enquanto existiram.

Não como surpresa, Francisco Campos também foi responsável por redigir o Ato Institucional que deu origem ao período ditatorial de 1964: o AI-1. Tal momento histórico, responsável por enormes atrocidades na sociedade brasileira, seguiu a mesma orientação política concebida anteriormente no Código de Processo Penal e manteve o mesmo espírito normativo da ordem pública.

²⁰ Loc. cit.

CAPÍTULO 2 – ORDEM PÚBLICA E ORDENAMENTO JURÍDICO

Ficou compreendida a partir dos estudos do capítulo anterior a substância político-filosófica que resultou no que se conhece nos dias atuais como ordem pública. Sua gênese compreende a noção que guiou a formação dos primeiros Estados territoriais e permanece até os dias atuais de modo a nutrir uma chamada “razão de estado”, que existe sob os preceitos de um soberano. Conforme também foi abordado, o elemento “ordem pública” surge pela primeira vez conceitualmente no Brasil período de constituição do Estado Novo e da ideia de construção de uma nação soberana e unificada. Desse modo, foi inserida enquanto norma em um momento de endurecimento político e de uma profunda vigilância em relação a inimigos internos muito bem determinados.

A ordem pública surge, portanto, enquanto instituto autorizador da prisão preventiva, estando inserida no Código de Processo Penal criado no ano de 1941. Nos dias atuais, também se encontra vigente no artigo 144 da Constituição de 1988; porém, de primeiro plano é elemento correspondente ao direito processual penal. O que possibilitou a existência de um elemento com raízes históricas, filosóficas e políticas tão profundas em tal estamento do ordenamento jurídico? Para responder a essa questão, faz-se necessário percorrer a evolução histórica do ordenamento jurídico em que a ordem pública foi acrescentada e perceber como funciona de maneira técnica enquanto instituto autorizador da prisão preventiva.

1. Histórico da prisão preventiva

De acordo com as pesquisas realizadas, há de se afirmar que a história da figura da ordem pública é a história das prisões preventivas no direito processual penal brasileiro. Isso porque é a norma jurídica de tal modalidade cautelar de aprisionamento que carrega como substância a ordem pública enquanto uma de suas hipóteses autorizadoras de aplicação, conforme será explicado posteriormente.

1.1 Origens e evolução da prisão preventiva

A prisão preventiva tem como berço o momento da Antiguidade greco-romana. Para os gregos atenienses, sua aplicação se dava nos casos de peculato ou conspiração contra a pátria e a ordem pública vigente. Nos demais crimes, o acusado respondia em liberdade. Em relação à sociedade

romana, a prisão preventiva era aplicada apenas nos casos em que o delito previsse julgamento público e a confissão do acusado representava a única possibilidade de custódia até o julgamento.

No período medieval, a prisão preventiva ressurgiu mais uma vez no procedimento inquisitório, possuindo natureza instrumental, no sentido apenas de assegurar a punição definitiva. As Ordenações do Reino previam a medida nos delitos considerados graves, possuindo diversas restrições. Como fonte histórica da inserção das prisões preventivas no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se considerar que as Ordenações Filipinas foram as primeiras a vigorar de fato no período colonial, por volta de 1530, sendo sua aplicabilidade restrita apenas às localidades onde se desenvolviam as atividades de povoamento e urbanização. Sendo a independência no Brasil proclamada em 1822, a Constituição de 1824 previu, em seu art. 179, parágrafo 8º, a prisão preventiva nos casos declarados em lei. O Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832 inseriu a restrição de liberdade em caráter preventivo, sendo imposta sem a formação de culpa, aos crimes inafiançáveis e mediante ordem formal da autoridade competente²¹.

A Constituição da República de 1891, que teve como base o sistema normativo estadunidense, delegou aos Estados-membros competência para legislar sobre o direito processual penal, gerando uma pulverização de normas processuais-penais no país através dos chamados Códigos Estaduais. Essa mudança, apesar de acabar com os juizados de instrução, institucionalizou sistemas demasiadamente diversos, quebrando a possibilidade de instauração de um modelo republicano pretendido à época.

No momento da Constituição de 1937, no Estado Novo de Getúlio Vargas, a centralização do poder do regime de exceção reunificou as legislações até então existentes. Desse modo, no ano de 1941 foi criado o Código de Processo Penal vigente, sistematizando as normas penais e processuais penais previstas em leis dispersas, facilitando a administração da política autoritária estabelecida²².

1.2 Outras fontes normativas da prisão preventiva

Antes de analisar a inserção da prisão preventiva no Código de Processo Penal de 1941, também é necessário recorrer a duas outras fontes históricas de suma importância, sendo elas a le-

²¹ MACHADO, A. A. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 118.

²² *Ibid.* p. 120.

gislação portuguesa, da qual teve inspiração o Código de Processo Criminal do Império de 1832, e a italiana, que outrora encontrou inspiração no já revogado Código Rocco, de 1930. Para uma compreensão de ambos os modelos, deve-se recorrer ao que os textos normativos mencionados preveem nos dias atuais.

No caso da legislação portuguesa, a prisão preventiva está prevista na própria Constituição da República, em seu artigo 28, sendo validada pelo Código de Processo Penal português, que incumbe apenas ao juiz a sua decretação, que é sempre facultativa²³. As hipóteses de decretação dessa modalidade de privação de liberdade, segundo o artigo 202 do referido Código luso, são: a) “fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos”; b) “se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra qual estiver em curso o processo de extradição ou expulsão”.

É necessário mencionar que a prisão preventiva, no direito processual penal português, só poderia ser aplicada nos casos em que outras medidas coativas se mostrarem inadequadas ou insuficientes, sendo o seu caráter absolutamente excepcional²⁴. Desse modo, já é possível localizar parte do espírito normativo que precedeu a atual legislação brasileira.

Já o revogado Código Rocco italiano previa, em seu artigo 253, a prisão obrigatória nos casos previstos em lei, e a prisão preventiva era aplicada apenas com o requisito dos indícios suficientes sobre a culpabilidade do agente, abrindo margem para uma enorme arbitrariedade. Nos dias atuais, a lei italiana estabelece que a restrição da liberdade de forma preventiva somente será aplicada caso preenchidos os seguintes requisitos: “a) a demonstração de perigo real para a aquisição ou autenticidade das provas; b) perigo real de fuga do acusado; c) por circunstâncias da infração e da personalidade do réu, dentre outras possibilidades; d) crime organizado”²⁵. A Constituição da República da Itália também estabelece que a liberdade pessoal seja inviolável, admitindo sua restrição apenas nos casos excepcionais de necessidade e urgência, sendo a prisão preventiva decretada apenas por autoridade judicial competente nas hipóteses previstas em lei.

Com a demonstração dessas duas legislações, percebe-se um grande apanhado de preceitos e antecedentes legislativos da aplicabilidade e da própria existência da prisão preventiva da maneira

²³ Ibid. p. 121.

²⁴ Ibid. p. 122.

²⁵ Ibid. Tradução livre. p. 122.

como está descrita no sistema normativo brasileiro, sendo os seus objetivos bastante parecidos com aqueles abordados no Código de Processo Penal de 1941.

1.2 Evolução da prisão preventiva

Conforme salientado anteriormente, o Código de Processo Penal de 1941 teve como fonte o Código Rocco da Itália de 1931. Este texto normativo, por sua vez, surgiu em um contexto político-ideológico de cunho totalitarista da Europa no período entre-guerras. De acordo com Ferrajoli, a ascensão do fascismo causou uma crise no princípio da presunção de inocência no direito italiano, ao passo em que a prisão preventiva passou a ser fortemente aplicada sob a justificativa de medida de segurança processual, sendo necessária à defesa da sociedade e indispensável nos casos de delitos de grande repercussão (FERRAJOLI, L., 2005, p. 553 *apud* BARLETTA, J. R., 2014, p. 214)²⁶.

No momento de criação do Código Rocco italiano, o rol de possibilidades de decretação de prisão preventiva aumentou substancialmente e passou a ser aplicada de maneira obrigatória e automática, acabando com os prazos máximos anteriormente previstos de privação de liberdade antes da condenação, bem como passou a valorar as qualidades morais e sociais do acusado como tática de contenção e prevenção social de indivíduos considerados perigosos.

O Código de Processo Penal brasileiro de 1941 seguiu a mesma lógica da então lei italiana e deu espaço à prisão preventiva no curso do processo e privilegiou os mesmos critérios de sua decretação, ou seja, baseada no grau de periculosidade do acusado, sendo o seu encarceramento obrigatório na persecução penal. Além do mais, caso o imputado houvesse sido preso em flagrante, não havia qualquer medida de restrição de liberdade, bem como os critérios de liberdade provisória, com ou sem fiança, eram bastante rigorosos. Sobre o tema, explica Junya Barletta:

“Assim, havendo prisão em flagrante, a custódia era, em regra, automática, exceto se a infração fosse sancionada com multa ou pena privativa de liberdade máxima não superior a três meses, quando o detido era liberado após a lavratura do auto de prisão (artigos 309 e 321). Em caso de infração com previsão legal de pena privativa de liberdade superior a três meses, a liberdade provisória poderia ser concedida mediante pagamento de fiança, exceto nas hipóteses dos artigos 323 e 324 do Código²⁷.”

²⁶ BARLETTA, J. R. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos**. 2014. 441 f. Tese (Doutorado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 214.

²⁷ *Ibid.* p. 216.

Além da privação de liberdade no momento da prisão em flagrante, o Código de Processo Penal de 1941 previa modalidades de prisão obrigatórias, dispensando o juiz de fundamentar a decisão de encarceramento. A prisão preventiva, que poderia ser requerida pelo Ministério Público, querelante ou mediante representação da autoridade policial, era automática para os crimes com a pena máxima igual ou superior a dez anos de reclusão, sendo necessários apenas os indícios suficientes de autoria e materialidade do crime para que fosse decretada.

A título de exemplo de modalidade de prisão obrigatória inserida pelo novo Código é possível mencionar o artigo 408, §§ 1º e 2º, que previa que a decisão de pronúncia, em crimes dolosos contra a vida, implicava necessariamente na prisão do acusado. Outra modalidade de obrigatoriedade de prisão se encontrava no artigo 393, I, que previa a privação de liberdade no momento da sentença condenatória recorrível, sendo o crime afiançável ou não. Além do mais, considerava-se deserta a apelação caso o réu condenado se evadisse depois de haver interposto o recurso, conforme o que estabelecia o artigo 595.

Além das modalidades obrigatórias de prisão preventiva, o Código de Processo Penal de 1941 trouxe a inovação de uma espécie facultativa de acautelamento provisório, que de acordo com o artigo 313 precedia de fundamentação do aplicador da lei dentro das exigências formais da garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou de aplicação da lei penal.

Desse modo, foi introduzida ao sistema processual penal brasileiro a noção de garantia da ordem pública, que é utilizada até os dias atuais como uma completa deturpação do caráter cautelar da prisão preventiva. Além disso, simbolicamente representou forte método de contenção social e política, bem como daqueles indivíduos à margem do escopo social e que não eram de forma alguma desejados. Nas palavras de Junya Barletta:

“Tais indivíduos, despojados da triste função que lhes cabia no regime escravocrata anterior, situavam-se no limbo: não mais escravos, mas igualmente sem cidadania, sem lugar no sistema socioeconômico e imediatamente capturados pelo sistema penal excludente. Destaque-se que a Lei de Contravenções Penais, contemporânea ao Código de Processo Penal, é responsável pela criminalização da vadiagem (artigo 59, Decreto-lei nº 3.688/1941), e pela presunção de periculosidade do condenado por tal conduta (artigo 14, do mesmo diploma)”²⁸.

Todas essas “inovações” trazidas pelo Código de Processo Penal de 1941, além de se adequarem muito bem ao modelo fascista do Estado Novo, também foram bastante utilizadas pelo regime militar instaurado após o golpe de 1964. A estrutura essencialmente autoritária do conjunto

²⁸ Ibid. p. 218.

normativo foi fundamental para justificar a aplicação de medidas altamente repressivas. Pode-se afirmar que o aparato legal facilitou em muito a perseguição violenta efetuada àqueles contrários aos governos impostos à população durante duas décadas.

O caráter inquisitorial da prisão preventiva resultou, portanto, na inserção de um verdadeiro princípio de não culpabilidade, que foi o símbolo da repressão social existente nas bases do Estado brasileiro. Mesmo com o fim do duro regime militar e com o advento da Constituição de 1988 não foi abandonada a herança autoritária que reside no Código de Processo Penal. Cabe, portanto, análise das mudanças legislativas no sistema processual penal brasileiro até o período atual para a compreensão dos paradigmas da aplicação da prisão preventiva nos dias de hoje.

2. Paradigma atual da prisão preventiva no sistema processual penal brasileiro

O advento da Constituição de 1988 trouxe ao seu escopo principiológico os valores adquiridos no novo sistema político democrático e os direitos humanos internacionais. Ainda que haja valores culturais historicamente enraizados, há uma preocupação em agregar mudanças paradigmáticas na aplicação das leis. Desse modo, a então presunção de culpabilidade é substituída por um novo princípio, qual seja o da presunção de inocência, disposto no art. 5º, LVII da Carta Magna e pressupõe mudanças no sentido da aplicação da prisão preventiva.

A inserção do princípio da presunção de inocência no novo texto constitucional significou uma mudança de paradigmas que visam a preocupação com um modelo garantista de aplicação da lei penal. Em outras palavras, a presunção de inocência é também um novo paradigma político do modelo constituinte que tem como cerne preservar valores democráticos, a dignidade da pessoa humana e a liberdade do acusado.

Em linhas gerais, o novo princípio consagrado na Constituição de 1988 impôs não apenas uma diretriz de aplicação da lei, mas regra de tratamento quanto ao acusado. Isso significa dizer que a culpabilidade somente poderá ser alcançada com a conclusão processual que impõe sentença condenatória. De acordo com Junya Barletta:

“Desta forma, o termo técnico "presunção de inocência" deve ser encarado como uma metáfora, significando apenas que o resultado do processo encontra-se aberto até que a sentença - condenatória ou absolutória - seja proferida. Neste sentido, a presunção de inocência teria como única finalidade proteger o processo, garantindo, no seu desenrolar, a incerteza de seu resultado, do contrário, a atividade processual dialética se con-

verteria num mero ritual ou protocolo sem sentido, através do qual apenas se retardaria a confirmação da hipótese acusatória, já tomada de antemão²⁹.”

Por outro lado, no entanto, é necessário pontuar que apesar do reconhecimento do princípio da presunção de inocência, o legislador brasileiro buscou inspiração no modelo processual penal italiano, com viés ideológico fascista, buscando reduzir a abrangência do postulado. No atual texto constitucional não há menção clara ao termo “presunção de inocência”. Há, assim, margem para interpretação de que está consagrado, na realidade, o princípio da “não-culpabilidade”.

Claramente é possível afirmar que tal interpretação visa tornar cômoda a aplicação da prisão processual sem o tratamento de inocência ao acusado. Essa compatibilização da prisão processual com o modelo constitucional cria o entendimento de que a privação de liberdade é admitida, mas em caráter excepcional, de forma cautelar e como maneira de preservar o processo penal.

Pouco a pouco, portanto, o princípio da presunção de inocência foi sendo acomodado ao modelo previsto no Código de Processo Penal em vigência, que até então previa um modelo aberto de privação de liberdade. No novo momento, o artigo 312 do Código necessitou reconstruir seus significados a partir dos pressupostos da Constituição de 1988. Cabe ressaltar algumas características importantes da atual aplicação do citado ditame legal.

Pois bem, conforme salientado, no atual Código de Processo Penal, a presunção de inocência possui natureza cautelar. Isso quer dizer que se trata de uma medida de caráter assecuratório do processo principal. Além disso, possui quatro características principais, sendo a primeira a provisoriedade, pois depende da perduração da motivação que ensejou sua decretação. A segunda é a preventividade, que diz respeito a prevenção de dano irreparável. A terceira é a instrumentalidade hipotética, que é a possibilidade da tutela cautelar incidir mesmo que o beneficiário do direito não tenha o direito reconhecido ao final do processo. Por fim, é acessória, já que, conforme anteriormente afirmado, segue o processo principal.

Em razão do seu caráter privativo de liberdade, a prisão preventiva é medida que só deve ocorrer em casos de extrema necessidade. De acordo com Flávio Mirza, cabe “quando houver elementos concretos que indiquem a prática de um crime e quando a manutenção do indivíduo em liber-

²⁹ Ibid. p. 225.

dade representar risco ao processo”.³⁰ Será, portanto, ilegal, quando não for aplicada de acordo com esses moldes.

Além das características mencionadas, a doutrina e os aplicadores da lei processual penal chegaram ao entendimento de que a decretação da prisão preventiva deve possuir, como pressuposto de aplicação, o *fumus comissi delicti*, que pressupõe a prova de materialidade do delito e indícios suficientes de autoria.

Outro importante requisito consolidado para a decretação da prisão preventiva consiste nos elementos que justifiquem a extrema necessidade da prisão como cautela, demonstrando que a liberdade do acusado implica necessariamente em perigo processual, sendo chamada a condição de *periculum libertatis*. De acordo com Junya Barletta:

“Assim, a prisão preventiva decretada em razão da "conveniência da instrução criminal" (em caso de perigo de destruição de elementos de prova e constrangimento de vítimas e testemunhas) e "para assegurar a aplicação da lei penal" (em caso de perigo de fuga), configurava-se legitimamente como medida cautelar, pois destinava-se a assegurar a atividade jurisdicional e a eficácia da futura sentença.”³¹

Desse modo, as características mencionadas se consolidaram como essenciais na aplicação da lei processual penal.

Também é de suma importância abordar a reforma que o Código de Processo Penal passou no ano de 2008 através das leis 11.689/2008 e 11.719/2008. Ambas foram resultado de intensa discussão do que foi a denominada chamada Comissão Grinover³², que buscou realizar mudanças parciais no escopo normativo da matéria processual penal, em especial quanto às medidas cautelares.

A primeira importante alteração se deu no artigo 413, §3º do Código de Processo Penal, que, em matéria de medida cautelar pessoal, tornou obrigatório que o juiz, ao pronunciar o acusado, realize decisão motivada sobre a manutenção, revogação ou substituição da prisão ou qualquer outra medida cautelar anteriormente imposta, ou no caso do réu estar em liberdade, decidir sobre a necessidade de decretação da prisão preventiva ou imposição de outras medidas previstas em lei.

³⁰ MIRZA, Flávio. Novos paradigmas da prisão preventiva: um claro retrocesso. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 115-134, ago 2016.

³¹ BARLETTA, J. R. Op. cit. p. 228.

³² Ibid. p. 253.

Outra mudança que a reforma realizou foi no artigo 397 do Código de Processo Penal, passando a exigir que o juiz decida de maneira fundamentada sobre a manutenção ou decretação de prisão preventiva ou outra medida cautelar no momento da decretação de sentença condenatória recorrível, revogando o artigo 594 do mesmo código, que impunha a necessidade de prisão para realizar apelação.

Percebe-se, portanto, que as reformas realizadas representaram importante passo na lei processual penal ao abolir o entendimento da necessidade da prisão do acusado no momento da pronúncia e da sentença condenatória recorrível, o que certamente foi uma adequação do Código de Processo Penal ao princípio da presunção de inocência.

Apesar de tais reformas realizadas ao longo do tempo, é necessário retomar ao que foi explicitado anteriormente e pontuar que o viés ideológico originário do atual Código de Processo Penal não perdeu sua eficácia, de modo que aparatos jurídicos repressivos ainda permaneceram na ordem do dia no que concerne a aplicação das leis.

Nesse sentido, chama a atenção, no desenvolvimento deste trabalho, o fundamento da garantia da “ordem pública” para a decretação da prisão preventiva, introduzida na concepção do conjunto de leis no período ditatorial do Estado Novo e ainda mantida nos dias atuais. Desse modo, passar-se-á a um breve paradigma de sua aplicação no tempo presente para posterior aprofundamento de tal figura jurídica.

2.1 A figura da ordem pública e sua aplicação na atualidade

Conforme explicitado no ponto anterior, o fundamento da garantia de uma suposta “ordem pública” permaneceu no conjunto de leis do Código de Processo Penal de 1941 para a aplicação da prisão preventiva. Atualmente, tal figura jurídica está materializada no artigo em seu artigo 312, que possui a seguinte redação: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

A partir do momento da concepção da Constituição de 1988, tal fundamento passou a ser objeto de intensa discussão tendo em vista o princípio da presunção de inocência e do caráter estritamente cautelar da prisão preventiva. De acordo com a doutrina garantista, a ordem pública é fruto

de um modelo de Estado que visava fornecer uma resposta imediata para a sociedade após cometimento de um delito, ou assegurar com que os mesmos não fossem cometidos, de modo que estaria presumida o grau de periculosidade do imputado.

Não obstante, o conjunto normativo com fulcro no princípio da culpabilidade, bem como sua introdução à cultura de aplicação das leis resultaram em uma enorme resistência de adequação do Código de Processo Penal de 1941 ao modelo constitucional. Por mais que a doutrina tenha seguido o caminho de constitucionalizar a lei processual penal, a jurisprudência não caminhou no mesmo ritmo, ainda possuindo forte inclinação ao modelo autoritário anterior.

O que terminou por ocorrer em termos práticos foi a decretação da prisão preventiva de maneira desmedida com a fundamentação na maior parte das vezes na garantia da ordem pública, que acabou se consolidando como uma cláusula aberta para prender. Notadamente, tal fundamentação continuou a possuir seu original caráter de defesa social, sendo aplicada através de diversos critérios como o grau de periculosidade do imputado, a gravidade do delito, o clamor público, a insegurança social, a necessidade de se preservar a credibilidade das instituições ou até mesmo como forma de garantir a incolumidade física do acusado.

É necessário pontuar que o Supremo Tribunal Federal, a partir dos anos 90 e 2000, passou a não mais aceitar a gravidade do delito como critério idôneo para justificar a prisão preventiva, também afastando o clamor público para a sua decretação. Também passou a rejeitar as decisões sem fundamentação idônea e exigir dos juízes a justificação da privação de liberdade provisória através de fatos concretos, não apenas com base em mera citação do texto legal.³³ No entanto, apesar dos avanços jurisprudenciais mencionados, a atuação dos juízes permaneceu utilizando o fundamento da garantia da “ordem pública” para decretar prisões preventivas fundadas nos critérios mencionados.

Além do mais, passou-se a exigir a vinculação do imputado ao foro da culpa, ou de possuir residência fixa, pois, de acordo com o pensamento dominante entre os aplicadores da lei, em caso contrário, estaria presente o risco de evasão. Algo que também passou a dominar a prática processual foi a ordem de apresentação de documentos comprobatórios de emprego estável pelo acusado, sob pena de ter a prisão preventiva decretada pela ociosidade. Mesmo que houvesse a revogação da exigência ao Código de Processo Penal, a exigência ainda faz parte da avaliação da necessidade de acautelamento provisória por parte dos juízes.

³³ Ibid. p. 230.

Com efeito, é possível afirmar que o princípio da presunção de inocência não representou a mudança efetiva no que diz respeito ao momento da aplicação das prisões preventivas. Tal princípio constitucional não configurou efetiva quebra da cultura e mentalidade dos operadores da lei processual penal. Conforme explica Junya Barletta: “formou-se uma abissal distância entre a teoria que sustenta a prisão como cautela e a prática massiva de encarceramentos decretados sem fundamentação idônea³⁴”.

Pode-se dizer, portanto, que o paradigma anterior, qual seja o modelo do pensamento que regeu o Código de Processo Penal de 1941, não foi rompido. O que passou a ocorrer foi que o princípio da presunção de inocência passou a cumprir mera função político-retórica³⁵ de manter uma aparência de que as garantias constitucionais são cumpridas no momento da aplicação da lei penal, sendo verdadeiro instrumento para encobrir a realidade que assola o sistema carcerário brasileiro, na qual a maioria dos acusados não possui dos meios e recursos materiais necessários à uma defesa efetiva em juízo, não recebendo sequer tratamento igualitário ou sendo considerados inocentes.

Conclui-se que o advento da Constituição de 1988, após o período ditatorial, não foi capaz de abolir a cultura autoritária, elitista, excludente e de raiz escravocrata que permeia o sistema judiciário brasileiro. A figura da “ordem pública” no ordenamento processual penal como fundamento para a decretação da prisão preventiva é a materialização de uma evidente contradição de um Brasil que, por um lado, carrega o emblema de um Estado Democrático de Direito, com a previsão de direitos e garantias de ordem individual em matéria penal, e de outro lado um Estado policial, que se legitima a cada instante pelo discurso da eficácia e segurança da mesma lei penal (TAVARES, J., 2004, p. 59 *apud* BARLETTA, J. R., 2014, p. 231).

³⁴ Ibid. p. 231.

³⁵ Loc. cit.

CAPÍTULO 3 – SOCIEDADE BRASILEIRA E ORDEM PÚBLICA

No próximo ano, serão celebrados os 30 anos de existência da Constituição de 1988. Apelada por nomes como “Constituição Cidadã” ou “Constituição Democrática”, o texto certamente marca um período de transição de um longo período de uma ditadura militar para a construção, através de um pacto entre setores específicos da população, de uma democracia efetivamente representativa, sobretudo alinhada à tendência mundial de adotar os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Também buscando reduzir mazelas sociais de enorme profundidade no contexto brasileiro, as duas últimas décadas foram marcadas por um período de consolidação de políticas de redistribuição de renda, como a extensiva valorização do salário mínimo e da inserção do programa Bolsa Família. De fato, é inegável a redução da pobreza e de benefícios aos estratos sociais mais frágeis da população brasileira, sendo esta ainda beneficiada por programas de ampliação ao ensino superior e de acesso a serviços básicos como saúde, água e alimentação.

Contudo, ao mesmo tempo em que o marco histórico dos 30 anos da Constituição de 1988 se aproxima e estejam nítidos os progressos desse novo momento da história brasileira, o país permanece sendo um dos mais desiguais do mundo, onde mais de 16 milhões de pessoas vivem abaixo da linha da pobreza³⁶. O cenário brasileiro parece ser bastante parecido com a tendência global de aumento da desigualdade, em que o patrimônio de 1% dos oito homens mais ricos do mundo equivalentes à riqueza dos demais 99% da humanidade³⁷.

Dentro de todo o cenário apresentado, é importante ressaltar a ausência efetiva da participação e representação da sociedade na gestão do poder político: as eleições de 2014 elegeram uma quantidade alarmante de representantes dos setores mais ricos da população em detrimento de uma parcela ínfima dos mais pobres, além das demais disparidades sociais confirmadas pela ausência de

³⁶ Sobre o tema, foi publicado relatório do Oxfam acerca da desigualdade de renda no Brasil. Estima-se que entre os anos de 2001 e 2015 os 10% mais ricos da população se apoderaram de 61% do crescimento econômico, enquanto a parcela dos 50% mais pobres alcançou apenas 18%, estando a concentração de renda estável, no patamar de 22% a 25%. Cf. A DISTÂNCIA QUE NOS UNE. **Relatório Oxfam**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/a-distancia-que-nos-une>>.

³⁷ Seguindo a mesma linha, há documento da Oxfam analisando as situações de desigualdade em nível mundial. Cf. UMA ECONOMIA PARA OS 99%. **Relatório Oxfam**. São Paulo, 2017. Disponível em: <www.oxfam.org.br/uma-economia-para-os-99>.

representatividade racial e de gênero nos mandatos parlamentares³⁸, o que torna questionável a construção de uma nova perspectiva para os rumos da história brasileira desde o ano de 1988.

Da mesma forma, o projeto de democracia no Brasil parece ser novamente interrompido por uma onda de retrocessos do último biênio. Fatos como o impeachment da presidenta eleita Dilma Rousseff, a aprovação do pacote constitucional de teto de gastos na área da saúde e da educação (Emenda Constitucional nº 95), a redução de direitos trabalhistas com a recém-aprovada Lei 13.467 de julho do ano atual (Reforma Trabalhista) vêm sendo incorporados ao ordenamento jurídico de maneira autoritária sem qualquer discussão com a sociedade, mostrando que, na realidade, os três Poderes vêm representando entes ocultos dos olhos da população.

Paralelamente ao período de implementação da Constituição de 1988, a situação da segurança pública no Brasil apresenta um assombroso e crescente número de detentos no período dessas quase três décadas e revela mais uma desconfortável contradição do processo de redemocratização pretendido quando analisado com cuidado a quais classes sociais esse aprisionamento é direcionado. Soma-se à realidade do sistema punitivo brasileiro a ampliação vertiginosa do direito penal enquanto método de controle social através da criação de leis que visam ampliar a criminalização em massa. Desde a Lei de Crimes Hediondos³⁹ até a recém-aprovada Lei Antiterrorismo⁴⁰ e projetos como a redução da maioria penal⁴¹ a hegemonia de controle sobre os corpos humanos é cada vez mais fortalecida – e os investimentos para aprimorar o aparato de segurança pública crescem em igual proporção. É importante ressaltar que toda a ampliação do poder punitivo do Estado também acompanha a trajetória do modelo econômico constituído, não como surpresa, ao mesmo momento em que a Constituição de 1988 foi concebida – o neoliberalismo. A Lei da Copa⁴² é um claro exem-

³⁸ Sobre o tema, cf. DE OLIVEIRA, A. N. C. Desigualdades da política no Brasil: Representação descritiva na eleição de 2014 para a Câmara dos Deputados. 2015. **Mediações – Revista de Ciências Sociais**. UEL. p. 235-261. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/>.

³⁹ BRASIL. Lei N. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, XLII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, 26 jul. 1990, p. 14.303.

⁴⁰ BRASIL. Lei N. 13.260, de 16 de março de 2016. Disciplina o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, 13 mar. 2016, edição extra, p. 1.

⁴¹ BRASIL. Projeto de Emenda Constitucional N. 33, de 2016 (do Senado Federal). Altera as disposições acerca da inimputabilidade para os menores de 18 anos, reduzindo-a para os menores de 16 anos. **Diário do Senado Federal**, Brasília, vol. II, pp. 31.394-31.399.

⁴² BRASIL. Lei N 12.663, de 5 de junho de 2010. Dispõe sobre medidas relativas à Copa do Mundo FIFA 2014, prevendo quatro novos tipos penais no período do evento. **Diário Oficial [Da República Federativa do Brasil]**, Brasília, 6 jun. 2012, p. 3.

plo de um novo tipo penal criado especificamente para atender aos interesses de um evento estritamente ligado aos oligopólios econômicos mundiais.

Neste diapasão, a figura jurídica da ordem pública, cuja substância é definida pela figura repressiva da razão de estado, adapta-se muito bem ao modelo penal em constante ampliação. Seu papel repressivo não está descolado da realidade que se apresenta diante da maioria dos brasileiros, cuja existência é mediada sem a possibilidade de participação e cujas escolhas se limitam a se inserir no mercado de trabalho cada vez mais precarizado ou recorrer à criminalidade como meio de sobrevivência. Nesse sentido, a ordem pública se apresenta como o bastião regulador da vida humana em uma sociedade de raízes escravocratas, patrimonialistas e excludentes. A sociedade brasileira se revela, portanto, como a estrada onde a ordem pública e sua substância encontram moradia e transitam desde tempos remotos em que era preciso justificar o injustificável uso da escravidão para sustentar um modelo econômico de acumulação de riqueza para poucos. Isso revela uma realidade ainda mais inconveniente acerca dessa figura jurídica: o seu papel é o de manutenção de um modelo econômico capitalista em um país absolutamente desigual. Neste próximo capítulo as bases do autoritarismo brasileiro serão abordadas de modo a relacionar a ordem pública enquanto figura imprescindível para a economia capitalista, estando tal elemento jurídico incorporado ao direito penal e sua constante ampliação ao longo da história do país.

1. O autoritarismo na concepção do Estado brasileiro

Relacionar um elemento jurídico tal como a ordem pública com a organização da sociedade em que se encontra sua inserção requer, de primeiro plano, resgatar a formação do Estado brasileiro. Não seria nenhuma surpresa afirmar que tal nação se desenvolveu em raízes autoritárias e de uma formação política bastante peculiar. Robert Schwartzman analisou que o Brasil (assim como demais países latino-americanos) passou pela formação política estudada por Max Weber denominada neopatrimonialismo, cujo conceito muito bem se alinha às condições de existência da ordem pública.

Igualmente, pode-se considerar que o autoritarismo da formação do Estado brasileiro se materializa através de seu ordenamento jurídico, que irá definir o papel simbólico das instituições e dará forma aos aparatos de manifestação do poder da administração. Nessa esteira, o direito penal surge enquanto um dos instrumentos de hegemonia do poder público, sendo redirecionado e moldado através das décadas a partir das características políticas e econômicas da sociedade brasileira.

Indispensável, pois, resgatar o desenvolvimento do aparato punitivo e sua intrínseca característica seletiva que carrega em seu seio as tradições escravocratas do Brasil-colônia.

1.1. Peculiaridade de análise da sociedade brasileira

Uma das teses centrais que Robert Schwartzman defendeu em sua obra *Bases do autoritarismo brasileiro* foi da herança política que o Brasil obteve na gênese de seu Estado. De acordo com o autor, o sistema político aqui formado não seria um representante de classes específicas com seus devidos interesses, mas sim um ente de dinâmica própria e que deve ser analisada de acordo com uma perspectiva histórica⁴³. Para o autor, dentro de uma perspectiva marxista [sic] problemática do Estado autoritário brasileiro seria abordada apenas através de um modelo de contraponto entre ricos e pobres, burgueses e explorados, exploradores e explorados⁴⁴, bem como outras categorias duais da ideia de luta de classes, sendo tal análise insuficiente. As peculiaridades do modo brasileiro de constituição estatal devem ser estudadas sob uma óptica que distinga de maneira mais distinta as categorias de classe e os sistemas de dominação política, sendo a perspectiva weberiana adotada como forma de investigação.

A partir de tal concepção, Schwartzman avaliou que o Estado brasileiro se caracteriza por um padrão de dominação no período de transição para a modernidade de uma burocracia administrativa altamente complexa em paralelo a uma sociedade civil desorganizada. Essa característica específica chamada por Weber, conforme dito anteriormente, de neopatrimonialismo, é justamente o movimento de dominação política por intermédio de uma classe política legitimada através de uma pesada organização estatal. A forma de administração neopatrimonialista seria típica de países que, assim como o Brasil, não passaram pelas revoluções capitalistas do século XX.

Para conceituar tal maneira de dominância, Schwartzman inicialmente aponta as características dos sistemas burocráticos europeus da modernidade que, de acordo com a teoria weberiana, surgem como resultado dos conflitos entre a expansiva concentração do poder e a crescente participação de massas na vida política. De acordo com Weber:

“A organização burocrática geralmente chega ao poder através de uma diminuição das diferenças sociais e econômicas. (...) A burocracia inevitavelmente acompanha a *democracia de massas* moderna, em contraste com o autogoverno de pequenas unidades homogêneas. Isto é um resultado de seu princípio característico: a regularidade abstrata

⁴³ SCHWARTZMAN, S. *Bases do autoritarismo brasileiro*. 4 ed. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2007, p. 11.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 42.

do exercício da autoridade, que é um resultado da demanda por “igualdade ante a lei” no sentido pessoal e funcional e, conseqüentemente, do horror ao “privilégio”, e da rejeição, por princípio, das decisões tomadas de forma casuística. (WEBER, M., 1968, p. 983 *apud* SCHWARTZMAN, 2007, p. 100).”

Nesse sentido, Schwartzman observa que tal movimento dos países europeus promoveu a racionalidade formal da lei e de gestão, de maneira que os Estados patrimonialistas da Europa Ocidental se diferenciariam dos demais por refrearem as ambições de poder e favoritismo dos funcionários da administração. Essa forma de manifestação do poder, denominada pelo autor de “racional-legal” tornaria possível diversos acordos com os governos locais ascendentes, o que certamente serviu muito bem ao capitalismo do século XX⁴⁵.

No entanto, nos países em que não havia uma burguesia que atingiu a mesma importância daquela existente na Europa Ocidental, parecia haver um movimento ainda mais singular. Para compreendê-lo seria necessário visualizar a diferenciação de Weber entre racionalidade formal e racionalidade substantiva⁴⁶. A racionalidade formal seria, em síntese, o movimento limitador do administrador através de um sistema legal, funcionando como verdadeiro contrato que vise impedir possíveis arbitrariedades de governantes. Sobre o tema, Weber pontua: “A igualdade perante a lei e a demanda de garantias legais contra a arbitrariedade exige uma ‘objetividade’ formal e racional da administração, por oposição à discricionariedade pessoal que derivada de maneira livre e não regulada da ‘graça’ na dominação patrimonial antiga. (WEBER, M., 1958, p. 220, *apud* SCHWARTZMAN, S., 2007, p. 101)”.

Em sentido contrário à racionalidade formal, a racionalidade substantiva seria, para Weber, a tendência à busca pela conquista de metas específicas sem a existência de regras e conjuntos formais para seu alcance. Sua existência na realidade se materializaria através da crescente opinião pública das massas em movimento. No entanto, esse conjunto de pessoas seria guiado por outro elemento central da racionalidade substantiva, que seria, não como surpresa, a razão de estado⁴⁷ (!).

Tal como no momento de análise substancial da ordem pública, esse tipo de sociedade seria guiada por uma fonte irrestrita de poder, em que o contrato social pudesse deixar de existir em razão de leis universais de atribuições de direitos. O movimento de racionalização burocrática de dominação sem o elemento formal seria, pois, a característica-chave dos sistemas neopatrimonialistas, onde o mínimo de legalidade é dispensável para o funcionamento de um poder totalitário.

⁴⁵ Loc. cit..

⁴⁶ Ibid., p. 101.

⁴⁷ Ibid., p. 102.

A forma neopatrimonialista de gestão do poder num contexto como o brasileiro está presente através da apropriação da administração estatal por setores privados, mas que continuam pertencentes e dependentes de um poder central. Schwartzman aponta que, na mesma medida em que o Estado se moderniza e os demais segmentos da sociedade se burocratizam, cria-se um verdadeiro “despotismo burocrático”, em que os governantes, desde D. Pedro II aos atuais detentores do poder, não precisam necessariamente dar atenção às leis⁴⁸.

Nessa concepção, o jogo político se baseia numa contínua negociação entre o Estado neopatrimonial e os setores da sociedade para adquirir “um lugar ao Sol” dentro da máquina de administração, já que esta é a única forma disponível de fazer valer qualquer interesse. Tal fenômeno é o que Schwartzman entendeu *como cooptação das mais importantes lideranças políticas e organizações de interesses específicos ao setor público* – o que foi comum a todos os governos, mesmo os mais populistas. O resultado desse movimento de cooptação é uma exclusão constante de parcelas da sociedade no momento de distribuição da riqueza social, conforme aponta o autor. Nesse processo de favorecimento, a representação e a participação na administração pública é um direito meramente outorgado, podendo ser retirado a qualquer momento. Isso possibilitou, por exemplo, a alienação do campesinato do acesso a quaisquer benefícios no Estado Novo de Getúlio Vargas, ou de retirada da vida política dos trabalhadores urbanos, intelectuais e demais setores da população ativa no momento pós-golpe militar de 64⁴⁹.

Através das brilhantes pesquisas de Schwartz acerca do Estado neopatrimonialista brasileiro certamente se pode compreender com mais precisão a relação existente entre a nossa sociedade e a ordem pública: tal elemento se insere com bastante facilidade em um contexto de racionalidade substantiva, em que os elementos formais não são limitadores do poder da administração pública, e que, ao mesmo tempo, tem sua estrutura burocrática intacta e responsável por excluir os setores da população que não estão alinhados com essa sistemática. No entanto, é insuficiente analisar o autoritarismo brasileiro sem o seu principal instrumento de legitimação e dominância: o poder coercitivo, materializado na forma do direito penal. Faz-se necessário, portanto, verificar o desenvolvimento do sistema criminal em consonância com a formação dessa sociedade.

1.2 Sociedade brasileira, direito penal e escravidão

⁴⁸ Ibid., p. 12.

⁴⁹ Ibid., p. 13.

Uma nação recém-emancipada como o Brasil no ano de 1822 passou por grandes desafios no que diz respeito a introduzir seu projeto de soberania e hegemonia. Uma questão colocada era a de que ao mesmo tempo em que o modelo administrativo, filosófico, político e econômico predominante no país se consagrava como o liberalismo, este deveria conviver com o modelo escravista, cujas elites dominantes locais resistiam a abolir, apesar de não ser a mesma tendência dos demais países liberais. Nesse sentido, Vera Malaguti abordou os estudos de Gizlene Neder acerca do sistema criminal brasileiro, o qual denominou de “iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro”⁵⁰ (NEDER, G., Rio de Janeiro, 2000 *apud* BATISTA, V. M., 2008)”. Tal modelo visava incorporar as ideias liberais predominantes no contexto europeu sem quaisquer filtros com o tomismo, com o militarismo e com a profunda religiosidade presentes na cultura e na história de formação do Brasil. Sendo assim, o formato jurídico-ideológico deveria dar conta de assimilar liberdades individuais e de preservar uma hierarquia absolutista, bem como o modelo inquisitorial ibérico e a ideia de totalidade do Estado neopatrimonialista.

A concepção do modelo criminal adotado tratou de enraizar as fantasias histórico-culturais de controle total do Estado sobre os corpos dos indivíduos, resultando nas práticas mais punitivistas não apenas no campo de atuação jurídico, como nas práticas pedagógicas e religiosas, formando uma visão consciente e inconsciente que procure a disciplina e ordem. Nesse sentido, Nilo Batista afirma que “O discurso do direito penal, que tem a pretensão de exercer-se como locução legítima, numa língua oficial, está permanentemente produzindo sentidos que viabilizem a expansão do sistema penal, expansão que também se orienta na direção das mentalidades e da vida privada” (BATISTA, N. 2002, *apud* BATISTA, V. M., 2008). Toda essa simbiose entre o sistema jurídico-penal e a vida privada resulta, pois, em uma visão de oposição entre uma ordem jurídica virtuosa e o a infração, devendo o injusto que ameaça o bem jurídico definido por tal ordem ser eliminado, sendo a intervenção moral altamente utilizada. Em outras palavras, a ordem jurídica intolerante e excludente não encontra quaisquer limites, sendo o direito penal sem fronteiras e transformando sua execução em espetáculo. Tudo isso implica na construção de uma sociedade aristocrática, teológica e altamente hierarquizada, sendo a política desde então impregnada por um método performático e alegórico.

⁵⁰ Neder “trabalha as transformações do Brasil colônia em Império Luso-Brasileiro, a partir das reformas pombalinas em Portugal na passagem do século XVIII para o XIX. Compreendendo que os atores no poder eram bacharéis, ela trabalha a influência da reforma da Universidade de Coimbra em 1772 e a criação dos cursos jurídicos no Brasil em 1827”. BATISTA, Vera Malaguti. Direitos (e) humanos no Brasil contemporâneo. **Jura Gentium**, v. 1, p. IV, 2008. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/index.htm>>.

O método de controle social na conjuntura que se formava tinha como uma de suas bases o medo enquanto agente político para a manutenção e expansão dos interesses dominantes. Desse modo, tal elemento se torna virtude com a qual a condução da nação deveria ser feita. Com tal ideia se conciliaria liberalismo e os valores conservadores do Império, procurando, portanto, resguardar a concentração da propriedade de terra, a unidade imperial e o modelo escravista, todos em sentido contrário das propostas do liberalismo daquele momento⁵¹.

Na mesma medida em que a constituição do capitalismo no Brasil se estende, a utilização punitiva sobre o corpo do suspeito e acusado se mantém, resultando num verdadeiro anacronismo. De acordo com Batista e Zaffaroni:

"a alçada criminal abrangia a pena de morte natural inclusive em escravos, gentios e peões homens livres, sem apelação nem agravo, salvo quanto às pessoas de *mor qualidade*, quando se restringiria a degredo por dez anos e multa até cem cruzados (N. BATISTA, E.R. ZAFFARONI, 2003 *apud* BATISTA, V. M., 2008) "

Tal anacronismo se revela pelo próprio texto de ordenamento jurídico-penal, que foi constituído pelas Ordenações Filipinas, programa criminalizante do momento colonial do país, até o ano de 1830, quando o primeiro código criminal foi criado. Ao mesmo tempo, a Constituição de 1824 representou marco legislativo na construção da “modernização à brasileira”, produzindo o texto legal que dá origem às garantias individuais⁵²:

"liberdade de manifestação do pensamento, proscrição de perseguições religiosas, a liberdade de locomoção, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, as formalidades exigidas para a prisão, a reserva legal, o devido processo, a abolição das penas cruéis e da tortura, a intransmissibilidade das penas, o direito de petição, a abolição de privilégios e foro privilegiado (N. BATISTA, E.R. ZAFFARONI, 2003, p. 39 *apud* BATISTA, V. M., 2008)".

Diante do mesmo paradigma de construção de um Brasil moderno e ao mesmo tempo paternalista, criou-se o Código Criminal do Império de 1830 sob o receio das insurreições e necessidade de unificação territorial. Em seu artigo 1º estava consagrado o princípio da legalidade, que também estava presente na Constituição de 1824. Os acontecimentos do momento em que tais textos foram criados, no entanto, provaram que o princípio jamais foi aplicado. A transferência dos poderes da magistratura para a polícia e a Lei nº 9 de 13 de maio de 1935, que previa a incriminação por insur-

⁵¹ Loc. cit.

⁵² Pontua Vera Malaguti: “É lógico que tudo isto não poderia colidir com o "direito de propriedade em toda a sua plenitude" que, mantida a escravidão na letra da lei, instituiria a cilada da cidadania no Brasil, digamos a *ciladania*, que pontua até hoje os discursos do liberalismo da direita à terceira via no Brasil.” Loc. cit.

reição de africanos libertos que regressassem à província⁵³, são exemplos da total discrepância de aplicação dos direitos individuais constitucionalmente expressos.

É durante o período histórico de consolidação do Código Criminal do Império que, de acordo com Batista e Zaffaroni, se intensificou o processo de enraizamento das matrizes do autoritarismo policial brasileiro e de seu vigilantismo, num conjunto de leis tão liberais quanto cruéis a parcelas distintas da sociedade. Vera Malaguti aponta as diversas leis direcionadas a punição de escravos e daqueles que permitissem que os mesmos circulassem. Donos de estabelecimentos que permitissem que escravos permanecessem por mais tempo que o necessário poderiam sofrer multa ou quatro dias de prisão⁵⁴. O Código Criminal do Império também previa a pena de morte, sendo o seu processo e execução enormemente facilitada a réus escravos ao mesmo tempo em que os seus senhores estavam invulneráveis a tal punição, revelando mais uma das ambiguidades desse momento histórico. Fica evidente que estava prevista uma realidade que renega direitos da mesma maneira em que os institui, representando verdadeiro método de legitimação do extermínio, e que perdura até os dias atuais. Nilo Batista afirma em uma brilhante passagem o espírito que guia a intervenção moral do direito penal brasileiro desde a sua concepção e certamente corresponde ao terreno fértil que a ordem pública encontrou no direito processual penal brasileiro:

"o operador judiciário é um agricultor previdente, cuja enxada deve extirpar a má semente ou matar a víbora; ou é cirurgião diligente, que deve amputar o membro apodrecido para evitar a infecção; pragas no campo e epidemias nas cidades resultarão de qualquer transigência com os inimigos da ordem virtuosa (BATISTA, N., Rio de Janeiro, 2002 *apud* BATISTA, V. M., 2008) ".

2. Ordem pública e neoliberalismo

Após compreender as raízes históricas do autoritarismo brasileiro e da seletividade penal que assola a realidade das prisões do país, retornemos aos períodos mais recentes de transição para o que chamamos hoje de “democracia⁵⁵”. Apesar das inúmeras transformações de quase dois séculos desde a criação do Código Criminal do Império, o deslocamento de um inimigo interno a ser combatido para o “criminoso comum” mostra que a estrutura autoritária criada desde o período pós-colonial se manteve intacta.

⁵³ Loc. cit.

⁵⁴ Além disso, batuques, algazarras ou lundus eram punidos com prisão, bem como o açoite era previsto de acordo com a idade e robustez do réu. Até mesmo alugar uma casa a pessoas escravizadas tinha como punição a prisão.

⁵⁵ Vera Malaguti, ao situar seus estudos no momento de fim da ditadura militar, também utiliza aspas ao abordar a transição ao novo período político brasileiro.

O estado trágico com o qual o novo período “democrático” brasileiro se revela mostra, portanto, em qual terreno a ordem pública ainda desempenha o papel repressivo de sua gênese. A escravidão, a prisão preventiva, o encarceramento em massa, todos esses elementos estão intimamente ligados à figura da ordem pública pelo modo de produção capitalista, constituindo hoje o seu estado máximo através do neoliberalismo. Esse modelo econômico, no mesmo sentido, caminha pelos mesmos passos dos estados unitários e de ordem totalitária ao constantemente ser capaz de ditar os rumos da política e se infiltrar na burocracia do Estado para atender aos interesses de um mercado agressivo e sem quaisquer limites.

Loïc Wacquant, conforme explicitado no momento inicial do presente trabalho, estudou a profunda relação existente entre o neoliberalismo e o aumento progressivo do aparato punitivo a nível global conforme a implantação do modelo – o qual o autor faz questão de ressaltar que não se trata unicamente de um mero sistema econômico, mas sim de um projeto político que visa redefinir os limites do Estado. Sua obra *Punir os pobres* tem como tese o desenvolvimento de um estado penal como elemento central da transição neoliberal que se utiliza, sobretudo, da pobreza enquanto método de controle social e da íntima relação entre as políticas de segurança social e assistenciais. Suas pesquisas são de enorme contribuição para compreender o processo de criminalização em massa no contexto brasileiro que, em conjunto com as especificidades de sua formação, resultaram num projeto político de total controle social do tempo livre, e cria verdadeira indústria da punição, que é completada por uma expansão ilimitada do trabalho precarizado e de funções flexibilizadas. Faz-se necessário, pois, abordar essa profunda relação entre a punição e a miséria na sociedade brasileira para visualizar de que modo a ordem pública se apresenta na atualidade⁵⁶.

2.1 Produção de miséria no neoliberalismo e expansão do estado penal: duas faces da mesma moeda

A análise de Loïc Wacquant acerca do fenômeno do neoliberalismo e da expansão ilimitada do aparato punitivo a partir da entrada do modelo em todo o mundo tem como base, primeiramente, afirmar que o poder punitivo é uma categoria fundamental de constituição de qualquer Estado, conservando assim as estruturas presentes desde a sua formação e moldando as relações sociais com a sua devida seletividade. A constituição do aparato de castigo brasileiro perpassou pelos eventos

⁵⁶ As pesquisas de Loïc Wacquant na obra mencionada têm com base especialmente o modelo criminal dos Estados Unidos, o que torna questionável sua aplicabilidade nos países latino-americanos, onde o desenvolvimento econômico se deu de forma completamente diversa. Contudo, pretende-se analisar os pontos em que há convergência entre sua teoria e as especificidades do contexto brasileiro, cuja formação autoritária do estado penal foi abordada anteriormente.

resultantes do processo de colonização e posteriormente de manutenção de uma ordem autoritária, neopatrimonialista e escravocrata, conforme observado anteriormente, sendo esse o ponto de partida de investigação da intensificação do encarceramento das últimas décadas.

Uma segunda chave para compreender as mudanças de perspectiva acerca da imposição de castigo das últimas décadas é, para Wacquant, a imposição da “revolução” capitalista que remodelou as relações entre mercado e Estado a partir dos anos 90 pelos grandes detentores de capital a nível mundial. Essa mudança de perspectiva outorgada “de cima” necessitaria, portanto, de uma expansão e culto ao aparato punitivo para controlar quaisquer descontentamentos populares dos estratos sociais atingidos drasticamente pela precarização de suas condições de trabalho e da piora massiva de suas vidas⁵⁷. Esse novo ciclo de transformações verticalizado seria, em última instância, o que foi apelidado “*estado centauro*”, que sorri para as classes alta e média, sendo-lhes protetor e tolerante, mas mostra um rosto aterrorizador para as camadas mais pobres, lhes censurando e aterrorizando⁵⁸.

Uma vez estabelecidos esse segundo ponto de partida, Wacquant defende que o neoliberalismo é um projeto político transnacional que pretende remodelar todas as relações preexistentes entre estado, mercado e cidadania a partir de uma elite com enormes ramificações globais. Os líderes de tal ruptura seriam os executivos de gigantescas multinacionais, políticos de alto escalão, técnicos dos Estados e funcionários das organizações internacionais, tais como a Organização Mundial do Comércio – OMC, Fundo Monetário Internacional – FMI, Banco Mundial – BM, União Europeia – EU, dentre outros especialistas a serviço do capital global.

Tal projeto político articula quatro vias de atuação a nível institucional, sendo elas⁵⁹: 1) a desregulamentação econômica; 2) a delegação, a retração e a recomposição do estado de bem-estar social – e sua conseqüente desregulamentação dos direitos trabalhistas e realocação das massas à disciplina do trabalho; 3) a alegoria cultural da responsabilidade individual com a difusão de valores como competitividade e empreendedorismo; 4) a expansão de um aparato penal invasivo e proativo com a finalidade de conter a desordem gerada pela intensificação das desigualdades, funcionando

⁵⁷ ITURRALE, M. O governo neoliberal da insegurança social na América Latina: semelhanças e diferenças com o Norte Global. In: BATISTA, V. M. (org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 169-195.

⁵⁸ WACQUANT, L. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. In: BATISTA, V. M. (org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 12-42.

⁵⁹ Loc. cit.

como disciplinador dos segmentos mais vulneráveis da classe trabalhadora pós-industrial e reafirmando a soberania do Estado sobre tais indivíduos.

Durante as últimas três décadas, as condições sociais mudaram drasticamente em todo o mundo. O Brasil, assim como os demais países latino-americanos, apresenta uma tradição de governos autoritários e de um longo histórico de disparidades sociais profundas. Pode-se afirmar que a implantação do modelo neoliberal não tem relação direta com as mazelas econômicas presentes, nem que teria funcionado para desgastar um suposto estado de bem-estar social jamais existente nesse contexto em específico. No entanto, tal modelo político-financeiro tem uma relação ainda mais cruel na realidade brasileira no sentido de aprofundar com contundência o abismo existente entre as classes e de continuar produzindo a miséria necessária a tal projeto.

Alguns estudos recentes acerca da desigualdade brasileira ajudam a compreender com mais clareza o padrão com o qual a distribuição de renda se apresenta: mesmo nos anos correspondentes às reformas realizadas pelos governos com uma sensibilidade maior aos problemas sociais do país, não há mudanças de paradigma notáveis. Marcelo Medeiros, pesquisador da Universidade de Brasília e do Instituto de Pesquisa de Economia Aplicada (Ipea) defende que analisar meramente os dados dos ganhos das bases não é o suficiente, sendo necessário, portanto avaliar os padrões da parcela mais rica da sociedade. De acordo com as suas pesquisas, a parcela de 1% dos mais ricos da população, cujos padrões se mantêm estáveis nas últimas décadas, têm o poder de alavancar as disparidades com muito mais força do que os ganhos recentes às camadas mais pobres⁶⁰.

Em realidade, a partir de pesquisas recentes foi possível observar que entre os períodos de 2006 e 2012 a desigualdade econômica se manteve estável entre os indivíduos adultos. Estudos como os realizados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do Instituto Brasileiro de Geografia (Pnad/IBGE) e da Declaração Anual de Ajuste de Imposto de Renda da Pessoa Física (DIRPF) mostram-se insuficientes para demarcar a totalidade da realidade brasileira em termos econômicos por não cobrir de forma adequada a população mais rica da sociedade e, ao mesmo tempo, subestimar a mais pobre que, quase em sua totalidade, não declara o Imposto de Renda⁶¹. É irreal afirmar, portanto, que as disparidades sociais tenham de fato se tornado menores nos últimos anos; em realidade, a concentração de renda manteve-se num patamar pouco variável.

⁶⁰ CALEIRO, J. P. Brasil é mais desigual do que se imaginava, diz pesquisador. **Exame**, São Paulo, 11 mar. 2016. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/brasil-e-mais-desigual-do-que-se-imaginava-diz-pesquisador/>. Acesso em 14 nov. 2017.

⁶¹ MEDEIROS, M.; SOUZA, P. H. G. F. A estabilidade da desigualdade no Brasil entre 2006 e 2012: Resultados adicionais. **Ipea: texto para discussão n° 2170**. Rio de Janeiro, fev. 2016.

O período das reformas neoliberais correspondeu também a um momento de aumento dos índices de violência em todos os países latino-americanos, e a resposta foi um reformismo penal altamente apoiado pelos Estados Unidos através de instituições como o FMI, o Banco Interamericano de Desenvolvimento e o Banco Mundial⁶², cujas ações se deram no campo da punição extensiva (penas mais severas, aprisionamento em massa e responsabilização individual do criminoso) e do combate ao tráfico de drogas. Passou a imperar um discurso através dos círculos políticos de insegurança social, de modo que as medidas de tolerância zero ao crime são cada vez mais aplicadas em detrimento de quaisquer outras de caráter desmantelador das desigualdades.

Com o constante crescimento do poder punitivo estatal também caem por terra as teorias de ressocialização da pena outrora adotadas pela maioria dos países da América Latina, insurgindo a prisão como resposta imediata às problemáticas das populações afetadas pela pobreza, não havendo qualquer aparato de assistência aos egressos do sistema carcerário. Passa-se a adotar uma perspectiva de que indivíduos específicos que optam [sic] pelo crime devem ser isolados do convívio externo por serem impassíveis de serem reintroduzidos à sociedade. Dessa maneira, outras teorias como da “personalidade voltada para o crime”, ainda muito empregada no Poder Judiciário, ganham força no imaginário popular e reforçam uma ideia de um inimigo público a ser combatido. Além do mais, a responsabilidade individual pouco a pouco desvincula o crime de suas causas econômicas e sociais, colocando como responsáveis pela enorme onda de violência infratores de determinados grupos sociais marginalizados de grandes centros urbanos. Assim, a criminalização da pobreza no atual contexto ganha um caráter ainda mais brutal, contendo as massas a partir da segregação racial, já que os grupos sociais que estarão à margem de serem amparados são a população negra, constantemente castigada com mais força pelo poder estatal⁶³.

A despeito do estado do bem-estar social não ser uma política de estado empregada como no caso dos países do hemisfério norte para aqueles do contexto latino-americano, cabe apontar que a responsabilização individual e o direcionamento do castigo a grupos economicamente excluídos guardam uma semelhança fundamental que Wacquant analisou enquanto efeito do neoliberalismo: a resposta das sociedades que se pretendem democráticas para o crime e para a desordem social é de caráter altamente punitivo e procura desvincular o aumento das taxas de criminalidade com o processo de exclusão social típico desse novo momento econômico e político.

⁶² ITURRALE, M. O governo neoliberal da insegurança social na América Latina: semelhanças e diferenças com o Norte Global. In: BATISTA, V. M. (org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 169-195.

⁶³ Loc. cit.

Dentro de tal projeto hegemônico de controle e limpeza social, a mídia oligopolista desempenha importante papel propagando uma onda de pânico na população ao legitimar o papel moralizador do Estado e do seu poder punitivo, além de promover verdadeira guerra entre próprios explorados por tal sistema. Com o discurso de que o país vive um completo caos, os grandes aparatos de telecomunicações clamam por mais segurança pública, que obviamente se manifestará com mais encarceramentos. Mesmo setores ditos progressistas da sociedade abraçam o discurso da segurança pública, correspondendo ao que se pode chamar atualmente de “esquerda punitiva”⁶⁴. Tais veículos midiáticos também assumem papel importante ao justificar medidas retrógradas a partir de uma enorme despolitização em suas narrativas. De acordo com Luiz Gonzaga Belluzzo e Gabriel Galípolo:

“Na mídia impressa e na eletrônica, as matérias de negócios e economia disseminam os fetiches dos mercados financeiros embuçados na linguagem do saber técnico e esotérico. Qual bonecos de ventríloquo, os comunicadores “falam” a língua articulada conforme as regras gramaticais do mercado. Assim, o capitalismo investido em sua roupagem financeira cumpre a missão de ‘administrar’ a constelação de significantes à procura de significados, submetendo os cidadãos-espectadores aos infortúnios da domesticação e da homogeneização, decretados pelo ‘coletivismo de mercado’.”⁶⁵

Assim, pouco a pouco o discurso da responsabilidade individual ganha terreno e expande cada vez mais um aparato penal de enormes escalas e potencialmente invasivo nas vidas particulares, certamente exercendo um poder disciplinador sem precedentes sobre os setores sociais marginalizados da sociedade. Cria-se, portanto, um entendimento geral de que todos aqueles pertencentes a esses grupos devem ser tratados com severidade justamente por serem responsáveis por suas próprias ações – e conseqüentemente pelo seu status social ou por cometer delitos. Tratar-se-ia, logo, de uma mera escolha de um indivíduo entre ser “bom” ou “mau”. A responsabilidade moral dos cidadãos pobres será, em última análise, criadora da sua condição de miséria, tornando necessária a inserção maciça dessa camada num mercado de trabalho precarizado e recrudescendo cada vez mais o seu espaço. Essa fórmula marca, portanto, a governabilidade neoliberal com base no controle social da ideia de insegurança social, altamente necessária para manter a ordem vigente.

2.2 Sucumbência do modelo democrático e despolitização

Além da constante criminalização das camadas mais pobres da sociedade (com a sua devida seletividade e autoritarismo presentes nos governos brasileiros), o estado neoliberal tem como ca-

⁶⁴ Cf. KARAM, M. L. A esquerda punitiva. In: **Discursos Sediciosos - Crime, Direito e Sociedade**, 1 (1996), 1.

⁶⁵ BELLUZZO, L. G.; GALÍPOLO, G. **Manda quem pode, obedece quem tem prejuízo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 81 *apud* Loc. cit.

racterística própria a subversão dos valores esculpidos no Estado Democrático de Direito, bem como dos pressupostos básicos do liberalismo [sic], sendo sistematicamente capaz de ditar os rumos da política e de se infiltrar na burocracia do Estado para atender aos interesses de um mercado agressivo e sem quaisquer limites. É nesse processo de derrubada das bases estatais dos países que se pretendem democráticos que se instaura verdadeiro “estado de exceção”, corroendo por dentro os mandatos parlamentares e os desvinculando da soberania popular, sendo agora a soberania do capital que determinará os rumos da maior parte das ações dos governos mundiais.

Com a riqueza de significados atribuídos ao tema da exceção, Rafael Valim julgou importante demarcar que o Estado de Direito e o estado de exceção que se apresenta na atualidade não são categorias antagônicas, sendo o este descendente de tradições democrático-revolucionárias, e não de origens absolutistas. Nesse sentido, a exceção surge não para instaurar um novo ordenamento jurídico, mas sim de maneira sub-reptícia ao Estado de Direito ao suprimir suas normas em prol de um poder (legítimo ou não). Pode-se chegar a comum acordo da ideia de que a exceção seriam “algumas providências estatais, fundadas em alguma anormalidade, incidem sobre uma situação de fato à revelia da situação normativa para ela prevista”⁶⁶. Conforme apontado em momento anterior, Carl Schmitt o definiu como a destruição da norma prevista (SCHMITT, C. 2005 *apud* VALIM, R. 2017, p. 26). Isso é, em outras palavras, a subversão dos valores de um Estado Democrático de Direito, onde a autoridade administrativa, legislativa ou judiciária deve atuar nos limites das normas constitucionalmente previstas, sendo os poderes mandatários da soberania popular⁶⁷. De acordo com Jean-Claude Paye, ao se referir às ações de combate ao terrorismo empregadas nos últimos 20 anos:

“(…) a relação sociedade/Estado é definitivamente subvertida. A sociedade civil perde toda a autonomia em relação à política. A noção de soberania popular, como fonte de legitimação do Estado, torna-se obsoleta. É o poder que concede ou retira a cidadania e que legitima o social, que o faz conforme o seu modelo ou, se necessário, criminaliza-o”. (PAYE, J. C., 2004, p. 205 *apud* VALIM, R., 2017, p. 26)

A exceção, enquanto forma de gestão política, nega a concepção de uma forma impessoal de administração para dar espaço ao soberano, sendo, como afirma Agambem, “o absolutismo da contemporaneidade⁶⁸”. É promovido, assim, um contínuo processo de despolitização da sociedade, sendo o diálogo democrático constantemente passado para trás em detrimento de uma atuação monocrática. É nessa linha de pensamento que Rafael Valim observa que, curiosamente, a economia

⁶⁶ VALIM, R. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. 1 ed. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 25.

⁶⁷ *Ibid.* p. 26.

⁶⁸ AGAMBEM, Giorgio, **Estado de exceção**. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004, *apud* *Ibid.* p. 27.

neoliberal, que se mostra despretensiosa acerca de atuar dentro da ordem estatal, tem apreço significativo pela exceção⁶⁹, citando o que Luigi Ferrajoli assinalou como uma silenciosa revolução institucional onde “não temos mais o governo público e político da economia, mas o governo privado e econômico da política⁷⁰”. Não seriam mais os governos enquanto representantes da população que determinariam os rumos econômicos, mas sim potências ocultas do capital financeiro.

Isso explicaria, de acordo com Rafael Valim, a crise de representatividade que se apresenta na atualidade, bem como a ilegitimidade dos representantes da população ao aprovar medidas incompatíveis com seus mandatos, beneficiando, na verdade, o mercado, que é a quem de fato precisam obedecer. Ocorre, portanto, um movimento de diminuição da política perante a economia, o que aumenta o poder da economia diante da sociedade. Significa que o mercado precisa, necessariamente, de uma fraqueza do Estado para formular a política necessária a corroborar com os seus interesses, mas, por outro lado, forte enquanto instrumento de contenção social⁷¹.

Neste diapasão, percebe-se que por trás do estado de exceção há a ação de fenômenos num primeiro momento imperceptíveis, mas que devem ser analisados em sua totalidade para uma compreensão crítica de uma sociedade como a atual. Rafael Valim assinala que:

“A crise da capacidade regulatória do Direito, a crise do constitucionalismo, o insustentável nível de desigualdade social em todo o planeta, a emergência do terrorismo, o recrudescimento do fascismo e da intolerância em todas as suas formas, a crise de legitimidade dos parlamentos, entre outros elementos, concorrem para uma *complexa trama cujo desvelamento se faz possível por meio das virtualidades heurísticas do estado de exceção.*”⁷²

O projeto de democracia brasileiro, assim como nos demais países latino-americanos, tem um histórico de ser constantemente interrompidos por sucessivos golpes no Estado ao longo de sua trajetória. O autoritarismo no Brasil é introjetado de tal forma que os regimes de exceção aqui implantados têm condições de se estabelecer com enorme facilidade e implantar suas reformas e ao mesmo tempo ocultar a maior parte dos seus feitos⁷³. Isso significa que os governos aqui democraticamente eleitos não ultrapassaram sequer a fase de implantação de um regime verdadeiramente de-

⁶⁹ Ibid. p. 28.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 149 *apud* Ibid. p. 29.

⁷¹ GARCIA DOS SANTOS, Laymert, “**Brasil contemporâneo: estado de exceção?**” *In*: OLIVEIRA, Francisco de, RIZEK, Cibele Saliba (coord.). **A era da indeterminação**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 311, *apud* VALIM, R., *Op. cit.* p. 35.

⁷² *Op. cit.*, p. 37.

⁷³ PINHEIRO, P. S. “Estado e Terror” *In*: NOVAES, A. (coord.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 114.

mocrático, pois persiste uma sociedade autoritária e hostil a quaisquer avanços no sentido de abarcar os direitos fundamentais a todos os segmentos da população⁷⁴.

No exemplo mais recente de implantação de um regime de exceção, o governo democraticamente eleito de Dilma Rousseff foi derrubado através de um golpe institucional que, em aparência, obedeceu a um processo legal com as suas devidas fases, mas que em sua complexidade foi financiado por grupos econômicos específicos e interessados em realizar reformas completamente impopulares. Não cabe no momento pormenorizar a conjuntura política com a qual se configurou o golpe político-institucional de 2016, mas sua existência certamente ajuda a compreender como regimes que se sobressaem à legalidade encontram terreno fértil em estruturas como a da formação do Estado brasileiro.

2.3 A missão do Estado neoliberal: impor o trabalho assalariado de miséria

A reconfiguração das relações na dinâmica econômica dos últimos 30 anos é conduzida, conforme assinala Wacquant, pelo entendimento de que as políticas que visem o bem-estar social não mais deveriam possuir espaço no plano estatal. Passou a ser propagado massivamente um discurso sorrateiro de que programas de ajuda são por demais permissivos e não impõem um dever cívico aos seus beneficiários⁷⁵. Assim como no discurso da responsabilidade individual pelo cometimento de crimes, o desemprego (e conseqüentemente a pobreza) também se daria muito mais por uma incompetência pessoal daqueles que não estão inseridos no mercado de trabalho do que às condições econômicas. Sendo assim, o Estado, para dar conta de tal situação, não deveria tomar um comportamento acolhedor, mas sim tornar os subempregos deveres cívicos dos cidadãos que não trabalham.

Em linhas gerais, “o trabalho assalariado de miséria deve ser elevado ao nível de um dever cívico (sobretudo reduzindo a possibilidade de subsistir fora do mercado de trabalho desqualificado), sem o que não encontrará quem o aceite”⁷⁶. Nessa esteira, o subemprego, característico da remodelagem neoliberal, ganha uma justificativa bastante conveniente: garantir um dever moral àqueles atingidos pela miséria.

⁷⁴ Op. cit. p. 40.

⁷⁵ WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 44

⁷⁶ Loc. cit.

Essa necessidade econômica e política do neoliberalismo requer, assim, a substituição de um “Estado-providência materialista” para um “Estado punitivo paternalista”, em que o trabalho assalariado se dissocia como “norma societal” e “base da nova ordem polarizada de classes”⁷⁷. Isso significou o emprego de uma nova linguagem dos governos para lidar com a pobreza: não mais afirmar que a miséria tem suas origens em causas sociais, mas sim na imperícia moral do cidadão, devendo o Estado ser o soberano capaz de lidar com a passividade dos que não trabalham.

Ao dividir a sociedade entre os “responsáveis” e os “irresponsáveis”, o novo modelo a nível global impõe uma noção de “civilidade”, em que necessariamente os indivíduos devem buscar quem os explorem, restando os empregos mal remunerados e precarizado àqueles que não possuem as virtudes morais que se consideram corretas. O trabalho social, portanto, obedecerá a mesma lógica da responsabilidade individual sobre a qual o encarceramento em massa funciona ao tratar com severidade os considerados “fracos” da classe trabalhadora⁷⁸.

Com a devida implantação do trabalho social, os Estados passaram a utilizar políticas de gerência sobre as vidas daqueles atingidos pela miséria: vigilância extensiva dos bairros periféricos, desconfiança em indivíduos em decorrência de características étnicas e a ideia de “ordem” a ser preservada de maneira intransigível. No Brasil, um claro exemplo dessa maneira de controle está na implantação das UPPs, em que serviços básicos como escolas, saneamento e energia elétrica são fornecidos às populações das favelas com a presença da Polícia Militar como garantidora de uma “segurança pública”.

Em realidade, a prática assistencial-punitiva já tem longa tradição no país: as políticas higiênicas do século XIX, o movimento de internação de crianças e adolescentes no século XX e a presença do conselho tutelar no século XXI⁷⁹ provam que a criminalização da pobreza vem de longa data assim como a seletividade penal provinda do sistema escravocrata. Contudo, na perspectiva econômica neoliberal a intervenção do estado na vida social tem significado diverso dos modelos disciplinadores previstos até então por descartar completamente a possibilidade de melhoria nas condições das populações atingidas pela miséria e de servir unicamente para confinar as massas em sua posição necessária para conservar a ordem hierarquizada presente.

⁷⁷ Ibid. p. 45.

⁷⁸ Ibid. p. 47.

⁷⁹ DO NASCIMENTO, M. L.; RODRIGUES, R. C. A convergência social/penal na produção e gestão da insegurança social. In: BATISTA, V. M. (org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 198-203.

Instaura-se assim o que Bordieu chamou de “reino absoluto da flexibilidade”⁸⁰, onde uma enorme massa de trabalhadores destinada a aceitar o subemprego é alocada num recrutamento através de contratos (na maior parte das vezes temporários) vantajosos apenas para os seus empregadores. Nesse diapasão, a ideia de responsabilização individual se estende também para a exploração laboral, pois a relação salarial e os seus componentes como metas a serem alcançadas, entrevistas, concessão de prêmios em virtude de mérito, métodos de responsabilização são tratados na perspectiva do desenvolvimento do trabalhador isolado em tal meio. Por consequência, esses ambientes são marcados por uma competição excessiva que é nada mais do que a continuação da corrida existente no momento anterior à inserção no mercado de trabalho e da manutenção de uma ordem hierarquizada em todos os polos dessa sociedade.

Essa nova noção de trabalho no mundo neoliberal pressupõe necessariamente a redefinição das missões do Estado (que não obedece qualquer relação com a soberania popular), em que o mesmo deverá ser retirado de qualquer função regulatória do mercado e se endurece com políticas de intervenção penal de alvos predefinidos. Ao vincular a ideia de assistência à punição, implica-se necessariamente em punir aqueles dispersos que não se adequaram à configuração do mercado de trabalho atual, que são justamente os pertencentes ao mesmo grupo social de atingidos pela miséria.

A gestão policial direta sobre a pobreza que incomoda, ou seja, de acordo com Wacquant, aquela visível que causa a desordem do espaço urbano, implica na difusão de políticas de segurança propagadas a nível global com o pressuposto da tolerância zero para lidar com as enormes massas responsáveis diretamente pelo caos das ruas⁸¹. Isso significa, conforme já apontado anteriormente, direcionar as ações punitivas do Estado para um grupo específico da sociedade historicamente reconhecido como perigoso. O fator mais cruel de toda essa soma é que os indivíduos atingidos pela pobreza não possuem de fato uma escolha acerca das condições da própria vida – ou se inserem num mercado de trabalho com a terrível dinâmica precária e hierarquizada, ou são assimilados como os delinquentes causadores da desordem.

Toda a movimentação do Estado neoliberal na perspectiva de controle de indivíduos considerados “problemáticos” impõe, para tanto, a construção de uma noção de ordem pública que, em teoria, se baseia na promoção do acautelamento social necessário para uma civilização adequada e da garantia de segurança a todos os segmentos da sociedade. No entanto, essa ordem pública con-

⁸⁰ BOURDIEU, P. **Contrafogos: Táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. p. 132.

⁸¹ WACQUANT, L. Op. cit.

tém em si a substância de construção dos estados territoriais e pressupõe, necessariamente, o controle do soberano sobre os seus súditos, sendo estes todos os atingidos pela pobreza.

O poder do soberano na perspectiva de uma sociedade onde o mercado determina a maneira como as ações políticas se constituem e o capital é pressuposto de quaisquer relações entre as pessoas é uma expressão do projeto político a ser imposto “de cima para baixo” pelas elites dominantes. A ordem pública surgirá, portanto, no desenvolvimento do estado penal dessa ordem social imposta e servirá de modo a encontrar o inimigo a ser combatido – aspecto necessário para a manutenção desse tipo de dominância.

A agenda neoliberal imposta pelos governos ilegítimos ao redor do mundo pressupõe a constante piora nas condições de vida do subproletário na produção incessante de mercadoria a circular, o que significa o recuo nos direitos trabalhistas outrora conquistados e a aplicação da força punitiva para conter as aclamações populares que visem contestar a forma de atuação do Estado.

No caso do Brasil, há um claro exemplo de tal incorporação ao projeto político neoliberal quando, em um momento de profunda crise econômica e de descontentamento com as forças políticas presentes no país se aprova através de um Poder Legislativo que pouco representa a soberania popular uma reforma trabalhista⁸² altamente impopular. Tal reforma claramente degrada em muito as condições dos trabalhadores mais pobres e beneficia a uma elite nacional submissa aos interesses de enormes grupos multinacionais que precisam manter uma ordem global entre países exploradores e explorados. Os Poderes Executivo e Judiciário brasileiros também se encontram altamente comprometidos: enquanto aquele atinge a aprovação de apenas 3% da população e chegou ao poder de maneira completamente ilegítima através de um acordo entre as elites, o segundo é composto de forma esmagadora pelo setor mais rico da sociedade.

Essa dinâmica própria do capitalismo funciona como um movimento cíclico das forças conservadoras e liberais da sociedade, de modo que as crises desse modelo econômico necessariamente implicam num modo de atuação autoexplicativo: piorar as condições de existência da classe trabalhadora e contê-la com um endurecimento extensivo do Estado. Desse modo, a ordem pública, nos dias atuais, ganha o seu caráter de ser a expressão da forma de atuação do modelo neoliberal.

⁸² BRASIL, Lei 13.46, de 13 de julho de 2017. Dispõe sobre a alteração extensiva da Consolidação das Leis do Trabalho permitindo o aumento da jornada de trabalho, o parcelamento das férias, a computação de horas para chegar ao trabalho, a supressão do intervalo mínimo de 30 minutos, dentre outras tantas medidas que flexibilizam os direitos do empregado favorecendo ao empregador. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 jul. 2017, p. 1.

2.4 Trabalho precarizado, prisões preventivas e ordem pública – as zonas de espera do neoliberalismo

A onda punitiva e a criminalização da pobreza características dos paradigmas neoliberais guardam consigo um grande mal-estar contemporâneo em virtude da crescente precarização do trabalho e das condições de vida cada vez mais insuportáveis àqueles atingidos pela miséria. Isso significa que a configuração dessa sociedade não tem a pretensão de alcançar os setores mais altos da pirâmide econômica, mas sim de atingir as *zonas liminares*⁸³ de onde a massa subproletária está inserida.

Nessa sociedade, é possível observar que a percepção do tempo se alterou drasticamente com a dinamização das relações de comunicação e com a existência de um espaço virtual que acelera em muito as trocas de mercadorias. Observa-se que a flexibilidade de acumulação se tornou, para tal momento histórico, verdadeiro ponto referencial de poder, sendo ela mais uma notável matéria de constituição de hierarquia econômica⁸⁴. Isso significa, de acordo com Paulo Eduardo Arantes, que a velocidade se tornou um fator político, de modo que a dominância se dá de acordo com o controle do movimento e com a supremacia dos instantes em que o capital se locomove⁸⁵. As elites no estágio atual do capitalismo agora também determinam o movimento dos trabalhadores e de quem age com mais rapidez, sendo um mundo dividido entre aqueles que podem e que não podem mudar de posição.

Num momento de aceleração máxima das relações e da percepção do tempo como instrumento de poder, o processo punitivo também passa por uma drástica mudança da sua forma de atingir seus objetivos para abandonar seu caráter outrora disciplinador para um mero processo de estocagem e imobilidade humana. A tarefa central dos instrumentos de castigo numa perspectiva em que as massas afetadas por condições de vida lamentáveis precisam ser contidas a todo momento passa a ser a de funcionar como uma imensa sala de espera rumo a um futuro a qual nenhum desses indivíduos optou por viver.

83 ARANTES, P. E. Zonas de espera – Uma digressão sobre o tempo morto da onda punitiva contemporânea. In: BATISTA, V. M. (org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. pp. 229 – 280.

84 BAUMAN, Z. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 129.

85 ARANTES, P. E. Op. cit.

Pode-se visualizar, portanto, um papel central da microfísica da espera como parte da virada punitiva da atualidade. Como Paulo Eduardo Arantes pontua, o tempo morto deixa de ser apenas uma metáfora passando a percorrer os cantos do mundo em que o capital exerce a sua dominância. Essa seria, portanto, a *matriz punitiva da espera como disciplina social*⁸⁶. A própria maneira como o trabalho social descrito por Wacquant funciona também obedece a uma sistemática correcional de acordo com a mobilidade com o monitoramento extensivo dos funcionários, um local único e preciso de trabalho, o registro detalhado de todas as suas atividades e de suas rotinas. É possível afirmar, portanto, que a experiência punitiva do Estado neoliberal funciona com zonas de suspensão do tempo para as classes subalternas.

A experiência do aumento exorbitante das prisões preventivas no Brasil é um reflexo da forma de punir através da espera: os acusados são mantidos acautelados desde o momento anterior à denúncia ocorrer e passam uma enorme quantidade de tempo aguardando pelo seu julgamento, ou quando não presos têm suas vidas altamente limitadas pelas condições de liberdade provisória que existem. Ao longo de anos passam vivendo precipitadamente as condições do sistema carcerário sem mesmo serem condenados e, com isso, carregam toda a impotência que as zonas de espera trazem consigo.

O modelo de punição da pobreza na agenda política neoliberal surge, portanto, como uma apropriação direta não apenas dos meios de produção como no momento fordista, mas da gestão completa sobre o tempo de vida das pessoas. Isso significa que a possibilidade de escolha não é mais um mero atributo do nascimento com vida, mas uma riqueza propriamente dita. Não é nenhuma surpresa que nessa dinâmica o indivíduo funcione enquanto a própria mercadoria a ser trocada nos diversos meios sociais.

Dessa forma, ao balizarem suas decisões de decretação de uma prisão preventiva com base na ordem pública, o aplicador da lei está muito mais do que tratando de lidar com a insegurança social própria desse modelo; está acrescentando um indivíduo num “limbo jurídico” necessário à contenção das massas. A espera presente no momento anterior ao processo é também uma das formas de controle social e de hierarquização existentes no neoliberalismo contemporâneo, sendo, portanto, peça-chave para o funcionamento dessa dinâmica.

⁸⁶ Loc. cit.

CONCLUSÃO

O trabalho de abstração de um conceito tão complexo como a ordem pública e a sua expressividade no momento atual mostram que não se trata de um fenômeno meramente instrumental no sentido de aplicação das regras jurídicas, mas sim de verdadeiro elemento constitutivo do modo como a sociedade brasileira se moldou ao longo dos séculos. Conforme os estudos realizados apontaram, as estruturas que possibilitaram a incorporação da ordem pública à dinâmica do Estado brasileiro vêm de uma longa tradição autoritária.

Pode-se afirmar que a ordem pública e seus primeiros sinais de substância surgem no momento em que os Estados territoriais se constituíram e necessitaram impor a soberania dos governantes às populações até então dispersas. A ordem num primeiro momento é o modo de organização de uma nova dinâmica de relação entre uma estrutura responsável por englobar diversas camadas da sociedade, traduzindo-se na ideologia do contrato social. A investigação da maneira como a ordem pública passou a existir é, portanto, a história de formação dos Estados modernos.

As ideias trazidas por Maquiavel com a sua razão de estado e sua forma de organização em sua mais aclamada obra *O Príncipe* foram fundamentais para a constituição de um Estado soberano nacional. O universo da Europa, outrora fragmentado por feudos, pouco a pouco passou a se juntar em enormes porções territoriais com elementos de junção bastante sólidos. Houve, para tanto, a necessidade de um domínio político específico e regido pelas ideias da preservação de um bem geral. Essa noção categorizada como “razão de estado”, essa maneira das coisas se organizarem, retrospectivamente, pode ser considerada como fundamental para a constituição de Estados como a França, Espanha, Portugal, outros países, até que, nos séculos XIX e XX, Alemanha e Itália.

Há, portanto um caráter político da ordem pública. Quando se fala decretar a prisão de alguém para a garantia da ordem pública, sem que as pessoas saibam, elas estão remetendo a um elemento de constituição dessa forma política do estado territorial. A partir de um ponto de vista, o poder do príncipe, que se traduz nesta expressão: razão de estado.

Como isso vai chegar ao século XX? Claro, para a devida inserção no ordenamento jurídico brasileiro, essas ideias têm uma importância no processo penal, especialmente nos dois últimos estados no contexto europeu que se formam e que têm relevância, que são Alemanha e Itália. Isso vai chegar até nós no momento autoritário das duas primeiras décadas do século XX, em que estes estados recém-formados estão balançados. A Inglaterra se expande como grande império. Do outro

lado do mundo os Estados Unidos venciam a guerra civil e também estavam estrategicamente posicionados e havia um novo processo de colonização, uma segunda globalização, que tinha seguido a primeira de Espanha e Portugal.

Para fazer frente a essa competição neocolonial, alguns pensadores exigiram: precisamos de um Estado forte. Há um impacto poderoso na I Guerra Mundial com a derrota da Alemanha, uma enorme potência cultural desde o século XVIII. Eles não foram derrotados militarmente, mas foi uma derrota difícil de absorver. Não havia para a Alemanha o sentido da unidade que outros Estados europeus haviam conquistado há muitos séculos. O discurso autoritário encontra nesse ambiente de insegurança, insatisfação, ressentimento, um enorme poder, uma enorme força.

Esse discurso, capitaneado por Carl Schmitt, tem uma ligação direta com o processo penal brasileiro. O pensador alemão vai pensar a ideia de estado de exceção, a ideia do inimigo, ecoando de uma maneira sofisticada, teórica e jurídico-política o clima de insatisfação e amargura presentes no contexto alemão daquele momento: nós perdemos porque somos fracos. Como disse Hegel, “*somos sequer um Estado*”. Então era necessário acumular forças, e assim se recupera a ideia de razão do estado. A razão do estado aplicada na prática da repressão, ela é a ordem pública.

O processo penal da Alemanha nazista surge, portanto, com bases no direito natural, pois só assim poderia haver um fundamento para a superioridade ariana. Tal modo de pensar não poderia vir de nenhuma outra formulação jurídica racional que fosse; apenas de uma fonte extrajurídica que entende os arianos são superiores aos outros. Portanto, nesse ambiente de reorganização do processo penal, essa forte marca de Carl Schmitt dizendo que a razão do estado tem que prevalecer, todos esses elementos dão uma substância à ordem pública.

E claro, essa ideia da prevalência da razão de estado se opunha à ideia liberal, dominante no mundo todo, de um estado democrático, em que o poder deve ser controlado. Para a Alemanha nazista, punir era fundamental. A vontade do príncipe, a vontade do governante, a vontade do chefe de Estado teria de ser presumida, pois eles sabiam que estavam fazendo, e foi justamente a falta de firmeza que levou ao revés sofrido na guerra colonial (ou I Guerra Mundial). Do outro lado, era exatamente o receio por um abuso do poder que tinha estabelecido limites. Não poderia ser a razão do estado, mas sim a razão do cidadão; o sujeito não tem súdito. Mas a ordem pública vai entrar do outro lado, de uma nação que havia sido frágil, que tinha sido derrotada, e que se torna aparentemente muito poderosa. Se nós voltássemos no tempo e estivéssemos em 1941, ninguém diria que havia como a Alemanha perder a guerra.

Aqueles anos, de 1933 a 1941, coincidem exatamente com a influência ao processo penal brasileiro, momento em que Francisco Campos faz a sua exposição de motivos do Código de Processo Penal e nos seus mais diversos textos essa razão do estado vai estar presente. Ela já estava presente no século XIX na relação que se estabelecia no âmbito doméstico, mais especificamente na relação que se estabelecia no âmbito da escravidão, porém de modo intuitivo. No momento do Estado Novo de Getúlio Vargas, ela vai estar presente de modo muito claro, muito indiscutível, teorizado, aceito, consciente, e não mais no nível do inconsciente e das práticas como antes impondo aos escravos o sofrimento penal do século XIX no Brasil (fundamentalmente contra escravos, ex-escravos e dissidentes). No momento do século XX, era uma atribuição do Estado brasileiro já formado, havendo de ser forte: a razão do estado.

De fato, a despeito de o Brasil ter vivenciado longos períodos de ditaduras militares e de um forte autoritarismo, toda essa história faz parte do passado e a Constituição Cidadã de 1988 persiste por quase 30 anos. Na história das realizações materiais, o mais novo sucede o mais antigo. O que acontece, no entanto, com as ideias? Nesse outro campo, o da história das ideias, estas não se sucedem e a sucedida desaparece. Elas ficam, e aquela ideia aparentemente arquivada, mas num determinado momento de intranquilidade social, crise econômica, crise política, o que pode acontecer? Como se resgatassem um arquivo no almoxarifado, ela volta.

Quando ela volta, volta para tranquilizar as pessoas com o medo. Ela não traz a ordem pública sem a razão do estado. Sem o seu elemento autoritário. Ela vem inteira e ela vem destruidora. E ela vem fazendo aquilo que ela sempre fez: ela vem encarcerando os negros, as mulheres, os pobres, os dissidentes, ela vem encarcerando sem fundamentação, sem justificação, ela vem encarcerando a partir da ideia de que é necessário conter as massas. Qualquer que seja o nome que deem a essa ideia, ela permanece central na constituição daquilo que nós chamamos de subjetividade. Pode-se afirmar que vivenciamos hoje num grande enfrentamento de subjetividade.

A ordem pública está em Maquiavel não porque ele a criou. Maquiavel observou um fenômeno e designou esse fenômeno, deu a ele uma denominação. O filósofo disse: para controlar em determinados momentos uma área com pessoas, o emprego da força deve ser legitimado. A única maneira de legitimá-lo é dizer para aquelas pessoas todas: existe uma razão para isso. De quem é essa razão? Do príncipe? Não. A razão é de algo superior ao príncipe. A razão é do estado. O estado está aqui para proteger a todos. Tudo o que Maquiavel estudou foi a base de um Estado que permite

que o mercantilismo seja catapultado para o capitalismo, e assim temos a evolução desse fenômeno até chegar nas globalizações financeiras que hoje estão presentes no projeto político neoliberal.

O brutal avanço do capitalismo por todo o mundo cria uma nova percepção acerca do tempo imposta a todos: trata-se de uma sociedade de acumulação interminável e de uma produção de mercadoria que não mais pode ser parada. As novas tecnologias que surgem na mesma velocidade de circulação de capital estão empregadas não mais como instrumentos necessários ao trabalhador, mas como a sua própria dominação. Por conseguinte, seu próprio desenvolvimento torna a força humana cada vez mais supérflua e as massas de indivíduos que não encontram quem os explore crescem por todos os lugares. Resta àqueles alheios a qualquer outra função as funções mais precárias e as condições de vida mais insuportáveis, que são propagados como fruto da própria incompetência individual.

A forma jurídica do neoliberalismo mostra-se perfeitamente alinhada com a razão de estado que Maquiavel descreveu. Para um total desenvolvimento dessas condições degradantes de vida para uma parcela da sociedade suas inquietações precisam ser caladas, e por isso o estado penal se desenvolve em seu grau mais assustador. A reforma trabalhista do ano atual efetuada no Brasil de uma maneira completamente autoritária é a confiança neoliberal de que o aumento do ganho financeiro às custas do aumento da exploração excessiva precisa do Estado protetor e punitivo encarcerando as rebeliões.

Nessa sociedade massivamente acelerada, a imobilidade é uma forma perfeita de controle. Sem para onde correr, as massas trabalhadoras ou encarceradas se fragmentam em pequenos compartimentos e perdem a capacidade de se opor a essa forma de dominação. Assim, a prisão preventiva é mais uma maneira de dominação neoliberal: antes mesmo de um julgamento, está presente para conter o indivíduo que passa pelo sistema processual penal. O encarceramento preventivo em massa é, portanto, característico desse elemento econômico construído sobre a ideia de um soberano; um soberano alinhado às necessidades econômicas do capitalismo em grau máximo.

O movimento de imobilização através da aceleração envenena a todos os segmentos da sociedade, e não mais a humanidade vislumbra um horizonte de possibilidades, mas um oceano profundo e sem horizonte. Para onde, pois, nadamos? A locomotiva da história movida a todo o vapor não é linear; suas estradas são direcionadas para um determinado fim, e a velocidade máxima pode ser uma cruel armadilha, nem mesmo significando o progresso.

Nesse sentido, a ordem pública é um dos muitos elementos que guiam os passos da humanidade, e num momento de profunda crise e enfrentamento das subjetividades, é necessário também questionar tal ideia. Considero ser inapropriado apenas dizer que a ordem pública é uma figura jurídica indefinida; em realidade, ela possui um formato sólido e cruel. A tarefa colocada sobre os ombros daqueles que pretendem mudar essa perspectiva de uma não-perspectiva é justamente colocar em panos limpos o que esses conceitos nebulosos que muito são empregados pelos que administram o poder significam. Devemos saber com muita clareza aquilo que estamos enfrentando para seguirmos travando as batalhas diárias.

Por tantos motivos, digo que devemos enfrentar a ordem pública. Não digo enfrentar linguisticamente, mas sim em sua raiz. É necessário questionar a forma como a sociedade brasileira foi conduzida até então; é necessário combater o racismo estrutural presente em todas as instâncias; é necessário quebrar a tradição autoritária que está no DNA desse Estado; é necessário combater o modo espúrio como as relações políticas se dão; é necessário, pois, romper ao meio a razão de estado e subverter aquilo que é chamado de progresso. Uma ordem baseada na injustiça de muitos não pode significar progresso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A DISTÂNCIA QUE NOS UNE. **Relatório Oxfam**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/a-distancia-que-nos-une>>. Acesso em 20 out. 2017.

AGAMBEM, Giorgio, **Estado de exceção**. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALVES, A. D; DE OLIVEIRA, M. A. C. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 105, pp. 225-276, jul./dez 2012.

ARANTES, P. E. Zonas de espera – Uma digressão sobre o tempo morto da onda punitiva contemporânea. In: BATISTA, V. M. (org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. pp. 229 – 280.

BARLETTA, J. R. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos**. 2014. 441 f. Tese (Doutorado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 431 p.

BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R. **Direito Penal Brasileiro**, vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, V. M. Direitos (e) humanos no Brasil contemporâneo. **Jura Gentium**, v. 1, p. IV, 2008. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/index.htm>>. Acesso em 10 out. 2017.

BAUMAN, Z. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 129.

BELLUZZO, L. G.; GALÍPOLO, G. **Manda quem pode, obedece quem tem prejuízo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

BIGNOTTO, N. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. **Kriterion – Revista de Filosofia**. Belo Horizonte, vol. 49, nº 118, dez. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200007>. Acesso em 21 nov. 2017.

BOURDIEU, P. **Contrafogos: Táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. p. 132.

BRASIL, Lei 13.46, de 13 de julho de 2017. Dispõe sobre a alteração extensiva da Consolidação das Leis do Trabalho permitindo o aumento da jornada de trabalho, o parcelamento das férias, a computação de horas para chegar ao trabalho, a supressão do intervalo mínimo de 30 minutos, dentre outras tantas medidas que flexibilizam os direitos do empregado favorecendo ao empregador. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 jul. 2017, p. 1.

_____. **Códigos 3 em 1 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 341.

_____. Constituição (1988). Artigo 144, *caput*. **Brasília, DF**: Senado Federal. Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 de outubro de 1941.

_____. Lei N 12.663, de 5 de junho de 2010. Dispõe sobre medidas relativas à Copa do Mundo FIFA 2014, prevendo quatro novos tipos penais no período do evento. **Diário Oficial [Da República Federativa do Brasil]**, Brasília, 6 jun. 2012, p. 3.

_____. Lei N. 13.260, de 16 de março de 2016. Disciplina o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, 13 mar. 2016, edição extra, p. 1.

_____. Lei N. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, XLII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, 26 jul. 1990, p. 14.303.

_____. Projeto de Emenda Constitucional N. 33, de 2016 (do Senado Federal). Altera as disposições acerca da inimputabilidade para os menores de 18 anos, reduzindo-a para os menores de 16 anos. **Diário do Senado Federal**, Brasília, vol. II, pp. 31.394-31.399.

CALEIRO, J. P. Brasil é mais desigual do que se imaginava, diz pesquisador. **Exame**, São Paulo, 11 mar. 2016. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/brasil-e-mais-desigual-do-que-se-imaginava-diz-pesquisador/>. Acesso em 14 nov. 2017.

CAMPOS, F. Democracia e Unidade Nacional. In: **Antecipações à Reforma Política**. Rio de Janeiro: José Olympio, pp. 33-68.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, 2013, disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>. Acesso em 09 out. 2017.

DE OLIVEIRA, A. N. C. Desigualdades da política no Brasil: Representação descritiva na eleição de 2014 para a Câmara dos Deputados. 2015. **Mediações – Revista de Ciências Sociais**. UEL. p. 235-261. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/>>. Acesso em 28 set. 2017.

DO NASCIMENTO, M. L.; RODRIGUES, R. C. A convergência social/penal na produção e gestão da insegurança social. In: BATISTA, V. M. (org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 198-203.

DOS SANTOS, L. G. Brasil contemporâneo: estado de exceção? In: OLIVEIRA; Francisco de, RIZEK, Cibele Saliba (coord.). **A era da indeterminação**. São Paulo: Boitempo, 2007.

DOS SANTOS, R. D. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. **Revista Dados**, vol. 50, nº2, pp. 281-323, 2006.

FERRAJOLI, L. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 2005.

ITURRALE, M. O governo neoliberal da insegurança social na América Latina: semelhanças e diferenças com o Norte Global. In: BATISTA, V. M. (org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 169-195.

KARAM, M. L. A esquerda punitiva. In: **Discursos Sediciosos - Crime, Direito e Sociedade**, 1, 1996.

MACHADO, A. A. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lunen Juris, 2005. p. 118

MAQUIAVEL, N. **O Príncipe**. Tradução de Roberto Grassi. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1976.

MEDEIROS, M.; SOUZA, P. H. G. F. A estabilidade da desigualdade no Brasil entre 2006 e 2012: Resultados adicionais. **Ipea: texto para discussão nº 2170**. Rio de Janeiro, fev. 2016.

MIRZA, F. Novos paradigmas da prisão preventiva: um claro retrocesso. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 115-134, ago 2016.

NEDER, G. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos, 2000.

NETTO, J. P. **Introdução aos estudos do Método de Marx**. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p. 23.

PAYE, J. C. **La fin de l'État de droit: la lutte antiterroriste, de l'état d'exception à la dictature**. Paris: La Dispute, 2004.

PINHEIRO, P. S. Estado e Terror. In: NOVAES, A. (coord.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 114.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Habeas Corpus no processo 0049871-04.2017.8.19.0000. Paciente: Marlon Cesar Santos de Oliveira. Autoridade coatora: MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Nova Iguaçu. Relator: Des. Clauio Tavares de Oliveira Junior. 18/10/2017. Oitava Câmara Criminal. Disponível em <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 10 nov. 2017.

_____, Tribunal de Justiça. Habeas Corpus no processo 0044058-93.2017.8.19.0000. Paciente: Não inf. Autoridade coatora: Não inf. Relator: Des. Antonio Eduardo Ferreira Duarte. 17/10/2017. Quarta Câmara Criminal. Disponível em <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 10 nov. 2017.

_____, Tribunal de Justiça. Recurso em sentido escrito no processo 0108863-52.2017.8.19.0001. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Fabricio Rogerio da Silva. Relator: Des(a). Suely Lopes Magalhães. 18/10/2017. Oitava Câmara Criminal. Disponível em <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 10 nov. 2017.

SCHMITT, C. **O conceito do político/Teoria do Partisan**. São Paulo: Del Rey Editora. 2009. p. 27

_____. *Political theology: four chapters on the concept of sovereignty*. Chicago: University of Press, 2005.

SCHWARTZMAN, S. **Bases do autoritarismo brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2007, p. 11.

TAVARES, J. Prisión preventiva. In: ROCHA, Joaquín P. da Rocha; LUCA, Javier A. de (coords). **La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, pp. 39-50.

UMA ECONOMIA PARA OS 99%. **Relatório Oxfam**. São Paulo, 2017. Disponível em: <www.oxfam.org.br/uma-economia-para-os-99>. Acesso em 20 out. 2017.

VALIM, R. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. 1 ed. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 25.

WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 44

_____. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. In: BATISTA, V. M. (org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, pp. 12-42.

WEBER, M. **Economy and society**. New York, Bedminster Press, 1968.